

PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA ANULACIÓN, SUSPENSIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE Y LA ACCIÓN DE LESIVIDAD EN LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS REFORMADA POR LA LEY DE BASES

FERNANDO GABRIEL COMADIRA

Profesor de la Universidad Católica Argentina.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breves precisiones terminológicas y conceptuales. 2.1. Alcance del término “anulación” y “revocación”. 2.2. Concepto de “nulidad” en el campo del derecho administrativo: nuestra postura. 2.3. Breve referencia al régimen de invalidez del acto administrativo. 2.4. Alcance del término “juridicidad” y la insoslayable afirmación de los derechos humanos fundamentales en la escuela del Maestro Julio Rodolfo Comadira. 3. Fundamento de la anulación de oficio del acto administrativo, de la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable y de la acción de lesividad. 3.1. Las funciones jurídicas que asume el Estado están al servicio del bien común o interés público. 3.2. La función administrativa satisface el bien común o interés público de manera directa e inmediata. 3.3. La juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo del concepto de bien común o interés público primario. 3.4. El restablecimiento del principio de juridicidad es, por consiguiente, un poder inherente a la función administrativa: la anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como poder inherente a la función de administrar. 3.5. Síntesis. 4. Anulación de oficio del acto administrativo: evolución jurisprudencial y legal del acto administrativo estable, “la denominada cosa juzgada administrativa”. 4.1. La situación antes del dictado de la LNPA: el caso “Carman de Cantón”. 4.2. La estabilidad del acto administrativo en la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 4.3. La estabilidad del acto administrativo irregular en la LNPA luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 4.4. Procedimiento administrativo para la anulación de oficio del acto administrativo irregular. 4.5. Anulación de oficio y “silencio administrativo”. 4.6. Síntesis. 5. La suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable. 5.1. La situación antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 5.2. La situación luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 5.3. Análisis crítico del régimen jurídico actual: nuestra postura. 6. La acción de lesividad: algunos aspectos conceptuales y procesales. 6.1. Concepto. 6.2. Objeto. 6.3. Presupuestos de admisibilidad de la pretensión anulatoria

del Estado. 6.4. Sujeto actor. 6.5. Fuero competente. 6.6. Sentencia: la cuestión en la doctrina, la jurisprudencia y en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases. 7. La anulación de oficio en sede administrativa y la interposición de la demanda de lesividad como deber de la Administración. 8. ¿Podría la Administración inaplicar la norma por considerarla inconstitucional? 9. Síntesis y conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

a) Existen cuestiones en el ámbito del derecho administrativo que resultan sin lugar a dudas sumamente apasionantes, interesantes y que difícilmente en el futuro pierdan relevancia.

La Ley 27.742 denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para La Libertad de los Argentinos (en adelante, Ley de Bases), sancionada el 27/06/2024 y publicada el 08/07/2024, ha venido a modificar aspectos sustanciales del régimen jurídico de la anulación de oficio del acto administrativo a la acción de lesividad.

Con este trabajo no pretendemos agotar el estudio de la temática antes mencionada, sino simplemente efectuar una primera aproximación sobre algunos de los principales aspectos que la Ley de Bases ha modificado en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.540 –y modificatorias– (en adelante, LNPA).

b) Con el fin de comprender con claridad cuáles son, concretamente, los temas que abordaremos en este trabajo y que, como dijimos, desde nuestro punto de vista son algunos de los más atrapantes que tiene el derecho administrativo, utilizaremos un ejemplo abstracto al que solemos acudir con frecuencia. Imaginemos el siguiente supuesto:

Una persona, planta permanente de la Administración Pública, se presenta ante las autoridades administrativas competentes y solicita que, por haberse recibido de médico, le sea otorgado en su recibo de haberes un plus por título universitario.

El particular, asimismo, ante el pedido de la Administración, presenta todos y cada uno de los documentos solicitados por ella.

La Administración, previo dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, dicta un acto administrativo por el que se le otorga el plus requerido y, en consecuencia, desde entonces, el particular comienza a ver reflejado en su recibo de haberes aquel plus, el que comienza a percibirlo mes a mes.

No obstante ello, 20 años después de que la propia Administración le confirió al particular el *plus*, aquella se percató de que, en rigor, el acto administrativo que se lo otorgó era nulo de nulidad absoluta e insanable.

¿Qué sucede en estos casos? ¿Puede la Administración *declarar* y *ejecutar por sí y ante sí* la nulidad del acto que otorgó el *plus*? Es decir, ¿puede la Administración extinguir, quitarle de manera definitiva el derecho conferido por

el acto administrativo? De no ser eso factible, ¿podría la Administración disponer la suspensión provisoria del pago?

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, ¿podría la Administración, mediante la denominada acción de lesividad, acudir veinte (20) años después a un juez y solicitarle la declaración judicial de nulidad? De ser esto posible, si el juez hiciera lugar a la pretensión de nulidad de la Administración, ¿cuáles son los efectos de la sentencia?, ¿surtirá efectos hacia el futuro o tendrá efectos retroactivos?, ¿debe el particular devolver la totalidad de los haberes percibidos desde que se le confirió el plus hasta que se declare la nulidad judicial?

c) Las diversas preguntas que nos hemos efectuado a partir del ejemplo abstracto efectuado reciben respuestas.

A partir de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, las respuestas a las diversas preguntas que nos hemos efectuado sobre la base del ejemplo abstracto son diferentes a las que, antes de su sanción, aportaba la mayoría de la doctrina, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN), la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Federal (en adelante, CNACAF) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), y, también, el último proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal.

La temática abordada es, insistimos, al menos desde nuestra opinión, claramente atractiva e interesante porque, además, todos y cada uno de los administrados estamos constantemente expuestos a este tipo de situaciones.

No necesariamente quienes se vinculan con la Administración en una relación de empleo público sino, también, todos los que por alguna razón hemos sido beneficiados por un acto administrativo o hemos celebrado un contrato administrativo con la administración.

Es que, como hemos señalado en otra ocasión, en el marco de la LNPA y conforme surge de la jurisprudencia de la CSJN¹ y la opinión de la mayoría de la doctrina administrativista², el contrato administrativo es, en rigor, una especie

1 En efecto, la CSJN ha señalado en más de una oportunidad que los contratos administrativos son verdaderos actos administrativos (CSJN, 06/09/1988, “Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos”, Fallos: 311:1791; CSJN, 07/03/1989, “Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos: 312:282; CSJN, 27/04/1989, “Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”, Fallos 312:606) y, más específicamente, actos administrativos bilaterales (CSJN, 23/12/1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, Fallos: 296:672; con nota de MARIENHOFF, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nº 61).

2 Un análisis pormenorizado de la opinión de los autores puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2019, p. 105 y ss. y, antes, en: COMADIRA, Fernando G., “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad:

de acto administrativo por lo que, en principio, la solución que se adopte para el caso de un acto administrativo deberá ser la misma que para un contrato de la misma naturaleza.

d) En este trabajo, que, como ya fuera dicho, es solo una breve y primera aproximación de los institutos objeto de estudio, previo a poder responder los interrogantes planteados resulta necesario, en primer lugar, efectuar unas aclaraciones conceptuales y terminológicas para, luego de analizar cuál es el fundamento de la anulación de oficio, la suspensión de efectos del acto estable y la acción de lesividad, poder abordar las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales brindadas antes de la sanción de la Ley de Bases y las que hoy, expresamente, surgen del nuevo texto de la LNPA.

Por lo demás, hemos de señalar que, en esta ocasión, centraremos el objeto de este trabajo: *i*) en el acto administrativo de alcance particular³ y, *ii*) en el acto

algunas cuestiones que plantea la denominada “acción de lesividad” en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2017, p. 52 y ss.

3 Cabe recordar que el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, es decir, entendida aquella expresión *en su sentido más genérico y comprensivo*, pues engloba en su concepto tanto a los actos que, según sus alcances, pueden clasificarse en actos administrativos *particulares*, es decir, los destinados a una o más personas claramente identificadas (individuales, pluriindividuales o plúrimos), o *generales*, esto es, los dirigidos a una cantidad indeterminada de personas (ya sean *normativos* –pues poseen vocación de permanencia y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de la juridicidad, denominados “reglamentos”– o *no normativos* –toda vez que se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia–, como a los que según su formación se clasifican en *unilaterales* o *bilaterales*.

Lo expuesto permitirá sostener que, al ser todos actos administrativos, poseen ciertas cualidades en común (v.gr.: requisitos esenciales, del sistema de invalidez, caracteres, etc.), del mismo modo que justificará, entonces, y al menos en lo que aquí interesa, que al ser dos *especies* de un mismo *género*, exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre, por ejemplo, el *acto administrativo de alcance particular* y los *actos administrativos de alcance general* (régimen de impugnación, publicidad, jerarquía, estabilidad, elaboración, etc.), como también ocurre entre los *actos administrativos unilaterales* y los *contratos administrativos*.

De todos modos, y teniendo en cuenta que una de las funciones de la teoría del acto administrativo responde a razones teórico-prácticas, es decir, agrupar en su concepto, en una misma categoría, actos que están sometidos a un régimen jurídico heterogéneo, restringimos la noción técnico-estricta de *acto administrativo* al de alcance particular. Es que, como dijimos antes, el acto particular y el acto general tienen un régimen jurídico diferenciado en materia, por ejemplo, y en lo que aquí interesa, de *estabilidad*.

La cuestión puede ampliarse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria” en AA.VV. *Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 466 y ss.

administrativo nulo de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, en el acto administrativo *irregular*⁴, sin abordar lo atinente al acto administrativo levemente viciado.

2. BREVES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

Sobre la base del esquema antes expuesto corresponde, en primer lugar, efectuar algunas breves precisiones terminológicas y conceptuales. Veamos.

2.1. Alcance del término *anulación* y *revocación*

Al comienzo de esta investigación hemos hecho alusión a la *anulación* de oficio del acto administrativo.

Destacamos y enfatizamos el término *anular* pues, en rigor, la doctrina y la legislación administrativa Nacional y local suele denominar a la extinción de un acto administrativo en sede administrativa por razones de ilegitimidad, de diversas maneras.

Así, por ejemplo, la LNPA –al igual que la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– parte de un *criterio subjetivo* para calificar a las formas de extinción del acto administrativo.

En efecto, la norma denomina *revocación* a la extinción del acto en sede administrativa, sea que aquella se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o en razones de legitimidad.

Para el criterio subjetivo, la diferencia entre la *revocación* y la *anulación* está dada por el órgano del cual emana el acto extintivo; la *revocación*, como se dijo, corresponde al órgano administrativo, la *anulación* –que solo podrá basarse en razones de ilegitimidad– al órgano judicial⁵.

Es decir que, en el ámbito positivo nacional, la *revocación* corresponde a la extinción del acto en sede administrativa tanto por razones de ilegitimidad como de oportunidad, mérito o conveniencia; la *anulación*, en cambio, que sólo podrá ser por razones de ilegitimidad, es la extinción del acto dispuesta por el órgano judicial.

4 En tal sentido, y como se verá en el punto N° 2.3. de este trabajo, cabe tener en cuenta que 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, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.

5 Han adherido al criterio subjetivo: CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 1, pp. 765/766; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, T. 3, Cap. XIII-3/4; HALPERÍN, David A., “El principio de estabilidad del acto administrativo” en TAWIL, Guido S. (dir.), *Acto Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2014, p. 310, entre otros.

No obstante ello, existen legislaciones –como la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires y el Código de Procedimientos Administrativos del Chaco–⁶ y autores que para denominar los modos de extinción del acto administrativo, descartan la pauta derivada del sujeto u órgano actuante, y atienden al fundamento o motivo de la extinción⁷.

Aquel criterio de interpretación, al que se lo conoce como *criterio objetivo*, denomina *revocación* a la extinción del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –la que únicamente puede ser ejercida por la administración–, y *anulación* a la extinción del acto administrativo por razones de ilegitimidad –ejercitable tanto por la administración como por la justicia–.

Hechas las aclaraciones que anteceden, conviene dejar sentado, ya desde ahora, que en nuestra opinión, y sin perjuicio de la terminología utilizada por la LNPA, adherimos al denominado *criterio objetivo* para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo.

En consecuencia, 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”⁸.

2.2. *Concepto de nulidad en el campo del derecho administrativo: nuestra postura*

En segundo lugar, resulta conveniente dejar asentado cuál es, en nuestra opinión, el concepto que en el ámbito del derecho administrativo debería tenerse, al menos en líneas generales, sobre *nulidad*.

6 Según reza el art. 124 del Código de Procedimientos Administrativos del Chaco, “la autoridad administrativa podrá anular, revocar, modificar o sustituir de oficio sus propias resoluciones antes de su notificación a los interesados. La anulación estará fundada en razones de legalidad, por vicios que afectan el acto administrativo, y la revocación, en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público”.

7 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, pp. 338/340; FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 544 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019, p. 99 y ss.; GRAU, Armando E., “Resumen sobre la extinción de los actos administrativos”, *JA* 1961-I-40, entre otros.

En el derecho comparado también parecerían adherirse al criterio material (ver doctrina citada en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 10, especialmente nota N° 16).

8 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T.I, pp. 338/340.

En líneas generales, tanto en el Derecho Privado⁹ como en el Derecho Administrativo¹⁰ suele definirse a la nulidad como la sanción legal que priva de sus efectos propios al acto viciado.

Sin embargo, en nuestra opinión, y como señaláramos en otra ocasión, teniendo en cuenta que no toda privación de efectos de un acto administrativo traduce una *nulidad propiamente dicha*¹¹, creemos que en el derecho administrativo aquella debería ser entendida de otra manera.

Es que, en rigor, la *anulación* y la *suspensión* son institutos diferentes: mientras la *anulación* de un acto administrativo, como modalidad de extinción de aquel, significa su retiro *definitivo y permanente* del ordenamiento jurídico por razones de ilegitimidad, la *suspensión de efectos* sólo importa una *paralización provisoria* de sus efectos jurídicos propios.

9 LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. II, p. 499; BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 547, entre otros.

10 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. 1, p. 279; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 2, p. 253; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, p. 89; SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos”, LL 2015-D, 1153, entre otros.

11 Hemos destacado y enfatizado el término *propiamente dicha* pues, como es sabido, en el ámbito del derecho administrativo cuando un instituto participa de las notas propias del régimen jurídico de otro pero, no obstante, al no cumplir todas las características propias de aquel, suele denominarse al primero como *impropio*.

Así, por ejemplo, se ha hecho referencia al *reclamo impropio* para denominar a la impugnación directa de los actos administrativos de alcance general (LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 33 y ss.); al “recurso administrativo impropio” para referirse a la denuncia de ilegitimidad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 59); al “acto administrativo impropio” para la declaración de lesividad (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 167); al “servicio público impropio” para hacer referencia al que prestan los taxis (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., T. II, p. 21 y ss.); a la “delegación impropia” al caracterizar la delegación de la función administrativo que el constituyente efectuó por medio de la Constitución al Jefe de Gabinete (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., T. 1, pp. 334/335). De ese modo, entonces, y con base en lo mencionado en el texto, se ha sostenido que si la nulidad propiamente dicha es la que priva de manera definitiva y permanente los efectos jurídicos propios del acto, la suspensión de los efectos de un acto administrativo sería una *nulidad impropia* (COMADIRA, Julio Pablo, *Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2021, p. 213).

Por ello, a nuestro modo de ver, en el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de *manera definitiva y permanente* los efectos propios del acto administrativo viciado¹².

2.3. Breve referencia al régimen de invalidez del acto administrativo

Analizar el régimen de invalidez de los actos administrativos excedería con holgura el objeto de este trabajo, razón por la cual remitimos, para ello, a distintos estudios efectuados por la más calificada doctrina¹³.

Sin embargo, hemos de señalar que en el marco de la LNPA cabe distinguir dos categorías de invalidez, a saber: el acto administrativo nulo de nulidad absoluta o, en su caso, el acto anulable de nulidad relativa. Es decir, se asocia la idea de *acto nulo* con la *nulidad absoluta* y de *acto anulable* con la *nulidad relativa*¹⁴.

Para diferenciar cuándo se está ante un acto nulo de nulidad absoluta o un acto anulable de nulidad relativa, resultará necesario vincular la gravedad del vicio con la afectación de uno o más de los elementos esenciales del acto administrativo¹⁵.

Es que, en definitiva, si tenemos en consideración que los elementos esenciales del acto administrativo son aquellos que necesariamente deben concurrir sin vicios para que aquel sea plenamente válido, es dable concluir que si alguno o algunos de ellos están ausentes o, estando todos presentes, alguno o todos poseen un vicio, el acto será inválido.

Así, pues, en el plexo normativo de la LNPA, es posible afirmar, entonces, que el acto administrativo será *nulo de nulidad absoluta* cuando carezca de alguno de sus elementos o, en su caso, alguno de ellos esté afectado por un vicio

12 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 167, nota N° 455 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable” en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2018, p. 388; COMADIRA, Fernando Gabriel, “Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria” en AA.VV. *Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 466, nota N° 57, entre otros.

13 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 25; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p.177 y ss.

14 *Ibidem*.

15 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, op. cit., p. 74. En el mismo sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, p. 502; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1956, T. II, pp. 118/119; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 188.

grave. En cambio, el acto será *anulable de nulidad relativa*, cuando concorra con todos sus elementos pero alguno ostente un vicio leve o no fundamental¹⁶.

16 *Ibidem*. Como hemos mencionado en el texto, en el plexo normativo de la LNPA la graduación de las consecuencias jurídicas derivadas de los vicios o defectos que padece un acto administrativo determina que el acto pueda ser calificado como nulo (de nulidad absoluta) o anulable (de nulidad relativa), según el grado o la magnitud del defecto que padezca (arts. 14 y 15, LNPA).

Ahora bien, en los últimos años el Máximo Tribunal de la Nación comenzó a utilizar la categoría del acto o contrato *inexistente* (CSJN, 31/07/2012, “Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/Biblioteca Nacional - Sec de Cultura de la Nación s/cobro de sumas de dinero”, Fallos: 335:1385; CSJN, 04/08/2009, “Sciammarella, Romeo c/EN-Ministerio de Educación s/proceso de conocimiento”, Fallos: 332:1651; CSJN, 13/05/2008, “Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Originario, S. 596. XXXIII; CSJN, 27/12/2006, “CardiCorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”; CSJN, 21/03/2006, “Punte Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego”, Fallos: 329:809; CSJN, 10/02/2004, “Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos: 327:84; CSJN, 01/09/2003, “Laser Disc Argentina S.A. c/ Mendoza, Provincia de (Instituto Provincial de la Cultura) s/ cobro de pesos”, Fallos: 326:3206; CSJN, 21/08/2003, “Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, Fallos: 326:2940; CSJN, 25/09/2001, “Carl Chung Ching Kao v. La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos”, Fallos: 324:3019; CSJN, 05/12/2000, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 323:3924; CSJN, 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato”, Fallos: 323:1841; entre otros).

En nuestra opinión, la categorización efectuada por la CSJN no debería tener acogida en el derecho nacional pues, como dijimos, en el marco de la LNPA la nulidad absoluta de un acto administrativo se da cuando éste carece de alguno de sus elementos esenciales (v. gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padece un vicio grave; en cambio, será anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren sin vicios o, alguno de ellos, adolece de un vicio *leve o no fundamental*.

Sin embargo, en materia de contratos administrativos, la CSJN desarrolló diferentes supuestos de inexistencia de acto por inobservancia de una forma esencial visceral. Más concretamente, la Corte Suprema precisó que un contrato administrativo celebrado sin respetar el procedimiento administrativo previo específicamente establecido para tal actuación (v.gr.: licitación pública), es *inexistente*.

Desde nuestro punto de vista, y más allá de que, como vimos, la ausencia de un elemento esencial, o, en su caso, la existencia en alguno de ellos de un vicio grave, determina la *nulidad absoluta* del acto, creemos que la doctrina plasmada en esos fallos solo indica que, frente a la inobservancia de una forma visceral, se debe considerar que el contrato no alcanzó a nacer, no fue celebrado. Es decir, en lugar de contrato inexistente –como erróneamente se lo ha interpretado– estamos frente a la inexistencia de contrato administrativo (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 276, especialmente nota N° 38).

La categorización efectuada por el Máximo Tribunal es coherente con algunas legislaciones provinciales de procedimiento administrativo (v.gr.: Salta, arts. 69 y 73; Mendoza, arts. 72 y 76; Corrientes, arts. 187, 188 y concordantes) donde se contempla el *acto inexistente* para supuestos de vicio grosero pero, tal como hemos analizado, dicha categoría no es aceptable en la normativa nacional.

Entre quienes admiten la categoría del acto administrativo inexistente se destaca Gordillo, para quien, a pesar de no estar contemplada en la LNPA, es de un rigor lógico inevitable y debe ser considerada. En este sentido, añade que “...la hipótesis de inexistencia de acto administrativo, o del acto administrativo inexistente como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo.

Por último, cabe señalar que a nivel nacional el acto administrativo nulo de nulidad absoluta es considerado *irregular* y, a su vez, que se denomina acto *regular* tanto al plenamente válido como al que está viciado con una nulidad relativa.

En síntesis: 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, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.

2.4. Alcance del término juridicidad y la insoslayable afirmación de los derechos humanos fundamentales en la escuela del Maestro Julio Rodolfo Comadira

Tal como lo advertirá el lector a lo largo de las siguientes páginas, en este trabajo utilizaremos el término “principio de juridicidad” y no de “legalidad” toda vez que esta última expresión podría generar la idea de que la Administración Pública está sometida exclusivamente a la ley en sentido formal, cuando, en rigor, como sostenía Comadira, debe someterse a *todo el ordenamiento jurídico*.

En ese orden de ideas, el jurista citado señalaba que el principio de *juridicidad* supone el sometimiento de la Administración Pública a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a los principios generales del derecho –esto es, *aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas*–, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos, los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, y ciertos contratos administrativos¹⁷.

Al respecto, la CSJN destacó que “es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción *al orden jurídico* radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos” (énfasis agregado)¹⁸.

Asimismo, la Corte pareciera haber hecho alusión al principio de *juridicidad* en otros precedentes pues, no obstante haber utilizado el término “principio

En definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley prefieren denominar vías de hecho de la administración”. (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. 3, Cap. XI-23).

17 Un pormenorizado estudio del concepto y alcance del principio de *juridicidad* en el pensamiento del profesor y Maestro Julio Rodolfo Comadira y su impacto en los diferentes institutos del derecho administrativo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo - COMADIRA, María Victoria - HERRERO, María Cristina, “El principio de *juridicidad* cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira”, *REDA* N° 143-255.

18 CSJN, 19/11/1992, “Recurso de hecho: Bauhoffer, Martha B. en autos: Naveiro de La Serna de López, Helena M.”, Fallos: 314:2771.

de legalidad administrativa”, lo cierto es que con aquel hacía referencia a que la Administración debía estar sometida al ordenamiento jurídico en su totalidad, y no únicamente a la sujeción a la ley formal.

En efecto, la Corte sostuvo que la Administración está “positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad objetiva”¹⁹ y, en uno de los votos recaídos en la causa “Credimax”, sostuvo que el principio de legalidad “importa la vinculación y sujeción de la administración pública al bloque de la legalidad”²⁰.

La PTN, a su turno, recientemente sostuvo que la juridicidad integra el concepto de orden público y recordó²¹, a su vez, su doctrina según la cual la Administración está obligada al respecto de la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho²².

Pues bien, como señalaba el Maestro Julio Rodolfo Comadira al analizar el principio de juridicidad, el ordenamiento jurídico al que él refiere no es el correspondiente al mero Estado legal, concepto simplemente metodológico y formal, que puede darse en todo Estado ordenado y organizado según el derecho, en el sentido de que en el Estado todo se desarrolla con arreglo al derecho positivo sino que, en rigor, el concepto de Estado que el citado jurista propicia implica “un contenido concreto y substancial que requiere, en primer término, el reconocimiento y garantía de los derechos de la persona y el imperio de la ley. La afirmación de la Justicia propia del Estado de Derecho [...] requiere, entre otros elementos, la afirmación de los derechos humanos fundamentales”²³.

Por ello, en definitiva, es claro que en el pensamiento del Maestro Comadira, los principios generales del derecho, entre los que está, sin duda alguna, el respeto de la dignidad de la persona, refulgen por su importancia, toda vez que se ubican en la cúspide del principio de juridicidad.

Con base en lo expuesto, consideramos encomiable, en este punto, la incorporación expresa que la Ley de Bases efectuó en la LNPA pues, conforme

19 CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando H. y otro v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454.

20 CSJN, 20/10/1994, “Credimax SACIFIA. c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 317:1340.

21 Dictámenes IF-2024-117299742-APN-PTN del 24/10/2024.

22 Dictámenes 129:141; 128:526, entre otros. La PTN también hizo especial referencia al principio de juridicidad en dictámenes 309:131; 306:382; 287:175; 282:306; 276:196; 265:252; 260:336; 258:343; 253:38; 249:547; 235:326, entre muchos otros.

23 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 22/23, nota 43.

surge expresamente del art. 1° bis de la norma, la *juridicidad* se presenta como el primero de los principios fundamentales del procedimiento administrativo²⁴.

La juridicidad es, pues, en nuestra opinión, el principio *paraguas* que debe informar a todo el derecho administrativo.

3. FUNDAMENTO DE LA ANULACIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE Y DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

Pues bien, efectuadas las aclaraciones terminológicas y conceptuales recién vistas, corresponde ahora explicar, bien que de manera breve y concisa, cuál es el fundamento de la anulación de oficio del acto administrativo irregular.

3.1. Las funciones jurídicas que asume el Estado están al servicio del bien común o interés público

En primer lugar cabe recordar que, como señaláramos en otra oportunidad²⁵, el Estado, cuya única y excluyente razón de ser es el logro del bien común o interés público²⁶, asume, para cumplir con sus objetivos materiales –que, por cierto, varían a lo largo del tiempo y según las ideologías que los inspiran–, el cumplimiento de diversas funciones jurídicas que son, en rigor, los instrumentos formales por medio de los cuales el Estado provee al cumplimiento de esos objetivos materiales.

De tal forma, el Estado no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el bien común, de ahí su rol servicial, como bien enseña Rommen²⁷.

Por ello, reiteradamente el Papa Francisco ha señalado, cuando era Arzobispo, que: “El poder es servicio. El poder solo tiene sentido si está al servicio del bien común”²⁸.

24 El art. 1° bis de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases expresamente establece, en lo que aquí interesa, que: “Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la *juridicidad*, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración ...” (énfasis agregado).

25 COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla”, *EDA* 2016-443.

26 JUAN XXIII, Encíclica “*Mater et Magistra*”, N° 65. Al respecto, hemos de aclarar, ya desde ahora, que utilizamos los términos *bien común* e *interés público* como sinónimos, habida cuenta de que “éste último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el preámbulo de la Constitución, y éste, 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 Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 4, nota N° 1479).

27 Citado por SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 6ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2022, T. 3, p. 85.

28 Te Deum del 25 de mayo de 2001.

En un Estado Constitucional de Derecho como es la Argentina debe tenerse especialmente en cuenta que, como en toda democracia constitucional, el Estado debe estar organizado de manera tal que garantice y reconozca derechos fundamentales a sus habitantes, puesto que, como ha señalado la doctrina, debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, respetando todos los derechos individuales y, particularmente, el derecho a la libertad²⁹.

Desde antaño se ha sostenido que los dos principios básicos de un Estado de Derecho son, por un lado, el de reconocer la libertad humana como un derecho anterior a la existencia misma del Estado (principio de distribución), teniendo éste una facultad limitada para restringirla y, por el otro, el que más nos interesa para el desarrollo de éste breve comentario, aquel en virtud del cual se divide al Estado en un sistema de competencias delimitadas (principio de organización)³⁰, al igual que la doctrina de la división de poderes desarrollada y analizada acabadamente por Montesquieu³¹.

Históricamente el poder del Estado, como medio o instrumento para alcanzar aquella finalidad, era responsabilidad de un solo órgano.

No obstante, con el correr del tiempo se comenzó a gestar la idea de que, a efectos de evitar caer en un absolutismo, resultaba imprescindible que el poder sea distribuido en diversas funciones (v.gr.: función legislativa, jurisdiccional y administrativa) y, asimismo, asignando de manera preponderante cada una de aquellas funciones a un órgano distinto.

De esa manera, entonces, surge claramente que si bien no hay *separación de poderes*, por cuanto el poder es único e indivisible, sí existe, por el contrario, una *separación de funciones*³² asumidas por parte del Estado para lograr cumplir con su única razón de ser: el interés público o bien común.

29 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Primeras Obras*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, T. 5, IADA-II-3.

30 SCHMITT, Carl J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial S.A, 1982, p. 138.

31 MONTESQUIEU, Charles de, *El espíritu de las leyes*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1984, Libro XI, Cap. 6 "De la Constitución de Inglaterra".

32 BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 143 y ss., luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, T. 1, p. 243 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 1, p. 252; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. 1, p. IX-2; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, T. I, p. 42/43; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 110; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1950, T. I, pp. 7/8; GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974, T. 1, p. 36 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando,

Aquella separación de funciones, que implica un control recíproco de cada poder estatal³³, importa que cada uno de los poderes estatales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas, lo que no obsta, claro está, a que, en ciertas ocasiones, algunos de aquellos órganos del Estado puedan ejercer la función que le fue preponderantemente asignada a otro³⁴.

La existencia de funciones *materialmente* administrativas, legislativas y jurisdiccionales ha generado la formulación de distintos criterios para poder definir y delimitar cada una de ellas, especialmente, la que más nos interesa para el desarrollo de éste trabajo, la denominada función administrativa.

Los criterios³⁵ más utilizados doctrinariamente para definir las funciones del Estado son: a) criterio *subjetivo u orgánico*, que define a las funciones de acuerdo con el órgano del poder o la persona que la ejerce, b) criterio *objetivo o material*, que toma en cuenta las notas caracterizantes de una determinada actividad, repetibles en cada caso en que ella se manifiesta y, finalmente, c) el criterio *mixto*.

3.2. *La función administrativa satisface el bien común o interés público de manera directa e inmediata*

De acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado propiciado por el profesor Comadira³⁶ –quien sigue las enseñanzas de Gordillo³⁷, aunque con algunos matices– al que antes de ahora hemos adherido,

Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, Vol. 1, p. 33 y ss.; FARRANDO, Ismael (H.) “Estado, poder, órganos y funciones”, en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo*, .5, Ismael (H.) - MARTÍNEZ, Patricia R. (dirs.), Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 14 y ss.

Sobre la cuestión, resulta ilustrativa la distinción efectuada por Carré de Malberg entre poder, función y órgano. El autor, tras destacar la necesidad de restablecer la idea de la unidad del *poder* del Estado, apuntaba que también era necesario distinguir en aquel sus múltiples *funciones*, las que debían ser entendidas como las “diversas formas como se manifiesta la actividad dominadora del Estado”. Por otra parte, enseñaba que los órganos del poder eran las “diferentes personas o cuerpos públicos, encargados de desempeñar las diferentes funciones del poder” (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, Traducción al español por José Lión DEPETRE, México, 1948, p. 249, especialmente nota N° 1).

33 Ver art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

34 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

35 Un análisis pormenorizado de los diferentes criterios para delimitar las funciones jurídicas del Estado puede verse en: COMADIRA, Fernando G., “Apuntes sobre la función administrativa...”, op. cit.

36 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 1 y ss. En igual sentido se han orientado, entre otros: GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 62/63.

37 GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. I, Cap. IX.

al igual que un gran sector de la doctrina calificada en la materia³⁸, mientras en las funciones legislativa y jurisdiccional el Estado satisface el interés público de manera mediata e indirecta, con la función administrativa, el Poder Ejecutivo o, en rigor, cualquier órgano estatal u ente no estatal que actúe en el ejercicio de aquella función, busca satisfacerlo de manera *directa e inmediata*.

En definitiva, entonces, bien puede concluirse que mediante la función administrativa, cuya característica central está dada, por su *régimen jurídico exorbitante*³⁹, el Estado satisface en forma *directa e inmediata* el interés público o

38 También han adherido al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, entre otros: PETRA RECARBARREN, Guillermo M., “Contratos en función administrativa”, *JA* 1978-I, p. 702 y ss., especialmente p. 711; GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 62/63; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 298, especialmente nota N° 54; HUTCHINSON, Tomás, “El Poder Judicial y su función administrativa”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, 1976, N° 13, p. 35 y ss., criterio luego ratificado en: HUTCHINSON, Tomás, “De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial”, *Sup. Adm.* 2010 (agosto), 63 y, más recientemente, en HUTCHINSON, Tomás, “Acto administrativo” en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario*, HUTCHINSON, Tomás (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2010, T. 1, Vol. 1, p. 2; SARMIENTO GARCÍA, Jorge - PETRA RECARBARREN, Guillermo M., *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 3909. Concordada y comentada.*, Mendoza, Ediciones Avgvstvs, 1973, p. 11; APUD, Marcos, “Función administrativa y ejecución de sentencias: pautas para una correcta instrumentación de las mandas judiciales”, tesina inédita presentada para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2020, p. 16 y ss. y, más recientemente, en “Poder de policía y COVID-19: ¿la última frontera de la razonabilidad?”, *JA* 2021-I, fasc. 7, 10/02/2021, p. 3 y ss., especialmente nota N° 36; MOSSO GIANNINI, César - URRUTIGOTY, Javier, “Sobre la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales en el derecho argentino (a propósito de los casos “Rivademar” y “Promenade)””, *JA* 1992-I, 125; CORBALÁN, Pablo S., *Decretos de Ejecución*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2024, p. 62; entre otros.

39 El término *exorbitancia* no debe ser entendido en el sentido originario de la expresión que se utilizaba para identificarlo por exclusión como aquella porción del derecho que estaba por fuera –exorbitaba– del derecho privado.

Con la exorbitancia, en realidad, se consagra una situación jurídica que coloca a quien ejerce la función administrativa en una posición de supremacía jurídica, es decir, de supraordenación en relación con el particular, colocando a éste, entonces, en una situación de subordinación.

No obstante, la subordinación del particular –o administrado– en modo alguno puede ser concebida como una arbitraria sumisión a las declaraciones emitidas en el ejercicio de la función administrativa pues, en definitiva, se trata de una supraordenación y subordinación *juridizada* que se integra, precisamente, por un contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, pudiéndose las clasificar a ambas en sustanciales y procesales.

De tal forma, entonces, la exorbitancia del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito éste excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., T. 1, p. 5; COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p 3 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 258).

bien común, el que, además, es presupuesto indispensable e irrenunciable de la actividad misma de la administración pública.

El interés público es, pues, la sangre que corre por las arterias la función administrativa, lo que supone, como elemento necesariamente constitutivo de su noción, la plena vigencia del principio de juridicidad.

3.3. *La juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo del concepto de bien común o interés público primario*

Ahora bien, la mera observación de la realidad deja en evidencia que el *interés público* que debe satisfacer el Estado y, concretamente, el que se gestiona de manera *directa e inmediata* por quienes ejercen función administrativa, además de ser el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico administrativa, admite que su contenido se integre con gradaciones de distinta intensidad que permiten, en consecuencia, su caracterización desde el “colectivo, primario y fundamental” (*interés público primario*) hasta “simplemente secundario” (*interés público secundario*).

La distinción entre *intereses públicos primarios* e *intereses públicos secundarios* que tanto aquí como en otra oportunidad hemos efectuado⁴⁰, ha sido aceptada no solo por diversos autores en el derecho comparado⁴¹ sino, también, por la doctrina nacional⁴².

La concepción del derecho administrativo como régimen exorbitante, entendido como articulación armónica de prerrogativas estatales y garantías individuales ha sido tomada por la Corte en más de un caso (CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454, consid. 9º; CSJN, 28/06/1977, “Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.”, Fallos: 298:172, consid. 7º). Asimismo, la expresión de *régimen exorbitante* fue empleada por la Corte en varios casos: CSJN, 19/08/1999, “Blascetta, José Luis c/ FEMESA s/ acción meramente declarativa”, Fallos: 322:1859, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte; CSJN, 05/04/1995, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública” Fallos: 318:441, consid. 7º; CSJN, 07/12/1993, “YPF. S.A. c/ Construcciones Saddemi S.A. s/ contrato administrativo”, Fallos: 316:2771, dictamen de la Procuradora General, al que adhirió la Corte; entre otros.

40 COMADIRA, Fernando G., “¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial?”, elDial.com - DC2BBE, especialmente punto N° 3.1.1.1.6.2.

41 Por todos: ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, Traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura PELLISÉ PRATS, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, T. 1, pp. 184/185.

42 COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo”, en *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo* “Profesor Rafael Bielsa” N°5, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1972, pp. 64/66 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit., p. 3/4; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 70 y ss.; BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 184; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 307 y

El *interés público primario* que, sin duda alguna, no es el interés de la Administración entendida como aparato organizativo⁴³, responde a exigencias comunitarias generales y, por consiguiente, no son patrimonio exclusivo de ningún individuo, grupo o sector⁴⁴.

En un Estado Constitucional de Derecho *la juridicidad es un interés público primario* de la actuación administrativa, es decir, un elemento necesariamente constitutivo de su noción, pues cuando una colectividad se organiza y estructura jurídicamente en el Estado, eleva a la categoría de *interés público primario* la vigencia permanente e insoslayable del ordenamiento jurídico⁴⁵.

Como con agudeza destacara el profesor Comadira, “la juridicidad del accionar administrativo es, en un Estado de derecho, un interés público primario de la colectividad, pues en el respeto al ordenamiento se resume la preeminencia de los valores y principios que le dan fundamento, de modo que, siendo así, no es

ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 332, entre otros.

43 ALESSI, Renato, *Instituciones...*, op. cit., T. 1, pp. 184/185, Según el citado jurista, una de las peculiaridades de la posición jurídica de la Administración pública radica en que su función, entendida como poder concebido en relación con la realización de determinados intereses, consiste en “la realización de intereses públicos, colectivos. Estos intereses públicos, colectivos, cuya satisfacción está a cargo de la Administración, no son simplemente el interés de la Administración entendida como aparato organizativo, sino lo que se ha llamado el interés colectivo primario, formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad, mientras que el interés del aparato (si es que puede concebirse un interés del aparato unitariamente considerado) sería simplemente uno de los intereses secundarios que se hacen sentir en la colectividad y que pueden ser realizado solamente en caso de coincidencia con el interés colectivo primario y dentro de los límites de dicha coincidencia. Aun pudiéndose concebir un interés secundario de la Administración considerada como aparato organizativo, tal interés no podría ser realizado sino en caso de coincidencia con el interés primario, publico”.

Por ello, bien apunta Barra que se descarta “la prevalencia del bien común sobre el interés “propio” del aparato organizativo público que actúe en una determinada relación jurídica administrativa” (BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, op. cit., p. 184).

44 Señalaba Fiorini que “la tutela de los intereses colectivos primarios no están a disposición del interés particular de los sujetos, o de un grupo de sujetos; por el contrario, son exclusivos e inherentes a la misma existencia da la colectividad, podríamos decir de toda la nación. Estas clases de intereses y sus garantías legales no pueden renunciarse, ni negociarse, ni prescribirse”. (FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica...*, op. cit., p. 74)

45 COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo”, op. cit. El citado jurista destaca que “la juridicidad encarnada en el Estado persigue el logro de ciertos bienes que se jerarquizan como pertenecientes a toda la colectividad, que tanto pueden ser materiales, espirituales, como valores objetivizados, pero la juridicidad en sí misma, como medio o instrumento de la colectividad, significa un profundo valor de interés público, ya que por ella los individuos renuncian a la lucha física, a la guerra, a la pelea y a toda concepción extrajurídica del poder”. (p. 63/64)

concebible que él pueda ser sacrificado para atender, en apariencia, a algún otro interés”⁴⁶.

La juridicidad es, pues, un elemento necesariamente constitutivo de la noción de interés público primario y, por consiguiente, de irrenunciable e impostergable satisfacción para quienes tienen a cargo su gestión.

En el caso de los *intereses públicos secundarios*, entre los que se incluye el propio del Poder Administrador en tanto sujeto o aparato organizativo, es posible reconocer eventuales titularidades individuales, grupales o sectoriales y, en tal sentido, la Administración responde a valoraciones distintas en las que no puede sostenerse apriorísticamente que la irrenunciabilidad reclama imperiosa vigencia⁴⁷.

3.4. *El restablecimiento del principio de juridicidad es, por consiguiente, un poder inherente a la función administrativa: la anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como poder inherente a la función de administrar*

De lo hasta aquí señalado es posible concluir, entonces, que un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico genera irremediamente una automática relación de contradicción entre aquel y el *interés público primario* comprometido en la plena vigencia de la juridicidad como integrante de su noción, de modo que quienes tienen a cargo el ejercicio de la función administrativa tienen el imperioso deber de reestablecerlo sin dilaciones, sea por sí y ante sí o ante el Poder Judicial.

Más aún, si la *juridicidad* es un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario*, es una consecuencia lógica que la anulación de oficio de los actos administrativos irregulares asuma el carácter de potestad *inherente* a la función de administrar y, por consiguiente, de irrenunciable e impostergable satisfacción para quienes tienen a cargo su gestión⁴⁸.

46 COMADIRA, Julio Rodolfo, “El juez contencioso administrativo...”, op. cit.

47 FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica...*, op. cit., p. 70 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo”, op. cit.

48 En ese orden de ideas, Aja Espil ha señalado que los “poderes inherentes” –o aquellos que en la traducción literal de la terminología constitucional norteamericana se conocen comúnmente con el nombre de “poderes resultantes” (*resulting powers*)– son “las potestades propias de la naturaleza de un órgano o institución determinada” es decir, “potestades que son propias y originarias de cada uno de los órganos que crea un determinado sistema constitucional”, porque –agregaba el autor citando a Del Vecchio– “aun siendo la Constitución el punto ideal de convergencia de todas las determinantes jurídicas que pertenecen a un sistema, no todas esas determinantes están enunciadas normativamente. Más bien, son emanaciones de las homogeneidades del sistema”. (AJA ESPIL, Jorge, *Constitución y poder, historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., 1987, pp. 159/160)

Es que, como señalaba el profesor Comadira, si la misión esencial que compete a la Administración Pública es la de gestionar directa e inmediatamente el interés público y éste supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es una consecuencia lógica que “la anulación de oficio de los actos administrativos asuma el carácter de una verdadera potestad administrativa, en el sentido de que constituya un poder jurídico de actuación *inherente* a la función de administrar”⁴⁹ (resaltado fuera del original).

Del mismo modo, si entendemos que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta del principio de juridicidad (*interés público primario*) es el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico-administrativa⁵⁰, debemos concluir que la Administración Pública –o cualquier órgano u ente estatal o no estatal, en ejercicio de función administrativa– también tiene el deber irrenunciable de suspender aquellos actos nulos que, amén de su estabilidad excepcional, soslayan de manera manifiesta –o fehacientemente comprobada– el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad⁵¹.

(i) La anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable como poder inherente en modo alguno implica que no pueda ser reglamentada

Afirmar que la anulación de oficio del acto administrativo y la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular estable es una potestad inherente a la función administrativa, en modo alguno impide que aquellas sean ajenas al principio de juridicidad, razón por la cual entendemos que si bien el Congreso podría reglamentarlas sin otro límite que el de la razonabilidad, aquel no podría prohibirles el ejercicio de aquella potestad en toda circunstancias.

En tal sentido, como sostenía el profesor Comadira, una norma que prohíba aquella potestad “no evidenciarían otra cosa, a nuestro entender, que la existencia de una equivocada política jurídica en la materia, toda vez que no se traduciría correctamente las exigencias involucradas en la función administrativa propia de un Estado de Derecho”⁵².

49 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 65.

50 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo municipal (en la municipalidad de la ciudad de buenos aires y en los municipios de la provincia de buenos aires)*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 107/108 y sus citas.

51 Recientemente, la Justicia Federal de Salta ha señalado, con cita nuestra, que la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable constituye un poder inherente a la función de administrar en: Juzgado Federal de Salta N° 1, 19/09/2024, “Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo”.

52 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., pp. 65/66. Esta idea fue luego reiterada en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo

En otras palabras: el poder inherente debe estar sujeto, desde luego, a los condicionamientos jurídico-formales y sustanciales que para su ejercicio imponga, en cada caso, el ordenamiento jurídico⁵³. Empero, la reglamentación legislativa no lo podrá vaciar de contenido, sin incurrir en irrazonabilidad

Por ello, en definitiva, no resulta acertado sostener que limitar la potestad inherente de anular de oficio un acto administrativo irregular constituya una inconstitucionalidad⁵⁴ sino que, en rigor de verdad, en nuestra opinión, las potestades inherentes a la función administrativa (v.gr.: anulación y suspensión de oficio del acto irregular; sanciones disciplinarias; revocación por oportunidad mérito y conveniencia, etc.) requieren, para evitar caer en eventuales abusos, de una reglamentación *razonable* que, como tal, no las cercene en forma arbitraria⁵⁵.

3.5. Síntesis

A modo de síntesis de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que si la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público y, a su vez, la plena vigencia del principio de juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo de la noción de interés público primario, tanto la anulación de oficio del acto administrativo como la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular asumen el carácter de poderes inherentes a la función de administrar que, en el caso, responde y se dirige al restablecimiento sin

(coord., colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. 2, p. 1142.

53 Por ello, desde nuestro punto de vista no sería coherente reconocer que un órgano u ente pueda ejercer competencias en forma expresa, implícita o inherente y, al mismo tiempo, sostener que el Estado solo pueda ser responsable ante deberes expresos y determinados (en tal sentido, la Ley 26.944 Ley de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos establece que, para tener por configurada la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, se deben cumplir con diversos requisitos y, entre ellos, menciona la “falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica *la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*”, énfasis agregado).

Ello así toda vez que si, en líneas generales, el derecho administrativo es el de la función administrativa y su control judicial (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., T. 1, p. 6), surge de manera clara que si se niega un control judicial del accionar estatal o, en su caso, si se lo obstaculiza en forma irrazonable, no existiría, técnicamente, un verdadero derecho administrativo.

54 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Los límites a la potestad revocatoria de la administración. En la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *LL* 04/10/2024, 1.

55 Para el profesor Comadira, los límites a la procedencia de la potestad anulatoria estarían dados “por los límites inherentes a la ejecutoriedad propia del acto anulatorio, esto es, por la incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 84, 212, *passim*)

dilaciones del ordenamiento jurídico vulnerado con la presencia del acto administrativo gravemente ilegítimo.

4. ANULACIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE, “LA DENOMINADA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA”

Hasta aquí hemos visto que:

- a) la *función administrativa* consiste en satisfacer *el interés público de manera directa e inmediata*;
- b) la plena vigencia del principio de *juridicidad* aparece como un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario*;
- c) la anulación de oficio del acto administrativo y, en su caso, la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, constituye un *poder inherente a la función administrativa*;
- d) la existencia de poderes inherentes no genera, por sí sola, la *inconstitucionalidad* de las normas que pretenden regularlos;
- e) la reglamentación de los poderes inherentes no puede incurrir en *irrazonabilidad*, es decir, cercenar en forma arbitraria aquellos poderes, como sucedería si ejercicio fuera prohibido en toda circunstancia.

A continuación, y siguiendo el esquema propuesto al comienzo, analizaremos la evolución jurisprudencial y legal del régimen de la anulación de oficio del acto administrativo.

4.1. La situación antes del dictado de la LNPA: el caso “Carman de Cantón”

Tal como señaláramos en otra oportunidad⁵⁶, con anterioridad a la regulación establecida en la LNPA e, incluso, previo al dictado del *leading case* “Carman de Cantón”⁵⁷, la CSJN no tenía un criterio uniforme en relación con la llamada “potestad anulatoria o revocatoria” de la Administración.

⁵⁶ COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 76 y ss.

⁵⁷ CSJN, 14/08/1936, “Carman de Cantón, Elena v. Nación Argentina. Rodríguez Melero, Francisco v. Nación”, Fallos: 175:368. De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: El Poder Ejecutivo, mediante un Decreto dictado con fecha 28/02/1913, aprobó la jubilación ordinaria otorgada al Dr. Eliseo Cantón, decano y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Asimismo, al Dr. Cantón le fue otorgada una pensión militar mediante Decreto del 10/05/1926. Al año siguiente, esto es, en 1927, la Comisión Revisora de Pensiones Militares al detectar errores en el cómputo de los servicios militares, inició un proceso de revisión. Durante la tramitación de aquéllas actuaciones administrativas se produjo el fallecimiento del Dr. Cantón y, en 1931, al presentarse la Sra. Elena Carman de Cantón –viuda del Dr. Eliseo de Cantón– a los fines de percibir la pensión correspondiente, la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones declaró improcedente la revisión de la jubilación. Ahora bien, no obstante ello, el Poder Ejecutivo, mediante Resolución del 20/08/1932, entendió que la revisión sí resultaba

En efecto, tal como recordara la doctrina especializada en la materia, el Máximo Tribunal de la Nación confundía el instituto de la caducidad con el de revocación y, en otras ocasiones, adoptaba un criterio amplio de las facultades revocatorias por parte de la Administración Pública⁵⁸.

Ahora bien, en ocasión de fallar en la aludida causa “Carman de Cantón”, el Alto Tribunal fijó los requisitos que debía reunir un acto administrativo para ser considerado estable y, por tanto, para que sea inextinguible en sede administrativa, a saber:

- a) que el acto fuera *regular*,
- b) que no existiera una ley que autorizara a la Administración a revocarlo,
- c) que hubiera declarado derechos subjetivos,
- d) que hubiera causado estado,
- e) que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas,
- f) que el acto hubiera sido emitido por la Administración activa, esto es, que no fuera producto de la “actividad jurisdiccional”⁵⁹,

procedente y, al año siguiente, más concretamente, el 20/06/1933, dejó sin efecto el Decreto del 28/02/1913 y mandó a formular cargo por las sumas que el Dr. Cantón percibiera en virtud de aquél. La Sra. Elena Carman de Cantón al encontrarse no sólo sin el derecho a la pensión sino, también, frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas, dedujo la correspondiente acción contenciosa administrativa argumentando el carácter irrevocable e irreversible del derecho jubilatorio del que su difunto esposo había gozado durante 18 años.

Al arribar el caso a la Corte, ésta, luego de sintetizar los hechos, entiende que correspondía “averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia –judicial o administrativa–, existen fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al Dr. Eliseo Cantón el derecho a su jubilación, en 28/2/1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en 20/6/1933, o si, como sostiene la actora, el acto administrativo de 1913, es irreversible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el Dr. Cantón”. (consid. 2°).

Luego de analizar aquella cuestión, el Tribunal Superior entendió que, al no existir “ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo”. (consid. 3°), la Sra. Elena Carman de Cantón “tenía derecho a la pensión que le corresponde como esposa del Dr. Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida, de acuerdo con el Decreto de 7/2/1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo”. (consid. 9°).

58 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., pp. 101/106. Como señala el autor citado, la “caducidad” es un instituto que tiene por objeto la extinción de un acto administrativo legítimo cuando el particular beneficiario de su contenido no cumple con las condiciones en él establecidas mientras que, la anulación, es un medio de extinción dirigido a los actos administrativos ilegítimos por hallarse viciados en su propia estructura originaria (*Ib. Idem*, p. 102. Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 245 y ss.).

59 Sobre este punto Comadira enseña que el desdoblamiento funcional de la Administración en “jurisdiccional” y “ejecutora” o, lo que es lo mismo, “activa”, resultó significativamente

g) que el acto fuera unilateral,

h) que el acto fuera de alcance particular y no de alcance general.

En lo que a la enumeración precedentemente aludida concierne, destacamos que si bien los requisitos referenciados en los puntos N° 7 y 8 no fueron expresamente mencionados por la CSJN en la precitada causa, aquéllos derivaron directamente de la elaboración realizada por la doctrina con base en el fallo comentado⁶⁰.

De lo expuesto se colige que si la calidad de *regular* era la base de los presupuestos enunciados por la CSJN para que el acto administrativo adquiriera estabilidad y, por consiguiente, sea inextinguible, la ausencia de esa *regularidad* importaba, a *contrario sensu*, la inviabilidad jurídica de predicar la existencia de “cosa juzgada administrativa” respecto de un acto *irregular* y, por tanto, la procedencia de la pretensión anulatoria oficiosa del acto por parte de la Administración Pública⁶¹.

En definitiva, entonces, la jurisprudencia anterior a la sanción de la LNPA establecía que el acto regular notificado que hubiera generado derechos subjetivos a favor del administrado no podía ser anulado de oficio en sede administrativa mientras que, por el contrario, el acto administrativo irregular era esencialmente anulable de oficio en sede administrativa.

4.2. *La estabilidad del acto administrativo en la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

En el año 1972, es decir, a más de treinta y cinco (35) años del *leading case* “Carman de Cantón”, se dictó la LNPA la que, a su vez, en el año 1977, fue reformada por la Ley 21.686 y, más recientemente, como ya fuera adelantado, por la Ley de Bases cuyas reformas serán analizadas en el punto que sigue.

esclarecido en el caso “Villegas” (CSJN, 08/08/1974, “Villegas, Andrés Walter Cartesio Gualterio”, Fallos: 289:185). Según el autor, a partir de la citada causa las funciones “jurisdiccionales” de la Administración generaban “cosa juzgada” sin adjetivización alguna y, por tanto, equiparable a la “judicial”, mientras que las funciones “ejecutoras” o “activas” determinaban la denominada “cosa juzgada administrativa”, especie particular de aquélla. Desde esa atalaya, la “cosa juzgada administrativa” alcanzaba a “los actos dictados por la Administración como poder ‘ejecutor’, esto es, como administración ‘activa’, mientras que, por el contrario, los emitidos por ella como poder de ‘juzga’, es decir, los de sustancia ‘jurisdiccional’, debían regularse por el régimen propio de la ‘cosa juzgada judicial’”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 171/172).

60 ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo, con la aplicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981, p. 114; GORDILLO, Agustín, *El acto administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, 1969, pp. 146/147 (doctrina luego reiterada en GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo*, 10ª ed., T. 3, p. VI-5); LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 352, entre otros.

61 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 110.

Entre las diversas cuestiones que la LNPA reguló en aquel entonces estaba no sólo la “estabilidad” del acto administrativo regular (art. 18) sino, también, y apartándose de la jurisprudencia antes mencionada, la consagración legislativa de la estabilidad del acto “irregular” (art. 17).

(i) *El acto administrativo “regular”*

Del art. 18 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases se desprendía que el acto administrativo *regular*, esto es, el plenamente válido o el que está viciado con una nulidad relativa, adquiere estabilidad y no puede revocarse (en nuestra opinión, anularse⁶²), modificarse o sustituirse en sede administrativa por razones de ilegitimidad si hubiera sido notificado y de él “hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los administrados”.

Sin perjuicio de ello, la precitada cláusula legal establecía que si el interesado hubiere conocido el vicio del acto, o la anulación lo favoreciere sin causar perjuicio a terceros o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario, el acto *regular* podría anularse, modificarse o sustituirse.

Si bien las excepciones a la estabilidad del acto regular antes enunciadas merecieron diversos cuestionamientos por parte de la doctrina, lo cierto es que como dicho análisis excedería sin duda el objeto de este trabajo, remitimos para ello a las obras de quienes estudiaron en profundidad aquella cuestión.

Dicho eso, y retomando el análisis del régimen jurídico anterior, cabía concluir que en el marco de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, el acto administrativo *regular* notificado y que hubiera generado derechos subjetivos a favor de los administrados *no podía* anularse, modificarse o sustituirse, *salvo* que el interesado hubiere conocido el vicio del acto, que la anulación lo favorezca sin causar perjuicio a terceros o el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario.

Ciertamente, si bien el acto administrativo regular estable portador de un vicio leve o no fundamental no podía ser anulado en sede administrativa, por cuanto su anulación deberá ser peticionada en sede judicial, ello no obstaba a que

62 Es que, tal como hemos señalado al comienzo de este trabajo, hemos adherido al denominado “criterio objetivo” para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, correspondiendo 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.

el sujeto emisor de aquel pueda sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases⁶³.

(ii) *El acto administrativo “irregular”*

a) Por su parte, el art. 17 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases estipulaba que el acto administrativo *irregular*, esto 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, *debía* anularse o sustituirse en sede administrativa por razones de ilegitimidad.

Es decir, el principio, en este punto, era el de la falta de estabilidad o bien de inestabilidad del acto administrativo nulo o irregular⁶⁴.

63 El art. 19 de la LNPA rezaba: “El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: Ratificación. a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes. Confirmación. b) Confirmación por el órgano que dictó el acto subsanando el vicio que lo afecte. Los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación”.

El saneamiento o convalidación es “el efecto jurídico que se produce cuando la Administración, por medio de un acto expreso o tácito, le otorga plena validez a un acto administrativo afectado por un vicio determinante de su nulidad relativa. El saneamiento no procede, obviamente, respecto de los vicios generadores de nulidad absoluta”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, p. 131).

64 CSJN, 14/09/2010, “Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero”; A. 414. XLIV; CSJN, 23/04/1991, “Furlotti Setien Hnos. S.A. c/ INV. por recurso de apelación”, Fallos: 314:322 (éste último con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo, “El caso “Furlotti”: consolidación de una doctrina”, *EDA*, N° 7 y 8, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 401 y ss., reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, ob. Cit., p. 99. Ver, también, CSJN, 16/02/1987, “Bodegas y Viñedos Giol EEI y C. c/ Dirección General de Fabricaciones Militares”, Fallos: 310:380 (dictamen del procurador, punto V); CSJN, 05/12/1983, “Hernández, María Elvira Julia c/ Escuela Nacional de Bellas Artes ‘Manuel Belgrano’”, Fallos: 305:2170 (consid. 4°); CSJN, 22/06/1982, “Rodríguez Blanco de Serrao”, Fallos: 304:898 (consid. 7°); 17/06/1980, “Movimiento Scout Argentino c/ Nación Argentina” (consid. 6°), Fallos: 302:545. En igual sentido se ha expedido la PTN en Dictámenes 277:196; 260:336; 249:547; 235:326; 233:329; 220:44; 211:334; 200:133, 156:273, entre muchos otros.

En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 412. Para este autor, “...la prescripción que impone a la Administración el deber de revocar el acto irregular no alcanza a sustentar la inversión de la regla de la estabilidad, dadas las escasas posibilidades que existen en el ordenamiento para revocar en sede administrativa un acto administrativo afectado de nulidad absoluta...”.

La CSJN, por su parte, recientemente ha analizado nuevamente la estabilidad de los actos administrativos en el caso “*Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa*” del 25/03/2015 aunque, desde nuestro punto de vista, no lo ha hecho en sus justos términos (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo, *El caso “Kek” y la estabilidad del acto administrativo -Comentario al fallo “Kek, Sergio*

No obstante ello, la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, apartándose del criterio jurisprudencial sentado en “Carman de Cantón”⁶⁵, había establecido ciertos límites a la potestad anulatoria del acto irregular pues, según se desprendía de la segunda parte del art. 17, si estuviere firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, aquel adquiriría estabilidad y solo podía impedirse su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

Por cierto, como habíamos señalado en diversas oportunidades, la ley incurría en alguna confusión conceptual cuando se refería al acto *firme y consentido* pues, en rigor, el consentimiento es una forma en la que el acto puede adquirir firmeza. En otros términos, el acto *consentido* es una especie de acto *firme*.

En efecto, el acto administrativo puede adquirir firmeza por: a) consentimiento expreso (v.gr.: el particular beneficiario del acto administrativo se presenta en el expediente y manifiesta consentir el acto) o tácito (v.gr.: por haber el particular dejado que venzan los plazos para recurrir); o b) por no existir más recursos administrativos y judiciales procedentes contra el acto administrativo, esto es, cuando existe cosa juzgada judicial⁶⁶.

En ese último orden de ideas, señalábamos que limitar la potestad anulatoria a la firmeza del *acto consentido*, llevaría a sostener que el sujeto emisor también debe anular los *actos no consentidos* pero que fueron cuestionados por el particular en sede administrativa y judicial, adquiriendo la calidad de cosa juzgada judicial.

Leonardo y otros c/ Municipalidad De Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa” - CSJN - 25/03/2015”, elDial DC1FFF). Una posición diferente puede verse en: ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “Kek” o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular”, RAP 460:99.

65 Al respecto, Comadira ha señalado que si bien la Ley 19.549 y, posteriormente, su modificación por Ley 21.686, significó un aparente progreso respecto de la jurisprudencia de la Corte, en cuanto consagró expresamente la anulación de oficio como un deber de la Administración, lo cierto es que aquel progreso se vio enervado en razón de la limitación introducida en la segunda parte del art. 17.

Ello así por cuanto para el autor citado, el fundamento y la finalidad a la que responde y se dirige la potestad anulatoria de la Administración, hondamente vinculada al interés público comprometido en la vigencia plena del orden jurídico, lleva a sostener que el verdadero límite en la materia debería estar constituido no por la firmeza que posea el acto o los derechos subjetivos, sino “por los límites inherentes a la ejecutoriedad propia del acto anulatorio, esto es, por la incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 212. Ampliar en la obra citada: p. 74 y ss.).

66 Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, Ob. cit., p 200; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 99 y ss., especialmente p. 101, nota 5.

Sin embargo, apuntábamos que, en nuestra opinión, si un acto administrativo no fue consentido pero devino en firme por su valoración judicial definitiva, la autoridad administrativa no podría anularlo⁶⁷.

En este sentido, la PTN había señalado que si en sentencia basada en autoridad de cosa juzgada se tuvo por probada la inexistencia de los hechos en los que podría haberse basado la declaración de nulidad de un acto administrativo, por imperio del art. 1103 del Código Civil (actual art. 1777 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, CCCN) de aplicación analógica en el caso, no puede admitirse una reposición de la cuestión en sede administrativa⁶⁸.

Finalmente, la norma exigía como requisito de la estabilidad del acto administrativo que éste hubiere generado “derechos subjetivos que se estén cumpliendo” lo que significaba, entonces, que si los derechos subjetivos no habían comenzado a cumplirse, la Administración debía anular por ilegitimidad el acto administrativo afectado por una nulidad absoluta⁶⁹.

Si bien la ley no contemplaba expresamente la posibilidad de *modificar* el acto administrativo irregular, nosotros entendimos que aquello resulta procedente

67 *Ib. Ídem* nota anterior. En tal sentido, González Pérez, al analizar los efectos jurídico-materiales de las sentencias, sostuvo que si aquellas desestiman las demandas de anulación de un acto administrativo, “queda confirmado el acto, dando firmeza a las relaciones jurídicas que en aquél tuvieron origen. Lo que significa que la Administración Pública no podrá anular o revocar el acto administrativo confirmado por la sentencia”. (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1992, p. 408).

68 Dictámenes 201:26.

69 En relación con la idea de que el acto haya generado “...derechos subjetivos que se estén cumpliendo...”, ver: CSJN, 22/09/1987, “Olivera”, Fallos: 310:1870 y, más cerca en el tiempo, *id.*, 08/09/2003, “Miragaya”, Fallos: 326:3316, este último con comentario: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo”, en COMADIRA, Julio Rodolfo (dir.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 665 y ss. En estos precedentes, la Corte convalidó la anulación de oficio de actos administrativos que, si bien habían generado derechos subjetivos, éstos no habían comenzado a cumplirse.

En ese sentido, la P.T.N. señaló que “si los derechos subjetivos no han comenzado a cumplirse resulta procedente revocar por ilegitimidad el acto administrativo afectado por una nulidad absoluta [...] aun cuando el inicio del cumplimiento de los derechos subjetivos no se haya concretado por mora atribuible al Estado”. (Dictámenes 184:36)

Una visión crítica sobre la cuestión puede verse en: MINORINI LIMA, Ignacio, “La revocación del acto administrativo irregular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 782; POZO GOWLAND, Héctor M., “Análisis y comentarios al art. 17 de la LNPA”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. III, p. 427; MELAZZI, Luis A., “Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)”, *RDA* 2010-975, especialmente p. 998.

no sólo por aplicación del principio general consagrado por ULPIANO⁷⁰ que reza que quien puede lo más (en el caso, *anular* o *sustituir*), puede lo menos (*modificar*) sino, también, porque, como señalaba COMADIRA, “la modificación es una modalidad de sustitución parcial”⁷¹.

b) Ahora bien, de conformidad con lo hasta aquí expuesto podría sostenerse que la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases había adoptado un criterio más riguroso para anular un acto estable nulo que uno regular, por cuanto para extinguir el primero por razones de ilegitimidad en sede administrativa se requería que aquél no estuviere “firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo”, mientras que, para el segundo, aunque esté notificado y hubiere generado derechos subjetivos, si el particular conocía el vicio, el derecho se le hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario o si la anulación, modificación o sustitución del acto lo favoreciere sin causar perjuicios a terceros, sí podría extinguirse.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta el carácter de principio que debía atribuírsele a la potestad anulatoria de la Administración consagrada por la primera parte del art. 17 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, sostuvimos que, siguiendo una interpretación armónica de la ley⁷², como propone la Corte Suprema⁷³, la PTN⁷⁴ y la mayoría de la doctrina⁷⁵, a la estabilidad del acto adminis-

70 Ulpiano, Dig. 50, 17, 21: *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (No debe estarle prohibido hacer lo menos, a quien le está permitido hacer lo más).

71 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, p. 191.

72 Como se dijo las excepciones a la estabilidad del acto regular previstas en el art. 18 –que la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, que hubiese sido otorgado expresamente y válidamente a título precario y que el particular hubiese conocido el vicio del acto administrativo– no están contempladas expresamente para la estabilidad del acto irregular. Pero, si no se trasladaran las excepciones de la estabilidad del acto regular a la estabilidad del acto irregular, paradójicamente se le estaría otorgando una mayor estabilidad al acto irregular que al regular cuando, evidentemente, tal propósito no estaba en el espíritu del legislador. Esto último se confirma cuando se recuerda que los actos irregulares como principio deben ser anulados en sede administrativa y, en sentido inverso, el acto regular del que hubieren nacido derechos subjetivos no puede ser anulado, en principio, en sede administrativa una vez notificado (art. 18, LNPA).

73 CSJN, 17/02/1998, “Almagro, Gabriela y otra”, Fallos: 321:169. Criterio reiterado, en fecha más reciente, en CSJN, 30/9/2003, “El Rincón de los Artistas c. Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ordinario”, Fallos: 326:3700. Este último fallo fue comentado por mi padre: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Valiosos aportes...”, ob. cit., p. 665 y ss.

74 Dictámenes 137:231; 151:219; 153:213; 170:155; 180:125; 183:98; 195:49; 216:34; 233:329; 233:340; 234:465; 234:472; 234:588; 235:326; 235:446; 267:579; 277:196; entre otros.

75 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 218; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., Cap. VI-18; MARCER, Ernesto, “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549”, *LL* 1981-C, 305; HALPERÍN, David A., “El principio de estabilidad del acto administrativo”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 310; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos*

trativo *irregular* debían agregársele las excepciones previstas para el acto *regular*, toda vez que predicar una mayor estabilidad de un acto nulo de nulidad absoluta que de uno regular, sería una solución legislativa irrazonable y disvaliosa⁷⁶.

4.2.2.3.- De esa manera, entonces, bien cabía concluir que según surgía de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, la jurisprudencia de la CSJN, los asesoramientos de la PTN y la doctrina de los autores, el acto *irregular debía* anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad *salvo* que se encontrare firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, *a menos que* la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario o que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado.

4.3. *La estabilidad del acto administrativo irregular en la LNPA luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Por último, como fuera mencionado al comienzo de esta investigación, el 27/06/2024 se sancionó, y el 08/07/2024 publicó, la Ley de Bases en cuyo Título II, Capítulo III, modificó la LNPA.

En ese orden, el art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece:

Administrativos, Buenos Aires, Astrea, 1985, T. I, pp. 373/374; BIANCHI, Alberto, *¿Tiene fundamento...?*, ob. cit.; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, ob. cit., T. II, p. 81; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 99 y ss.; entre otros. Por nuestra parte, con anterioridad hemos adherido a la doctrina de los autores citados en: COMADIRA, Fernando G., “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada “acción de lesividad” en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad.

En contra, GUERRERO, Alejandro Osvaldo, “El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, de procedimientos administrativos”, en *RDA*, N° 17, p. 571 y ss.; REJTMAN FARAH, Mario, “La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación”, 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, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 436 y ss.; BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, T. 1, p. 364.

76 Aquella ha sido la postura adoptada por la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al consagrar en su 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, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, *salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable*”. (énfasis agregado)

“El acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa. No obstante, una vez notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, no procederá su revocación, modificación o sustitución en sede administrativa, y sólo se podrá obtener su declaración de nulidad en sede judicial, salvo en el supuesto previsto en el cuarto párrafo de este artículo. La sentencia que anule el acto tendrá el efecto previsto en el art. 14, último párrafo.

No podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando no se admita su revocación en dicha sede.

El acto administrativo regular de alcance particular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, sustituido o suspendido en sede administrativa una vez notificado.

Tanto el acto administrativo regular como irregular podrán ser revocados, modificados, sustituidos o suspendidos de oficio en sede administrativa si la revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

También podrá ser revocado, sustituido o suspendido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios producidos, de conformidad con la metodología dispuesta por la reglamentación. En esos supuestos, la indemnización comprenderá el lucro cesante debidamente acreditado”.

(i) Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico actual: primera aproximación

En los párrafos que siguen nos detendremos a efectuar algunas primeras reflexiones sobre el actual régimen de anulación de oficio del acto administrativo destacando, como dijera García Pullés citando a Germán J. Bidart Campos, que se realizan *con lápiz* ante la cercanía de la sanción de la ley y el exiguo lapso en que fue posible su aplicación a los procedimientos en curso, así como la falta de precedentes jurisprudenciales⁷⁷.

(ii) La falta de estabilidad del acto administrativo irregular como principio general: el deber anulatorio de la Administración

El texto vigente de la LNPA continúa reconociendo, correctamente a nuestro criterio, que el principio general en el ámbito del derecho administrativo

⁷⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Los límites a la potestad revocatoria de la administración. En la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, LL 04/10/2024, 1.

nacional es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

(iii) Los derechos subjetivos que se estén cumpliendo o el cumplimiento total del acto como excepciones al deber de anulación oficiosa del acto administrativo irregular

a) No obstante *el principio general* que la LNPA establece en materia de anulación de oficio del acto administrativo irregular, es decir, la procedencia de la anulación con efectos ejecutorios del acto afectado por una nulidad absoluta, lo cierto es que las reformas introducidas por la Ley de Bases otorgan una *estabilidad excepcional* a dicho acto cuando:

i) haya sido notificado,

ii) hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o,

iii) se hubiere cumplido totalmente su objeto,

Pues bien, en esta ocasión solo abordaremos brevemente algunos de aquellos supuestos.

b) En primer lugar se destaca que el término “notificado” ha venido a reemplazar a la anterior expresión “firme, consentido” que vimos en el punto 4.2.2.1. y, en segundo término, que la expresión “hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo” resulta idéntica a la utilizada en la LNPA vigente con anterioridad a la sanción de la Ley de Bases, motivo por el cual nos remitimos para su estudio a lo expuesto en el punto 4.2.2. del presente.

c) En tercer lugar, en el nuevo texto de la LNPA es posible advertir otra innovación pues, ahora, expresamente se veda a la Administración anular los actos administrativos cuando “se hubiere cumplido totalmente su objeto”.

Esta incorporación, que va en línea con el criterio oportunamente expuesto por la PTN al señalar que no resultaba conveniente iniciar una acción de lesividad cuando, por ejemplo, se había cumplido íntegramente un contrato considerado nulo, ya que ello implicaría tanto como solicitar la declaración de nulidad por la nulidad misma⁷⁸, es, en nuestra opinión, criticable.

Es que, como dijéramos en otra ocasión y en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina, entendemos que la situación desde un marco estrictamente jurídico formal no es necesariamente así toda vez que, en definitiva, si se anula el

⁷⁸ Dictámenes 197:105. En sentido similar puede verse: Dictámenes 197:142; 132:104, entre otros.

contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes, y, por consiguiente, el alcance de aquellas⁷⁹.

De ese modo, entonces, creemos que tanto la anulación de oficio de un acto o contrato administrativo gravemente ilegítimo, cuando ésta resultare pertinente, como la interposición de la demanda judicial de nulidad, cuando aquel modo de anulación no sea posible, resultan jurídicamente viables aun cuando se esté ante situaciones consumadas: “si éstas, pues, se configuran, las prestaciones cumplidas entre las partes cambian su causa jurídica, pero el contrato, en sí, deja de operar como sustento válido de aquéllas”⁸⁰.

En otras palabras: el hecho de que los derechos subjetivos emanados de un acto o contrato administrativo irregular ya se hubieren ejercido o cumplido de forma inmediata, no obsta a que aquel, de ser procedente, sea anulado de oficio con efectos ejecutorios en sede administrativa o, en su caso, a que se inicie el correspondiente proceso de lesividad pues, en definitiva, si se anula el acto o contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes y, con ello, el alcance de estas.

Por ello, consideramos encomiable el voto del Dr. Coviello en la causa “Castro” del año 1999 en un caso donde se declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso la cobertura de un cargo ejecutivo dentro del Estado para el que se llamó a concurso, pues la persona designada no se encontraba en condiciones reglamentarias para participar por no integrar los cuadros de la Administración Pública en el momento de postularse⁸¹.

A continuación efectuaremos, por su riqueza, una transcripción parcial de lo opinado por el Dr. Coviello en la causa mencionada:

“Ahora bien, conforme consta en autos, la cuestión habría devenido abstracta, toda vez que la persona designada cesó en el desempeño del cargo, y este no existe en la actual estructura del organismo.

Desde mi punto de vista ello no es así, puesto que importa establecer si, en definitiva, el acto impugnado fue o no válido. Y frente a la dilación del trámite administrativo y luego el judicial, máxime ante la eventualidad que si se hubieran adoptado oportunas medidas correctoras por la irregularidad tempestivamente denunciada por el actor, el resultado podría haber sido distinto, no es posible

79 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. 1, pp. 344/345, especialmente nota al pie N° 1343. Es que, como señala el autor citado, los derechos del contratista podrían limitarse a lo habilitado por la teoría del enriquecimiento sin causa, si ésta fuera aplicable.

80 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, 2° Edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 196.

81 CNCAF, Sala I, 23/09/1999, “Castro Ángel Alberto c/M° de Salud y Acción Social / Empleo Público”.

invocar el transcurso del tiempo y el hecho consumado, declarándose abstracta la cuestión”.

En situaciones como ésta interesa que se determine si la Administración observó o no el ordenamiento jurídico, lo cual significa que lo que está en juego es la afirmación de los principios propios del Estado de Derecho, y, en especial, el principio de la legalidad administrativa. Por ello, la cuestión va, ahora, más allá del mero interés de las partes. Interesa, en concreto, el buen funcionamiento –jurídico– de la Administración Pública, y ello no puede obviarse de tratar en esta sede.

En tal sentido, en un viejo precedente la Corte Suprema dijo que la Administración “debe ser franca, leal y pública en sus actuaciones” (Fallos: 10:203), y, en tiempos más recientes, que “[I]a actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad”. (Fallos: 304:721)

Además, recuerdo que en mi voto concurrente in re “Rava”, del 30/11/95) dije que “como consecuencia del principio cardinal de legalidad administrativa, es deber de la Administración Pública encauzar su actuación dentro del marco y con sujeción estricta a la ley y al Derecho”. Aquí está suficientemente probado que dicho principio no fue observado.

VII.- En conclusión, pues, el acto impugnado, aunque haya agotado sus efectos, debe ser igualmente declarado nulo –sólo con relación a los límites que constituyen la presente *litis*– por vicio en la causa, el objeto y la motivación”.

(iv) Las excepciones a la estabilidad del acto administrativo: especial referencia al “dolo” del particular

El nuevo texto de la LNPA establece expresamente que aun cuando el acto administrativo irregular hubiere sido notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, la Administración podrá (en nuestra opinión y, según una interpretación sistemática de la LNPA, *deberá*) anular el acto administrativo si ello “favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario”.

Anulación que favoreciere al particular sin causar perjuicios a terceros o derecho otorgado expresa y válidamente a título precario

En relación con la procedencia de la anulación de oficio cuando con ella se favoreciere al interesado sin perjudicar a terceros, hemos de señalar que esta excepción, que estaba en el texto de la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases⁸², es entendible dado que la noción de estabilidad del acto

⁸² Aunque, claro está, en el art. 18 de la norma pero que, como se dijo en el punto 4.2.2., eran trasladables al art. 17.

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”⁸³.

El art. 17 de la LNPA vigente continúa enunciando como excepción a la estabilidad, tal como lo hacía el texto anterior en su art. 18, que “el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario”.

No obstante, esto que parece una excepción a la inextinguibilidad del acto regular por razones de ilegitimidad, en rigor, no lo es, pues, como señalaba COMADIRA, 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 ésta 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”⁸⁴.

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 pues, en definitiva, la anulación basada en la precariedad deviene de la falta de estabilidad del derecho y no de la existencia de vicios no graves en el acto⁸⁵.

El dolo del particular como conducta habilitante de la potestad anulatoria de oficio inherente a la función administrativa

83 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, ob. cit., p. 228; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 99 ss., especialmente p. 103, nota 12. Ver, también: SPACAROTEL, Gustavo, “La estabilidad del acto administrativo y contrainterés”, 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, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 156; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., T. 3, Cap. VI-3 y VI-7; BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., T. II, p. 79 y, más recientemente, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III, p. 126; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 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 ésta siempre posible revocar un acto a favor del particular (Dictámenes 59:163; 216:270; 246:443, entre muchos otros).

84 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, p. 380.

85 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 116 y ss.; CANDA, Fabián O., “La revocación del acto administrativo regular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 799 y ss.

a) Por último, y en lo que creemos resulta ser una de las modificaciones más polémicas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, se contempla como excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular la acreditación del *dolo del administrado*.

La determinación de la conducta del particular idónea para configurar la potestad anulatoria de oficio del acto administrativo fue una cuestión muy debatida en el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia y la propia PTN.

Ciertamente, por su extensión, no resulta posible analizar en profundidad las diversas posturas que en su momento se habían propuesto, razón por la cual remitimos para su estudio a los trabajos efectuados por quienes han estudiado en profundidad aquella cuestión⁸⁶.

b) Sin perjuicio de ello, en esta ocasión solo diremos que las distintas posturas esgrimidas tanto por la doctrina como por la PTN podrían resumirse en las siguientes teorías:

Primera teoría: el conocimiento del vicio se configura cuando hay connivencia dolosa entre el funcionario y el particular –por ej., se paga una coima–⁸⁷;

Segunda teoría: el vicio debe tenerse por configurado no solo cuando existe connivencia dolosa sino, además, cuando sobre la base de la actuación dolosa del administrado, la Administración emite el acto administrativo de cuya anulación se trata –ej.: se presenta un certificado apócrifo–⁸⁸;

Tercera teoría: consiste en una teoría más amplia pues, en rigor, además de reconocer la potestad anulatoria en casos de connivencia dolosa o en los supuestos de actuar dolosa del particular, entiende que alcanza con el mero conocimiento del vicio⁸⁹.

Por nuestra parte, durante la vigencia del texto de la LNPA anterior a las reformas introducidas por la Ley de Bases habíamos adherido a la última teoría mencionada⁹⁰.

En aquella ocasión sostuvimos que para tener por configurado el *mero conocimiento del vicio* como causal habilitante de la potestad anulatoria de oficio

86 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 365; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 71 y ss. Asimismo, para un análisis de las distintas posturas adoptas por la Procuración del Tesoro de la Nación sobre la cuestión aquí planteada, remitimos al estudio realizado por RODRÍGUEZ, María José, “La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor, HALPERÍN, David, AGUILAR VALDEZ, Oscar, JUAN LIMA, Fernando, CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 127.

87 GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. 3, p. VI-18.

88 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., T. 1, p. 774.

89 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 365/366; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 198, entre otros.

90 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 79/80.

del acto administrativo y, resultaba necesario distinguir si el vicio se trataba de una cuestión fáctica —es decir, cuestiones de hecho— o de derecho. En el primer supuesto, era claro que quien pretendía anular de oficio el acto administrativo debía probar que el particular conocía las circunstancias fácticas que dieron lugar al dictado del acto viciado. Por otra parte, si se estaba ante un vicio relacionado con cuestiones de derecho, el tema analizado se tornaba aún más complejo.

En efecto, como apuntáramos⁹¹, para un sector de la doctrina como el derecho se presume conocido, cuando se estaba ante un acto administrativo que tenía un vicio relacionado con cuestiones de derecho, cabía presumir el conocimiento del vicio por parte del particular y, por tanto, el sujeto emisor del acto viciado estaba en condiciones de anularlo con efectos ejecutorios⁹².

No obstante, en nuestra opinión, sosteníamos que no era posible presumir el conocimiento del vicio cuando se trataba de cuestiones de derecho pues, si bien es cierto que el derecho se presume conocido, en un Estado Constitucional de Derecho no podía soslayarse, por un lado, que la buena fe del particular debía presumirse⁹³, y, por otra parte, que la presunción de legitimidad no solo se presentaba como una prerrogativa de la Administración sino, también, como una garantía del administrado, razón por la cual este podía invocarla para negar que conocía el vicio de derecho.

En ese orden de ideas, precisamos que la presunción de legitimidad de los actos administrativos no era absoluta pues cedía en tres supuestos: a) cuando se

91 COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2024, p. 1057 y ss.

92 DIEZ, Horacio Pedro, “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Almagro’”, *ED* 178:676.

93 En tal sentido cabe recordar que si bien en un comienzo algunos autores objetaron extender al derecho administrativo el principio general de la buena fe, lo cierto es que hoy en día tanto la doctrina extranjera, como la nacional, la PTN y la CSJN reconocen su aplicación en nuestra disciplina (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2024, p. 136 y ss.). A su vez, actualmente el principio de la buena fe es posible encontrarlo no solo en las normas que rigen al derecho privado sino, también, en diversas regulaciones del derecho público, específicamente, del derecho administrativo.

Así, en primer lugar hemos de mencionar que si bien nuestra Constitución Nacional, a diferencia de lo que sucede con las constituciones de otros países, no menciona expresamente el principio de la buena fe (como en Colombia, donde la Constitución Política expresamente establece en el art. 83 que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”), lo cierto es que es que, como señala García Pullés, la sola lectura del preámbulo y de algunos de sus preceptos más representativos (los arts. 16; 18; 19; 28; 33; 42; 75, incs. 18, 19 y 22; 99, incs. 2º y 3º; 118 y 125, entre otros) obliga a concluir que los constituyentes, aquellos de 1853 y estos de 1994, no concibieron una legalidad apartada de la razonabilidad o de la buena fe (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Otras perspectivas del contencioso administrativo”, *LL* 2012-F, 1116)

trata de actos que ostentan vicios manifiestos, b) cuando se está en presencia de actos que adolecen de un vicio grave debidamente comprobado con posterioridad, c) cuando, e independientemente de nuestra visión crítica de la cuestión, resulta de aplicación la doctrina elaborada por la CSJN sobre la “presunción de inconstitucionalidad”⁹⁴.

Resultaba claro que el verdadero desafío estaba en determinar hasta qué punto podía fehacientemente afirmarse que el particular beneficiado por un acto administrativo ilegítimo había obrado de buena fe y, en tal sentido, sostuvimos que para ello debía tenerse en cuenta las condiciones específicas del particular administrado, tal como lo puntualizó la CSJN en el caso “Cadipsa”⁹⁵.

Por consiguiente, entonces, y como señaláramos en el trabajo antes citado, apuntamos que el *conocimiento del vicio* como causal de excepción a la estabilidad del acto y, por tanto, habilitadora de la anulación de oficio, debía ser la mala fe del administrado⁹⁶, exteriorizada en la falta de comunicación de este a la Administración, y teniendo como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica⁹⁷.

c) Ahora bien, como vimos, el art. 17 de la LNPA con las modificaciones introducidas por la Ley de Bases expresamente exige acreditar el “dolo del administrado”.

94 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 321 y ss.2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 205 y ss.

95 CSJN, 16/05/2000, “Cadipsa SA v. Estado nacional y otros, s/nulidad de acto administrativo”, Fallos: 323:1146. En el caso, la Corte consideró válida la circular revocatoria de otra anterior aclaratoria de un Pliego de Bases y Condiciones Generales correspondiente a un Concurso convocado para adjudicar la explotación de hidrocarburos.

El fallo dictado por el Alto Tribunal es trascendente no sólo por la afirmación del principio de legalidad que él supone, sino, además, porque a partir de la ilegalidad de la circular revocada justifica su anulación en sede administrativa.

Entre los argumentos utilizados por la Corte para convalidar la anulación del acto en sede administrativa, consideró de vital importancia “la especial versación técnica y jurídica” de la empresa respecto del conocimiento del marco jurídico atinente a la materia considerada.

La PTN, por su parte, también ha sostenido que el conocimiento del vicio podría inferirse de la alta especialización técnica de los particulares administrados (Dictámenes 268:172).

96 CNACAF, Sala IV, 08/04/1999, “Villalonga Furlong S.A.”; CNCAF, Sala III, 17/09/1984, “Hughes Tool”.

La casuística suscitada en relación con el conocimiento del vicio ha llevado al máximo organismo asesor a sostener que aquel puede referirse tanto a la ausencia de buena fe (Dictámenes 150:125; 180:125; 195:49), como a la mala fe, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración (Dictámenes 327:238; 200:133; 183:98; 191:96, entre otros). Para un análisis de las distintas posturas adoptas por la PTN sobre la cuestión aquí planteada, remitimos al estudio realizado por RODRÍGUEZ, María José, “La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 127.

97 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 79/80.

Ciertamente, una interpretación restrictiva del *dolo* como causal habilitadora de la anulación de oficio del acto administrativo sería inconstitucional pues, con ella, se estaría cercenando irrazonablemente la potestad inherente a la función administrativa, cuestión que fue abordada en profundidad en el punto 3 del presente.

Por ello, y teniendo en consideración, por un lado, que siempre se debe intentar efectuar una interpretación razonable para salvar la constitucionalidad de los preceptos legales⁹⁸, pues, en definitiva, la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio*⁹⁹, entendemos que el dolo al que hace referencia la norma debe ser entendido *en sentido amplio y/o genérico*, esto es, *comprendivo tanto del “dolo por acción” como del “dolo por omisión u omisión dolosa”* (también llamado “dolo activo” y “dolo pasivo”, respectivamente).

Así, en el ámbito del derecho privado se ha sostenido que mientras en el dolo positivo “se realizan activamente maniobras o ardides destinados a ocultarle a la víctima el real estado de cosas”, en el dolo negativo “lo que hay es una omisión donde se aprovecha el engaño en que cae el otro, pese a no haber realizado nada concreto para que cayera en el mismo (Cifuentes, Von Tuhr). En el ‘dolo negativo’, pues, nadie ‘provoca’ nada, sino que se limita a aprovechar maliciosamente el error ‘espontáneo’ del otro”¹⁰⁰.

Del mismo modo, se precisó que “generalmente, el dolo consiste en un acto positivo; tal ocurre cuando se vende la copia de un cuadro célebre afirmando engañosamente que es el auténtico. Pero también se miente con el silencio. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la

98 Es que, como ha señalado Cianciardo, debe distinguirse entre “la interpretación irrazonable de una norma de una interpretación razonable de una norma irrazonable” (CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, *LL* 2009-B, 1249).

99 Cabe recordar que según tiene dicho la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico: CSJN, 11/07/2019, “Compañía Mega S.A. c/ EN -AFIP DGI- resol. 93/04 94/04”, Fallos: 342:1170; CSJN, 21/11/2018, “Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13”, Fallos: 341:1675; CSJN, 11/05/2017, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, Fallos: 340:669; CSJN, 16/03/2016, “Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. varias”, Fallos: 339:323; CSJN, 13/03/2017, “Acosta, José Irineo c/ Compañía Andrade Empresa de Transporte de Pasajeros S.R.L. s/ cobro”, Fallos: 330:685; CSJN, 14/09/2000, “Adamini, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, Fallos: 323:2409; CSJN, 24/02/1981, “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica. Marrone, Roberto c/ Egom, S.C.A. Banco de Río Negro y Neuquén S.A.”, Fallos: 303:248, entre muchos otros.

100 PIETRO MOLINERO, Ramiro, “Comentario a los arts. 267 a 278”, en AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, RIVERA, Julio César (dir.), MEDINA, Graciela (dir.), 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, T. I, p.364.

otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento”¹⁰¹.

Al referirse concretamente a la “omisión dolosa”, la doctrina apuntó que ella “implica guardar silencio cuando se advierte que la otra parte se encuentra equivocada o incurre en error respecto de algún elemento esencial del contrato que es determinante de su consentimiento”¹⁰².

También se ha recordado que “la doctrina en general acuerda que la omisión dolosa existe ‘cuando se ocultan o callan circunstancias que se tenía el deber de comunicar a otro, induciéndolo a error. El ocultamiento o reticencia debe consistir en una abstención, no en un disimular o en una contestación afirmativa o negativa que son casos de acción dolosa’ o consiste ‘en el mero silencio o inacción frente a la evidencia del error en que está la otra parte’; en el mismo sentido: ‘En el dolo negativo o por omisión, el sujeto aprovecha un engaño en el que cae la otra parte por las apariencias que él no ha creado, y es un ocultamiento sin maniobras o ardides para engañar. Es una actitud reticente dado que no se informa a la víctima y se aprovecha el error en el que ha caído’. También se pronuncia Peralta Mariscal: ‘El dolo negativo u omisión dolosa puede ser definido como aquel que se configura cuando el contratante no desengaña al otro sobre un error en que incurre y que el primero conoce, o no le suministra las aclaraciones que la buena fe impone (Salvat, López Olaciregui)’.

El dolo por omisión se configura mediante una abstención, que no es una negación de la acción sino una modalidad, porque en la acción se comprenden tantos actos por un lado y abstenciones por el otro. También se debe distinguir las acciones que no hacemos de las que omitimos, porque en las acciones que no realizamos (abstenciones) hay algunas que tienen un estatus especial y son aquellas que no sólo no hacemos, sino que su realización es, de alguna manera, esperada. En la omisión dolosa nos encontramos frente a un deber positivo específico de actuar, un deber de información al contratante que advertimos está equivocado, y que en el momento de la negociación nos abstenemos de informar. Este deber de explicarse se sustenta en la buena fe y en los usos del tráfico jurídico. Si hablamos de deber de actuar, le asiste a la otra parte el derecho a exigir el cumplimiento. En la omisión dolosa, la abstención (o sea, no cumplir el deber) opera como la causante de la celebración del acto, tanto que sin la misma el acto no se hubiese celebrado, por lo que la parte perjudicada si prueba los requisitos exigidos en el

101 BORDA, Alejandro “Derecho Civil y Comercial. Contratos”, Buenos Aires, *La Ley*, 2016, p. 68 y ss. LORENZETTI, Ricardo Luis “Comentarios a los arts. 1-18 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. 1, p. 93.

102 BENAVENTE, María Isabel, “Comentario a los arts. 257 a 288”, en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, HERRERA, Marisa (dir.), CAMELO, Gustavo (dir.), PICASSO, Sebastián (dir.), 1ª ed., Ed. Infojus, T. I, p. 453.

art. 272 puede pedir la nulidad del acto. O sea, tenía el derecho a esperar que el otro cumpliera con el deber de informar”¹⁰³.

Cabe tener en cuenta, además, que uno de los principales autores del CCCN (v.gr.: Lorenzetti), al analizar el art. 12 de la norma que trata el “orden público” y el “fraude a la ley”, señaló que “el orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales” y, al efectuar una enumeración de las concordancias del citado precepto con el resto de las contenidas en el CCCN, expresamente mencionado a la acción y omisión dolosa regulada en el art. 271.

En ese orden, el jurista menciona, en conclusiones plenamente aplicables al ámbito del derecho administrativo, que el orden público “consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada; el legislador se ocupa de que exista un consentimiento pleno, una garantía del proceso de formación del acto jurídico [...] Es la buena solución. Juega en este caso una cuestión de moral: el engaño, sea por acción o por omisión, no puede tener el amparo del derecho”¹⁰⁴.

Más adelante, cuando se analiza el art. 271, se consigna que el dolo “consiste fundamentalmente en realizar una maniobra engañosa o incurrir en una omisión o reticencia que produzca el mismo efecto”¹⁰⁵.

d) Por consiguiente, el alcance del término “dolo” utilizado por la LNPA como supuesto para que la Administración también pueda –en nuestra opinión, *deba*– anular de oficio el acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo –y, según nuestro criterio, también cuando se hubiere cumplido totalmente su objeto–, debe ser entendida en sentido amplio y/o genérico, es decir, comprensivo tanto del dolo por acción como por omisión (v.gr.: omisión dolosa).

Resulta incuestionable que la “omisión dolosa” constituye, en definitiva, un claro ejemplo de mala fe del particular manifiestamente contrario a lo dispuesto en el art. 1° *bis* del actual texto vigente de la LNPA que, como fuera adelantado, expresamente menciona a la “buena fe” como principio general del procedimiento administrativo y, más específicamente, requiere que “tanto la Administración

103 CERUTTI, María del Carmen “Comentarios a los arts. 265-278 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA.VV., BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T. 1B, pp. 166/167.

104 LORENZETTI, Ricardo Luis “Comentarios a los arts. 1-18 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. 1, p. 93.

105 BENAVENTE, María Isabel “Comentarios a los arts. 257 a 283 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. II, p. 65.

como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos”.

La buena fe del particular exige que, en el caso, aquel brinde a la Administración toda la información relevante para el dictado del acto administrativo y no que, por el contrario, guarde silencio o se mantenga inerte frente al error en el que la Administración pueda incurrir.

Naturalmente, la mala fe del particular, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración que habilitará a la Administración a declarar la nulidad con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, deberá tener como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica.

4.4. *Procedimiento administrativo para la anulación de oficio del acto administrativo irregular*

Sentado lo expuesto, y teniendo en consideración que no existe a nivel nacional un procedimiento especialmente previsto para disponer la anulación de oficio del acto administrativo irregular, entendemos que como aquella anulación se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación de oficio del acto administrativo irregular deberá:

- a) ser dictados por la *autoridad competente* (art. 7º, inc. a, de la LNPA); en este sentido, Comadira¹⁰⁶ apuntaba que para disponer la anulación oficiosa de un acto administrativo, a saber:
- el órgano emisor del acto, por aplicación del principio del “paralelismo de las competencias”, salvo que hubiera actuado por delegación y que, al tiempo de la anulación, aquélla hubiera cesado, supuesto en el cual la anulación solo podrá disponerla el órgano delegante (argumento del art. 85 del del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos t.o. 2024, en adelante “RLNPA”);
 - el órgano delegante, con relación a los actos del delegado;
 - los superiores jerárquicos del órgano emisor por ser ésta una atribución inherente a la relación jerárquica;
 - los órganos titulares de la relación de tutela respecto de los actos emanados de los órganos superiores de los entes tutelados, con los alcances que surgen del art. 97, párr. último, del RLNPA.
- b) aducir una *causa válida* (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho, objetivos y verdaderos –art. 7º, inc. b, de la LNPA–);

106 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, ob. cit., T. 1, p. 533/537.

- c) respetar el *bloque de juridicidad* (juridicidad que no solo se perfila como “objeto” del acto administrativo –art. 7º, inc. c, de la LNPA– sino, también, como principio general del procedimiento administrativo (art. 1º *bis* de la LNPA);
- d) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto (art. 7º, inc. d, de la LNPA), entre los que se incluyen:
- los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico (como es la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico¹⁰⁷);
 - el respeto de la tutela administrativa efectiva, esto es, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional;
- e) estar debidamente *motivados* (art. 7, inc. e de la LNPA);
- f) emitidos con el fin de satisfacer la *finalidad* de la norma atributiva de competencia (art. 7º, inc. f de la LNPA)¹⁰⁸.

Y, por supuesto, la medida deberá ser *razonable* (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. f de la LNPA) pues, de lo contrario, el acto sería inconstitucional¹⁰⁹.

107 Si bien como se verá en las notas que siguen, la mayoría de la doctrina considera que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular, cabe señalar que respecto del dictamen jurídico, quienes han profundizado en su estudio, entendieron que aquel es especialmente exigible en todos los actos administrativos de alcance general, sean normativos o no normativos (ampliar en: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, El Derecho, 2014, p. 60).

108 También han señalado que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular: HUTCHINSON, Tomás, “Régimen jurídico de los reglamentos” en AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1989, p. 79; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 44 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...*, ob. cit., p. 223; CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2017, p. 223 y ss.; MURATORIO, Jorge I., “Impugnación de reglamentos de necesidad y urgencia y de reglamentos delegados. Acceso a la instancia judicial”, en AA.VV. *Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 379; BOTASSI, Carlos A. - OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, p. 463; CORBALÁN, Pablo S., *Decretos de Ejecución*, op. cit., p. 57, especialmente nota Nº 65, entre otros.

109 En ese sentido, Marienhoff señalaba que “el acto irrazonable es un acto inconstitucional y, por serlo, la irregularidad pertinente se traduce en un acto nulo de nulidad absoluta, que generalmente es manifiesta”. (MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, *LL* 1989-E, 963). Bien ha señalado Julio Oyhanarte que “en el derecho argentino ningún acto estatal -legislativo, administrativo judicial- es válido si no es razonable”. (OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo*, en “Recopilación de sus obras”, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 87).

Esto último implica, entonces, que todos los actos administrativos deberán resistir el test de razonabilidad o proporcionalidad¹¹⁰ que, como bien apuntara Alexy¹¹¹, debe ser analizada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro del fin, debe escogerse la “alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”¹¹²) y razonabilidad o proporcionalidad *stricto sensu* (establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar)¹¹³.

(i) Especial referencia al debido procedimiento previo al dictado del acto que dispone la anulación ejecutoria de un acto administrativo irregular

A diferencia de lo que sucede en el derecho privado donde, en líneas generales, las formas no son determinadas por la ley por cuanto rige el principio de la libertad de formas¹¹⁴, en el derecho administrativo las formas adquieren singular relevancia pues, en rigor, poseen una doble función de garantía¹¹⁵: por un lado, proteger los derechos e intereses de los administrados y, por el otro, asegurar la adecuada gestión del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad¹¹⁶.

110 De esa manera, y siguiendo las enseñanzas de Coviello, si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que “la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad” (COVIELLO, Pedro J. J., “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú* (Derecho-PUCP), Lima, 2011, N° 67).

111 Ampliar en: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 91/92. Ver, también, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

112 CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 82 y ss.

113 *Ídem*, p. 107 y sus citas.

114 Como bien se ha señalado, la significación y trascendencia que tienen las formas en nuestra materia es muy superior a la que asumen en el derecho privado, pues allí se intenta tutelar la seguridad jurídica y promover el tráfico mercantil, otorgándole también dinamismo a los acuerdos entre los particulares (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., T. I, p. 629; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 113).

115 Como señalara Alessi, en el Derecho Público la mayor importancia de las formas está dada por la “función de garantía que las formalidades están llamadas a ejercer en las modernas organizaciones estatales”. (ALESSI, Renato, *Instituciones...*, op. cit., T. I, p. 273).

116 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., pp. 53/54; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, op. cit., p. 327; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, T. I, p. 234; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., T. II, p. 309; entre otros.

Sobre este aspecto, la Cámara del fuero sostuvo que mientras en los actos de autonomía privada, la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que

Por ello, y al igual que lo apuntaba el profesor Julio Rodolfo Comadira, creemos que en el derecho administrativo el costo económico eventual del respeto de las formas, se justifica frente al fortalecimiento institucional que implica el cumplimiento de la juridicidad¹¹⁷.

Es que, en definitiva, las formas, aliadas inseparables de la transparencia, fortalecen la confianza en las instituciones y, como decía Ihering, son enemigas juradas de la arbitrariedad y hermanas gemelas de la libertad¹¹⁸.

De acuerdo con el art. 1º *bis*, de la LNPA, uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto de la tutela administrativa efectiva que, como vimos, abarca el derecho a ser oído, el derecho a producir y controlar la prueba, el derecho a una decisión fundada y el derecho a un plazo razonable.

Al analizar el texto de la LNPA anterior a las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases, el profesor COMADIRA había advertido que no debía confundirse el requisito esencial “procedimientos” del art. 7º, inc. *d* de la LNPA, con el “debido proceso adjetivo” entonces enunciado en el viejo art. 1º, inc. *f*, razón por que sostuvo que “el concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el de ‘debido procedimiento previo a todo acto administrativo’ del cual el ‘debido proceso adjetivo’ constituye sólo una manifestación especial”¹¹⁹.

sea de una naturaleza que pueda merecer la tutela jurídica, los actos administrativos se encuentran sometidos a una inflexible tipicidad legal por lo que concierne a los presupuestos de competencia y a los requisitos de su estructura. Agregó, también, que “la correspondencia del acto concreto a su destino típico es una exigencia y una directiva deóntica que mide tanto la legitimidad como la conveniencia u oportunidad de la decisión. Diversamente a la ley privada, la ley administrativa disciplina los actos no sólo para establecer los elementos y requisitos, sino, básicamente, para delimitar de vez en vez cuando concurre el caso en el que deben ser emitidos uno u otro tipo de acto”. (CNACAF, Sala V, 17/04/2000, “Rodríguez Fuchs, Carlos c/ Minist. de Salud y Acción Social”).

117 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...*, op. cit., p. 93.

118 Tal como ha sostenido el citado jurista: “Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad: son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad”. (IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, Librería Editorial Carlos Bailly-Baillere, 1891, T. III, p. 178).

119 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 62. Al igual que el autor citado, también señalaron que el “debido procedimiento previo” incluye tanto los procedimientos que son exigidos en general por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión del cualquier acto, como el debido proceso adjetivo, entre muchos otros: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Rap, 2017, T. I, p. 91 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 105; MONTI, Laura M., “La teoría jurídica...”, op. cit., p. 253; SACRISTÁN, Estela B., “Principios

De allí que, como apuntaba el citado jurista, en criterio que compartimos, el debido proceso adjetivo era solo una manifestación, una *especie* del *género* debido procedimiento previo pues, en ciertas ocasiones, procedimientos de participación ciudadana como la audiencia pública, el concurso público o la licitación pública se erigían, también, en procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el art. 7º, inc. *d* de la LNPA actualmente vigente expresamente prevé que *antes* de la emisión del acto administrativo se “deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (*i*) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (*ii*) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

De tal forma, entonces, para que la anulación de oficio del acto administrativo irregular sea válida debe cumplirse con “el debido procedimiento previo” que incluye, por un lado, “los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico” en forma previa a la emisión de cualquier acto como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico.

Por otra parte, también debe respetarse la “tutela administrativa efectiva” que, en definitiva, es lo que antes de la sanción de la Ley de Bases se denominaba “debido proceso adjetivo” y que traduce una reglamentación procedimental administrativa del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, pues constituye “una especie de procedimiento insoslayable cuando los derechos particulares puedan resultar afectados”¹²⁰.

En definitiva, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo incluye, por un lado, el respeto de los procedimientos previos en general, es decir, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto y, por otra parte, el respeto de la tutela administrativa efectiva como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución de la Nación.

El dictamen jurídico previo

Como dijimos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 7º, inc. *d* de la LNPA, *antes* de la emisión del acto administrativo se deben cumplir con los

generales del procedimiento administrativo”, Documentación Administrativa, N° 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 272.

120 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, pp. 198/199.

procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.

Asimismo, en el mismo artículo se establece que se considera “sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos [...] el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”¹²¹.

Al respecto, la CNACAF destacó que “el fin perseguido por el mencionado precepto (art. 7º, inc. d, Ley 19.549) no es otro que el de juridizar la actividad de la Administración Pública y debe admitirse que concurre a ese fin la exigencia legal de exigir que antes de la emisión del acto se solicite la emisión de un dictamen jurídico. Es uno de los tantos supuestos en que el principio de legalidad contribuye a la juridización de la Administración Pública. Desde este punto de vista no resulta dudoso que el parecer previo de órganos técnicos de asesoramiento jurídico tiende a brindar protección a los derechos de los administrados en tanto se pretende dar una garantía del acierto y legitimidad de la decisión que posteriormente adopten las autoridades administrativas competentes”¹²².

De allí, pues, que en un Estado Constitucional de Derecho no puede reconocérsele calidad de dictamen jurídico a aquellos asesoramientos que se limitan a afirmar o negar dogmáticamente la validez de un acto o la simple conformidad formal de un proyecto de acto con el ordenamiento vigente, o en todo caso, como puede suceder durante el trámite de un procedimiento recursivo, a expresar,

121 Si bien la LNPA estipula que *antes* de la emisión del acto administrativo será esencial “el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”, creemos que aquel debe ser siempre exigido, incluso cuando este sea favorable para los intereses individuales (tal como lo sostuvo la PTN en Dictámenes 236:91).

Asimismo, entendemos que la LNPA debió contemplar la exigencia del dictamen jurídico previo al dictado de actos administrativos no solo como mecanismo de protección de los intereses individuales de los administrados, sino, también, como garantía de salvaguarda del interés público. Por eso, estimamos que el dictamen jurídico previo debe especialmente ser requerido cuando con el dictado de un acto administrativo se incida en la hacienda pública (en igual sentido se ha expedido el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 236:91 y, en doctrina, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 42; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, El Derecho, 2014, p. 44 y ss. En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, “Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo”, *ED* 70-376).

Recientemente en la Provincia de San Juan se sancionó la nueva Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 1995-A) cuyo art. 5º reza, en lo que aquí interesa, que: “El dictamen jurídico proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento legal del Estado, se considera esencial cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos, intereses legítimos o pueda incidir en la hacienda pública”.

122 CNACAF, Sala II, 04/05/2000, “American Airlines c/ Secretaría de Comercio e Inversión”.

también dogmáticamente, que el recurrente no incorpora nuevos elementos que contribuyan a desvirtuar un acto u opinión ya vertidos¹²³.

Al respecto, y teniendo en consideración la trascendencia que el instituto de la anulación de oficio del acto administrativo importa, creemos que por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 92 del RLNPA, el dictamen jurídico previo al dictado del acto que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular debe obligatoriamente ser emitido por la PTN¹²⁴.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, y sobre la base de lo prescripto en el art. 7º, inc. *d* de la LNPA, cabe concluir que la omisión del dictamen jurídico previo a la emisión del acto administrativo que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular determina su nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14 de la LNPA¹²⁵.

123 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 200. En igual sentido: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, op. cit., pp. 75, 85, 100/101; BARRIONUEVO, Emmanuel, “El dictamen jurídico”, *elDial* DC24FF, entre otros.

124 El art. 92 del RLNPA establece, en lo que aquí interesa, que: “Cuando el recurso deba ser resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional y, además, corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme, el interés económico comprometido requiera su atención, o bien el propio Poder Ejecutivo Nacional lo estime conveniente, se requerirá la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación”.

Hutchinson ha precisado que entre los diversos supuestos en los que la intervención de la PTN es obligatoria, se incluyen aquellas en las que “... *b*) Mediaren cuestiones jurídicas complejas. Ello es la consecuencia natural de que éste es el más alto órgano consultivo de la Administración. A él le corresponde, pues, dirimir controversias de contenido jurídico complejo. *e*) Sea necesario establecer jurisprudencia administrativa uniforme. Este supuesto es independiente del anterior, puesto que no es indispensable que la cuestión sea jurídicamente compleja para que sea conveniente establecer una jurisprudencia administrativa uniforme”. (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, ob. cit., T. II, p. 448).

125 Sobre la cuestión, cabe tener en cuenta que aun cuando el texto de la LNPA anterior a las reformas de la Ley de Bases exigía que previo al dictado del acto administrativo se emita el correspondiente dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, lo cierto es que tanto la PTN como la CSJN habían señalado que su ausencia no acarrearía, necesariamente, la nulidad del acto de que se trate (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 198 y ss. y, más recientemente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2024, p. 298 y ss.).

No obstante, recientemente, en lo que consideramos es la correcta doctrina, la CSJN señaló que “el requisito del dictamen del servicio jurídico permanente contemplado en el artículo 7º, inciso *d*, de la ley 19.549, en palabras de esta Corte, hace a la juridicidad de la actuación administrativa y debe ser cumplido antes de que la Administración exprese su voluntad”. (CSJN, 21/11/2024, “Asociación Civil Universidad del Salvador *c/* IGI 359207/7902016 *s/* recurso directo a cámara”).

En el caso referenciado, la CSJN señaló que si bien en otros precedentes se había dicho “que el mencionado dictamen fue emitido durante la tramitación del recurso de reconsideración y considerado por la propia Administración en el acto confirmatorio. Tal solución fue reiterada en ‘Goñi Demarchi’ Fallos: 301:1200 ‘Soñes’ Fallos: 310:272 y ‘Laboratorios Ricar’ Fallos: 318:2311. En este último caso el Tribunal precisó que el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito”. Agregó, además, que “en esta causa la actora no planteó un recurso administrativo contra

El respeto de la tutela administrativa efectiva (debido proceso adjetivo)

la resolución sancionatoria de la Inspección General de Justicia sino que directamente la cuestionó mediante el recurso judicial del artículo 16 de la ley 22315. Esto implica que no existió dictamen jurídico posterior a la emisión del acto impugnado judicialmente que pudiera ser considerado por la Administración a los efectos de revisar su propia conducta por la sencilla razón de que con ese acto quedó clausurada la instancia administrativa. Por consiguiente, en los términos de la jurisprudencia citada en el punto anterior, el gravamen causado por el vicio en el requisito esencial de procedimiento, alegado por la actora al recurrir la resolución administrativa y mantenido en el recurso extraordinario, no perdió virtualidad a los efectos de resolver si la resolución sancionatoria resulta inválida”.

Concluyó el Máximo Tribunal, en lo que a nuestro modo de ver es una encomiable sentencia, que argumentar que la falta de dictamen jurídico no genera agravio cuando el acto administrativo hubiere sido dictado conforme a derecho, “es inatendible porque la exigencia del dictamen jurídico previo hace al debido proceso adjetivo y su ausencia no se purga por el hecho de que la decisión administrativa que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos. La cuestión de si el acto es o no conforme a derecho también depende del cumplimiento del requisito de emisión del dictamen previo a la decisión final por parte de la Administración. Tal como quedó expuesto más arriba, el dictamen jurídico es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa requerida por la ley en forma expresa y clara cuando el acto afecta, como de hecho sucedió aquí, derechos subjetivos del administrado (artículos 7º, inciso *d*, de la ley 19.549 y 14, inciso *b*, de la ley 19.549). Incluso antes de la sanción de la ley citada la doctrina había precisado que la ausencia de un dictamen de requerimiento obligatorio, como indudablemente lo es el dictamen jurídico en el ámbito de la Administración Pública Nacional, era causa de nulidad del acto administrativo”. (ampliar en: COMADIRA, Fernando G., “Esencialidad del dictamen jurídico previo: el fin de la teoría de subsanación. A propósito de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en el caso “Asociación Civil del Salvador” del 21/11/2024”, EDA ejemplar del 02/12/2024, Cita Digital: ED-V-CMXXX-940).

Ahora bien, e independientemente de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el texto actual de la LNPA, es decir, el reformado por la Ley de Bases, prevé, en lo que aquí interesa, que será esencial el “dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”, consideramos necesario enfatizar algunas cuestiones que ya con anterioridad habíamos destacado:

i) creemos que el dictamen jurídico debe ser siempre exigido, incluso cuando este sea favorable para los intereses individuales (tal como lo sostuvo la PTN en Dictámenes 236:91);

ii) la LNPA debió contemplar la exigencia del dictamen jurídico previo al dictado de actos administrativos no solo como mecanismo de protección de los intereses individuales de los administrados, sino, también, como garantía de salvaguarda del interés público. Por eso, estimamos que el dictamen jurídico previo debe especialmente ser requerido cuando con el dictado de un acto administrativo se incida en la hacienda pública (en igual sentido se ha expedido el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 236:91 y, en doctrina, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, cit., p. 42; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, cit., p. 44 y ss. En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, “Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo”, *ED* 70-376). Recientemente en la Provincia de San Juan se sancionó la nueva Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N° 1995-A) cuyo art. 5º reza, en lo que aquí interesa, que: “El dictamen jurídico proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento legal del Estado, se considera esencial cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos, intereses legítimos o pueda incidir en la hacienda pública”;

a) Por otra parte, el debido procedimiento previo también incluye el respeto de la tutela administrativa efectiva, esto es, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional¹²⁶.

La tutela administrativa efectiva, cuya finalidad no es otra que la eficaz defensa de los derechos de los ciudadanos, constituye, también, una garantía o instrumento al servicio de otros derechos y, por ello, se la ha calificado como un *derecho-garantía*¹²⁷.

iii) Finalmente, corresponde señalar que, a nuestro modo de ver, e independientemente de la encomiable intención del legislador al exigir el dictamen jurídico previo a la emisión de los actos administrativos, la frase “cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados” resulta redundante.

En efecto, si la nota característica, definitoria e inherente del acto administrativo es su aptitud para producir efectos jurídicos directos respecto de terceros (es decir, generar derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular creando o imponiendo situaciones jurídicas), es claro que el acto administrativo, por definición, siempre incidirá sobre los derechos de terceros, razón por la cual siempre deberá ser precedido por el correspondiente dictamen jurídico.

En igual sentido se expidió Barra al señalar que “el acto administrativo, por definición, es la decisión de la Administración dirigida a tener efectos en el exterior de su propia organización –esto es, sobre la esfera jurídica de los administrados– o, dentro de aquella, sobre sus miembros, en cuanto a sus derechos como funcionarios o empleados –y así también ‘administrados’–, de manera que siempre afectará o ‘incidirá’ sobre derechos de terceros. Así, entonces, en cualquier caso el acto deberá ser precedido por el correspondiente dictamen jurídico”. (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo...*, op. cit., t. 2, p. 110). Del mismo modo, María José Rodríguez precisó que “si bien el inciso contempla la exigencia del dictamen jurídico previo cuando el acto pudiere ‘afectar derechos subjetivos e intereses legítimos’, en nuestra opinión, el acto administrativo, por definición, siempre produce efectos jurídicos respecto de terceros, esto es, siempre trasciende hacia el exterior de la organización; de consiguiente, entendido el apuntado sintagma en sentido amplio, siempre sería exigible este recaudo”. (RODRÍGUEZ, María José, “La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad”, en AA.VV. *Colección de Derecho Administrativo Comparado*, –RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (dir.), RIVERA ORTEGA, Ricardo (coord.), Bogotá, Editorial Temis, 2022, Vol. VI, p. 3 y ss., entre otros).

126 El derecho de defensa es, en términos de la Corte, “una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, 15/06/1982, “D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 304:849; CSJN, 30/12/1986, “Espiro, Nicolás Alejo”, Fallos: 308:2650; CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa n° 259”, Fallos: 327:3312, entre otros).

127 Un meticoloso estudio sobre los derechos que informan a la tutela administrativa efectiva puede verse en PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en AA.VV., *El derecho Administrativo Hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, p. 75. Ver, también, CANDA, Fabián O., “Principios convencionales del procedimiento

Aquella no solo está contemplada actualmente en la LNPA (cfr. arts. 1° *bis*, inc. *a* y 7°, inc. *d*) sino que, además, halla asidero en el texto de nuestra Ley Fundamental¹²⁸, en los textos internacionales de protección de derechos humanos¹²⁹ y en la jurisprudencia de la CSJN¹³⁰.

En ese marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha señalado en diversos precedentes (v.gr.: “Baena”¹³¹, “Ivcher Bronstein”¹³²; “Claude Reyes”¹³³, entre otros¹³⁴) que las garantías judiciales previstas en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁵ –aprobada y ratificada por la República Argentina en el año 1984, y que en nuestro

administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, *EDA* 2015-732.

128 En efecto, nuestra propia Constitución Nacional al establecer en el preámbulo que se debe “afianzar la justicia”, se ha referido no sólo al “juicio judicial” (ámbito donde se despliega el principio de tutela judicial efectiva) sino, además, al “juicio administrativo”. La tutela administrativa efectiva se canaliza, también, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prevé la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el que, en el marco del procedimiento administrativo, se instrumenta en el principio del debido proceso adjetivo que consagra el art. 1°, inciso *f*), de la LNPA.

129 V.gr.: *a*) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVII, XVIII y XXIV); *b*) la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 5°, 7°, 8°, 10, 28, 29 y 30); *c*) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo y arts. 2° y 14) y; *d*) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1°, 2°, 8° y 25).

130 CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185 y, más recientemente, en: CSJN, 28/10/2021, “Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN - M Seguridad -PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, Fallos 344:3230).

131 CIDH, 02/02/2001, caso “Baena Ricardo y otros”.

132 CIDH, 06/02/2001, caso “Ivcher Bronstein”.

133 CIDH, 19/09/2006, caso “Claude Reyes y otros”.

134 La idea de que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas fue también esgrimida en: CIDH, 31/01/2001, “Tribunal Constitucional vs Perú”; CIDH, 09/03/2006, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay” y CIDH, 24/08/2010, “Comunidad indígena Xakmok Ksek vs. Paraguay” y, más recientemente, en CIDH, 26/06/2012.

135 El art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece las siguientes garantías judiciales:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

ordenamiento tiene rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, según surge del art. 75, inc. 22–, no sólo deben predicarse en los procesos judiciales, sino, también, en los procedimientos administrativos¹³⁶.

A su vez, la idea de que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas fue también esgrimida por la CIDH en “Tribunal Constitucional vs Perú”¹³⁷, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”¹³⁸ y “Comunidad indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay”¹³⁹.

b) La audiencia con el interesado –o, en su caso, un traslado para que el particular pueda expresarse por escrito– constituye, por imperio de lo establecido en los arts. 1º *bis*, inc. “a” y 7 inc. “d” de la LNPA y 18 de la Constitución Nacional, un requisito previo para la declaración oficiosa de nulidad del acto administrativo¹⁴⁰.

En consecuencia, así como la ausencia del dictamen jurídico previo torna al acto que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular en nulo de nulidad absoluta e insanable, misma solución cabe proponer si aquel es dictado sin la previa intervención del particular para que sea oído.

La emisión de actos que crean situaciones jurídicas pasivas o que, en su caso, disminuyen o suprimen las activas sin que el interesado hubiera tenido la

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

136 En igual sentido, PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela...”, op. Cit.; CANDA, Fabián O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo...”, op. Cit.

137 CIDH, 31/01/2001, “Tribunal Constitucional vs Perú”.

138 CIDH, 09/03/2006, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”.

139 CIDH, 24/08/2010, “Comunidad indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay”.

140 En ese sentido, y en virtud de lo normado por el art. 3º del RLNPA, en el procedimiento que se sustancie deben adquirir la calidad de parte aquellos a quienes la extinción y/o suspensión del acto pudiere afectarlos –terceros–.

oportunidad de participar en el trámite procedimental con carácter previo a la emisión del acto de gravamen, vulnera el derecho de defensa y determina la nulidad del acto administrativo¹⁴¹.

El derecho de defensa, inherente a la persona humana, es una cuestión de orden público indisponible para las partes e insusceptible de renuncia: él se erige como un principio fundamental y esencial de todo procedimiento administrativo y judicial justo.

c) Ya con anterioridad al dictado de la LNPA en el año 1972, LINARES, en su tesis doctoral “El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución argentina”, que en publicaciones posteriores se llamó “Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución argentina”, se dedicó a estudiar el sentido y alcance de la locución *debido proceso* en el Derecho norteamericano y su extensión al nuestro.

En aquella obra, Linares precisó que el debido proceso legal consta de dos aspectos: uno *adjetivo*, que abarcaba el “conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida”, y otro sustantivo, por el que se consagraba “una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate”¹⁴².

De esa manera, según el citado jurista, existe “un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos”¹⁴³.

Al intentar precisar el contenido de tal concepto adjetivo, apuntó que constituye un conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el ejecutor de la

141 CSJN, 24/04/2001, “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”, Fallos 324:1403. Similar regla fue establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos al exigir, antes de la revocación, cumplir con el recaudo constitucional de una audiencia previa (cfr. “Goldberg v. Kelly”, 397 US 254 (1970), citado por: SACRISTÁN, Estela, “Procedimiento administrativo y derecho de defensa”, RAP 285:127.

142 LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada*, 2ª ed. actualizada, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 11/12. Concretamente, Linares destacó que “las reglas y procedimientos son: 1) juicio oral; 2) prohibición de hacer declarar a una persona contra sí misma en causas criminales; 3) obligación del instructor de carear al acusado con los testigos; 4) prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto; 6) prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas; 7) obligación de establecer formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo”.

143 *Idem*, p. 12.

ley deben observar, entre las cuales mencionó la “audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo”¹⁴⁴.

Por otra parte, nuestra CSJN señaló, aunque sin hacer referencia al procedimiento administrativo, que “la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que consideren conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera [...] la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe [...] porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio”¹⁴⁵ (énfasis agregado).

Poco tiempo después, la PTN hizo extensiva aquella idea en el ámbito del procedimiento administrativo, destacando que nadie puede ser condenado sin ser oído y que tal principio “tiene tanta antigüedad como el hombre”¹⁴⁶, a cuyo fin recordó el célebre caso inglés “Dr. Bentley’s” (1723).

En tal sentido, Sir. William WADE y Christopher FORSYTH al comentar aquel precedente, señalaron que el derecho de defensa es un principio de “justicia natural” tan antiguo como la propia existencia del hombre: “Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán –dijo Dios– dónde estabas tú? ¿no has comido del árbol del que no debías hacerlo?”¹⁴⁷.

Con el dictado de la LNPA en 1972, el art. 1º, inc. *f* consagró como uno de los requisitos exigibles a toda norma de procedimiento administrativo que se aplique en la Administración Pública nacional el *debido proceso adjetivo* –el que, además, como se dijo, hoy se traduce en la denominada tutela administrativa efectiva–.

Bajo el sintagma “debido proceso adjetivo” se reunieron tres subprincipios, a saber: el derecho a ser oído, el de ofrecer y producir pruebas y el de una decisión fundada, haciendo “realidad la defensa del administrado mediante la vigencia de los principios del debido proceso”, tal como señalara Young, uno de los coautores de la LNPA¹⁴⁸.

d) De esa manera, entonces, la anulación con efectos ejecutorios dispuesta sin la previa intervención del afectado acarrea la nulidad absoluta e insanable de aquel.

144 *Idem*, p. 25/26.

145 CSJN, 28/11/1949, “Rojo, Luis César”, Fallos 215:357.

146 Dictámenes 39:271, citado por GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. 2, 2014, p. IX-14.

147 WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative law*, 9ª ed., Oxford University Press, 2004, p. 477.

148 YOUNG, Carlos A., “Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *RAP* 46:10.

(ii) *La anulación de oficio del acto administrativo irregular sin motivación o con insuficiente motivación acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto anulatorio. La cuestión en la LNPA según la Ley de Bases*

a) Según surge del inc. e del art. 7° de la LNPA, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo, pudiendo ser definida, en ese marco legal, como la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la finalidad.

La ley se orienta, así, en las aguas de la doctrina que considera obligatoria la motivación de todos los actos administrativos la que, por lo demás, siempre debe concurrir al momento de ser emitidos¹⁴⁹.

Es, en palabras de Marienhoff, la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto¹⁵⁰.

Conforme lo sostuvo la CNACAF, “la motivación del acto administrativo es la explicitación de la causa, esto es la declaración de cuáles son las expresiones de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto. Aparece como una necesidad tendiente a la observación del principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales”¹⁵¹.

No cabe duda de que el art. 7 inc. e de la LNPA al referirse a la motivación como requisito esencial del acto administrativo, sin excepciones, estableció la necesidad de que todos y cada uno de ellos sean motivados, sin que sea posible aceptar su integración posterior¹⁵².

La motivación del acto administrativo responde, esencialmente, a los principios y garantías propios de un Estado Constitucional de Derecho, en especial: que la Administración de cuenta de sus actos y decisiones; que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad de esos actos y que el particular afectado en su derecho pueda ejercer su defensa¹⁵³.

La PTN, por su parte, señaló que el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida; este obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, lo que exterioriza la razonabilidad de la medida¹⁵⁴.

149 *Colección de Derecho Administrativo Comparado*, -RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, cit., t. I, pp. 201/202.

150 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, op. cit., T. II, p. 327.

151 CNACAF, Sala III, 26/04/2006, “Peralta, Carlos L. c/ Estado Nacional”.

152 *Colección de Derecho Administrativo Comparado*, -RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, cit., T. I, pp. 202/203.

153 CNACAF, Sala II, 14/12/2004, “Piaggi, Ana I. v. Universidad de Buenos Aires s/resolución 3582/2000”; CNACAF, Sala II, 24/06/2004, “Orlansky, Dora v. Universidad de Buenos Aires”, CNACAF, Sala IV, 16/03/1998, “Negocios y Participaciones S.A. v. Dirección General Impositiva”, entre muchos otros.

154 Dictámenes 233:278.

Resulta por demás interesante hacer referencia a lo recientemente destacado por la Sra. procuradora fiscal, a cuya opinión adhirió la CSJN, al referirse a la motivación de los actos administrativos. En efecto, conforme surge de su dictamen, “requerir la configuración explícita de tal elemento como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno (Fallos: 327:4943). Así, antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 322:3066, disidencia de los jueces Moliné O’Connor y Fayt). Si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de esta exigencia, la cual debe adecuarse –en cuanto a la modalidad de su configuración– a la índole particular de cada acto administrativo, pienso que no pueden admitirse fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirse a la mención de citas legales –que contemplan solo una potestad genérica no justificada en los actos concretos–, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de ese recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto de que se trate”¹⁵⁵.

b) La exigencia de la motivación no solo es requerida por la LNPA para la válida configuración de todos los actos administrativos sino, además, por la LEP cuyo art. 2º, inc. e, dispone, en lo que aquí interesa, la obligación de quienes están comprendidos en la ley –entre ellos el Poder Ejecutivo– de “fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin ocultar información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan”.

Además, resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al igual que la del acto estatal “sentencia” y “ley”) es una consecuencia inseparable e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina¹⁵⁶: la motivación deriva, como exigencia insoslayable, de los principios propios de la ética republicana.

155 Dictamen de la Sra. Procuradora fiscal del 07/09/2017 recaído en la causa CSJN, 07/12/2021, “Glibota, Pedro Pablo y otros c/ EN - MS Economía resol. 235 166 y 334/2011 y otros s/ proceso de conocimiento”, Fallos 344:3573, al que la Corte adhirió.

156 TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 9 y p. 12; SACRISTÁN, Estela B., “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por

Como bien señaló el Máximo Tribunal de la Nación, “el principio constitucional de racionalidad de los actos de gobierno, inherente a la forma republicana de gobierno adoptada en el art. 1º de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional”¹⁵⁷.

Si los jueces deben fundar sus sentencias y los legisladores exponer los motivos por los que sancionan una ley, con más razón el Poder Ejecutivo –o, en rigor, cualquier órgano estatal o ente no estatal, en el ejercicio de la función administrativa– debe expresar ante la comunidad las razones de la decisión adoptada¹⁵⁸.

En ese orden de ideas, Monti y Tawil señalaron que “la existencia de motivación permite, asimismo, el control indirecto de la opinión pública, dado que ‘se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica para qué se hace ello’. Por esa razón, es indudable que, en un mundo como el actual, donde se ha pasado de un sistema de limitaciones a uno de participación activa de los administrados, la motivación de los actos satisface psicológicamente la opinión pública al permitirle conocer en forma acabada las razones del obrar administrativo. Su exigencia se funda, pues, como bien se ha señalado, en el principio de respeto a la ciudadanía”¹⁵⁹.

Conviene transcribir, por su riqueza teleológica, lo apuntado por el Padre de la Constitución, como suele llamarse a Alberdi, en cuanto a que “la mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el Preámbulo de la Constitución Argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto. Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbré el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno”¹⁶⁰.

Finalmente, cabe destacar que la CIDH, tras señalar que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”¹⁶¹, señaló que “el deber de motivar las resoluciones es una garantía

el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002, p. 65 y ss., entre otros.

157 CSJN, 15/10/2020, “Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/ incidente de recurso extraordinario”, O. 296. XLVIII. Rex, no publicado en Fallos.

158 *Ibidem*.

159 TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, cit., p. 18.

160 ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXVII, nota N° 16.

161 Corte IDH, 06/07/2009, “Escher y otros Vs. Brasil”; Corte IDH, 05/08/2008, “Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela”; Corte IDH, 21/11/2007, “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador”, entre otros.

vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad [...] Por todo ello, el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”¹⁶².

c) Ahora bien, así como hemos visto que la motivación es considerada por la LNPA un requisito esencial del acto administrativo, resulta insoslayable mencionar que el art. 14 de la norma citada prevé los supuestos en los que el acto será de nulidad absoluta e insanable¹⁶³.

El art. 15 de la LNPA, a su turno, establece que el acto será de nulidad relativa y solamente anulable en sede judicial si presenta un defecto o vicio no previsto en el marco de los señalados en el artículo anterior¹⁶⁴.

162 Corte IDH, 01/07/2011, caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, párrafo N° 118, entre muchos otros.

163 El art. 14 de la LNPA reza: “El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:

a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por: (i) Error esencial; (ii) Dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; (iii) Violencia física o moral ejercida sobre la autoridad que lo emitió; (iv) Simulación; o (v) Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado.

b) Cuando: (i) Fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio o del tiempo. En el caso de la incompetencia en razón del grado, cuando el acto fuere dictado por una autoridad administrativa distinta de la que debió haberlo emitido dentro del ámbito de una misma esfera de competencias, la nulidad es relativa, salvo que se tratase de competencias excluyentes asignadas por ley a una determinada autoridad en virtud de una idoneidad especial; (ii) Careciere de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; (iii) Su objeto no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho; (iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable; o (v) Se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. La sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

164 Según el art. 15 de la LNPA, “El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna. La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo”.

De la lectura de las normas mencionadas se advierte que el art. 14 de la LNPA según la reforma de la Ley de Bases no contempla expresamente el vicio en el elemento motivación como causal de nulidad absoluta, razón por la cual mientras algún sector de la doctrina consideró que un vicio en aquella podría provocar solamente una nulidad relativa (por lo que sería subsanable)¹⁶⁵, otro entendió que “ante la falta de mención de este defecto en el listado tasado de causales de nulidad del art. 14 cabría sostener que, *en principio*, la ausencia de motivación provoca la nulidad relativa del acto (aplicación del principio de *favor acti*)” (énfasis fuera del original).

En relación con la última postura mencionada, cabe señalar que los autores sostuvieron que la nulidad debía ser “en principio” relativa toda vez que “en los supuestos en que la falta de motivación produzca indefensión, corresponde aplicar la sanción de nulidad absoluta del acto, pues se configura la causal de ‘grave violación del procedimiento aplicable’ consagrada art. 14, inc. b, ap. (iv) de la LNPA. Ello es así porque, amén de ser un requisito esencial que concierne a la validez de los actos administrativos y un corolario ineludible del principio republicano de la publicidad de los actos estatales, la motivación del acto es imprescindible para el adecuado y efectivo ejercicio del derecho a la tutela efectiva, el cual comprende, entre otros derechos, el de obtener una decisión fundada (art. 1° bis, inc. a), ap. (iii) de la LNPA)”¹⁶⁶.

En nuestra opinión, e independientemente del respeto que merece la calificada doctrina recién citada, entendemos que la falta de motivación o, en su defecto, la motivación insuficiente de los actos administrativos debe generar, siempre, la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo de que se trate.

Lo expuesto se sustenta no solo en el texto de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales¹⁶⁷ ya citados sino que, además, consideramos que surge de una interpretación armoniosa y sistemática de la LNPA. Veamos.

Como se dijo en los párrafos anteriores, la LNPA en su art. 7°, inc. d expresamente consigna que antes de su emisión todo acto administrativo debe respetar el *debido procedimiento previo* que incluye, en lo que aquí interesa, “el respeto de la tutela administrativa efectiva”.

El art. 1° bis de la LNPA, por su parte, al referirse a la “tutela administrativa efectiva” como principio fundamental del procedimiento administrativo, prevé que aquella comprende: (i) derecho a ser oído, (ii) derecho a ofrecer y producir pruebas, (iii) *derecho a una decisión fundada*, (iv) derecho a un plazo razonable.

165 MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *LL* 12/07/2024, 1.

166 CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA* 2024-155, 273.

167 También ha señalado que la falta o insuficiencia de motivación acarrea la nulidad absoluta del acto en el nuevo texto de la LNPA: OBLIGADO, Lucía, “Sobre la motivación del acto administrativo y la teoría de la subsanación”, *LL* 03/09/2024, 9.

Destacamos y enfatizamos el *derecho a una decisión fundada* o, lo que es lo mismo, a una *decisión motivada*, pues si la tutela administrativa efectiva implica, entre otras cosas, el derecho a una resolución motivada (art. 1º *bis*, inc. *a*, ap. *iii*) y, por otra parte, el elemento *procedimiento* exige que antes del dictado de todo acto se respete, entre otras cuestiones, la tutela administrativa efectiva (art. 7º, inc. *d*), surge con meridiana claridad que la falta o insuficiente motivación del acto administrativo configura una “grave violación del procedimiento aplicable” (art. 14, inc. *b*, ap. *iv*).

En otros términos: como el elemento esencial *procedimiento* expresamente consigna que debe respetarse la *tutela administrativa efectiva* (art. 7º, inc. *d*), y esta incluye, entre otros aspectos, el *derecho a una decisión fundada* –o lo que es igual, una decisión motivada– (art. 1º *bis*, inc. *a*, ap. *iii*), la ausencia o insuficiente motivación de un acto administrativo constituye, en el texto de la LNPA, un vicio grave en el *procedimiento aplicable* que, por consiguiente, debe ser fulminado con la nulidad absoluta e insanable.

d) En definitiva, entonces, surge con meridiana claridad que la anulación de oficio del acto administrativo dispuesta sin motivación o, en su defecto, con una motivación insuficiente, acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto anulatorio.

4.5. Anulación de oficio y silencio administrativo

Toda vez que la cuestión será abordada en el punto 6.2. (ii) del presente, allí nos remitimos.

4.6. Síntesis

A modo de síntesis de lo expuesto en este punto es posible afirmar que de acuerdo con el texto del art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, el principio general es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

Asimismo, y no obstante aquel *principio general*, lo cierto es que la LNPA otorga al acto administrativo irregular una *estabilidad excepcional*, es decir, veda a la Administración de anularlo de oficio con efectos ejecutorios, cuando el acto fue “notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto”.

Sin embargo, aun cuando el acto administrativo hubiera adquirido aquella *estabilidad excepcional*, si la anulación “del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario”, la Administración podrá declarar la nulidad ejecutoria del acto administrativo de que se trate.

En definitiva, entonces, e independientemente de nuestra visión crítica sobre la cuestión, en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, el acto administrativo *irregular debe* anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad *salvo* que se hubiere notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, *a menos que* la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario o que se acreditare el dolo del administrado.

Finalmente, hemos visto que como la anulación de oficio del acto administrativo irregular se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación con efectos ejecutorios deberá: *a)* ser dictado por la autoridad *competente*, *b)* aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); *c)* respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); *d)* respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; *e)* estar debidamente *motivado*; *f)* haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. *f* de la LNPA).

5. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR ESTABLE

Otra cuestión que actualmente ha sido expresamente regulada en la LNPA con motivo de las reformas introducidas por la Ley de Bases es la que se vincula con la viabilidad jurídica de suspender de oficio los efectos del acto administrativo irregular estable.

En otras palabras, y siguiendo el ejemplo abstracto que dimos al comienzo de este trabajo, frente a un acto administrativo notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo y sin que concurran las excepciones a la estabilidad del acto irregular, ¿puede el sujeto emisor –o, en su caso, el órgano superior– disponer, por sí y ante sí, la paralización provisoria de sus efectos?

La cuestión planteada, como se ve, lejos está de ser un tema menor, pues, de suscribirse a la posición que en su momento propusimos¹⁶⁸ y que en esta

168 Ver trabajos citados en la nota N° 336.

oportunidad ratificaremos, deberá considerarse que la reforma efectuada por la Ley de Bases resulta inconstitucional pues, en nuestra opinión, el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, no solo debería estar facultado a suspender los efectos del acto administrativo estable sino que, incluso, en ciertos supuestos, estará obligado a ello¹⁶⁹.

Naturalmente, como se verá, para que aquella suspensión sea jurídicamente viable, será necesario que el acto administrativo que disponga la suspensión provisoria de los efectos del acto estable, además de cumplir con los requisitos esenciales exigidos por la LNPA en los arts. 7º y 8º, cumpla con la condición resolutoria a la que estará condicionado, cual es, la interposición inmediata de una medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda de nulidad dentro del plazo máximo que se analizará *infra*.

5.1. *La situación antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

(i) *La doctrina*¹⁷⁰

Desde la doctrina, con anterioridad a la entrada en vigencia de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, se habían esgrimido, básicamente, dos posturas: una que admitía la potestad para suspender por sí y ante sí un acto administrativo estable; y otra, que, lisa y llanamente, negaba que se pueda ejercer aquella prerrogativa.

En favor de la tesis que admitía la viabilidad jurídica de que la Administración pueda suspender en su propia sede un acto administrativo estable

169 Mientras la suspensión administrativa de los efectos del acto estable constituye, en el supuesto de los actos irregulares, un deber, en el caso de los actos regulares, la suspensión de efectos, al igual que su anulación –si resultare jurídicamente viable–, es un ejercicio facultativo. 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, la suspensión administrativa de sus efectos, como la declaración de lesividad al interés público como presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad, se erige como un deber.

170 Un análisis pormenorizado de la opinión de cada uno de los autores que se citan en este capítulo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, op. cit., p. 293 y ss.

se habían manifestado Comadira¹⁷¹, Canda¹⁷², Villasur García¹⁷³, Comadira, J.P.¹⁷⁴, Monti¹⁷⁵, De Estrada¹⁷⁶, Barra¹⁷⁷, Fiorini¹⁷⁸, Halperín¹⁷⁹, Luqui¹⁸⁰, Muratorio¹⁸¹,

171 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 184/185 y, también, p. 201; también en COMADIRA, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 196 y, más recientemente, en *Colección de Derecho Administrativo Comparado*, - RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. 1, p. 517.

172 CANDA, Fabián O., “La suspensión de oficio del acto administrativo”, *REDA* N° 21/23, pp. 409/438; ver, también, del mismo autor, “La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 348/381; “La suspensión del acto administrativo estable”, en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1999, pp. 106/120 y, más recientemente, “La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 707 y ss.

173 VILLASUR GARCÍA, María Alejandra, “La estabilidad del acto administrativo y la denuncia de ilegitimidad”, *RDA* N° 27/29, p. 235 y ss., especialmente p. 251 y nota N° 53.

174 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 108/110.

175 MONTI, Laura M., “Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa 'Pradera del Sol' y la potestad revocatoria de la Administración”, *EDA* 2005-114.

176 DE ESTRADA, Juan R., “La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular”, *LL* 1976-D, 820.

177 BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 2, pp. 283 y 362 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 139, nota 3.

178 FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, pp. 578/579.

179 HALPERÍN, David A., “La estabilidad del acto administrativo y algunas cuestiones reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación”, *REDA* 2017-113-847, especialmente punto N° II.1.c.2. Cabe señalar que si bien en alguna ocasión el autor negó la posibilidad de que la Administración disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo estable (cfr.: HALPERÍN, David A., “El principio de estabilidad del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 313), en el último trabajo publicado por el autor volvió a la postura por él sostenida en ocasión de relatar un dictamen en la Procuración del Tesoro de la Nación en el año 1981 (Dictámenes 156:273).

180 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, op. cit., T. 1, pp. 438/439 y T. 2, pp. 350/352.

181 MURATORIO, Jorge I., “La suspensión por la Administración Pública nacional de los efectos del acto administrativo”, *RDA* 2016-537. De esta manera, entonces, el autor citado pareciera haber cambiado su opinión expuesta con anterioridad en: MURATORIO, Jorge I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)”, *LL* 1995-D, 1205.

Silva Tamayo¹⁸², García¹⁸³, Guerrero¹⁸⁴, Diez¹⁸⁵, Altamira Gigena¹⁸⁶, Rodríguez, M.J.¹⁸⁷, Said¹⁸⁸, Stupenengo¹⁸⁹, González Navarro¹⁹⁰ y Montezanti¹⁹¹, entre otros¹⁹².

Desde otra perspectiva, entre los que desconocen la posibilidad de suspender administrativamente los efectos de un acto administrativo estable está

182 SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Algunas cuestiones en torno a la acción de lesividad”, en *Temas de Derecho Administrativo*, Febrero 2022, especialmente punto N° VIII y, antes, en “Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa (A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)”, *Diario DPI* N° 245, 16/07/2019.

183 GARCÍA, Cándido E., “Revocación y caducidad del acto administrativo. En la ley nacional de procedimientos administrativos (Decreto Ley 19.549/72)”, *JA*, 1974, Sección Doctrina, p. 884/888, especialmente p. 886.

184 GUERRERO, Alejandro O., “El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, de procedimientos administrativos”, *RDA*, N° 17, especialmente p. 579.

185 DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo...*, op. cit., p. 306.

186 ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, “Suspensión de la ejecución del acto”, en AA.VV., *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, 1994, pp. 5/16 y, también, en *Acto administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 59.

187 RODRÍGUEZ, María José, “La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria”, *CIJur* (Centro de Información Jurídica), 13/05/2021, sección doctrina, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez_-_La_estabilidad_31-5__1_.pdf, consultado por última vez el 18/11/2024.

188 SAID, José L., “El régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. I, p. 47 y ss., especialmente p. 83.

189 STUPENENGO, Juan Antonio, *Ejecución judicial del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 52.

190 GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto, “El Acto Administrativo en Tucumán. La nulidad manifiesta como categoría autónoma: Apologías y rechazos”, *EDA* 2004-452.

191 MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto administrativo*, 2° Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 68/69. De esa manera, y como menciona el autor, cambió el criterio que había oportunamente expuesto en la primera edición de su obra: *Suspensión del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 60/61.

192 Así, por ejemplo, al analizar aquella posibilidad en la Provincia del Chaco la aceptó: CABAÑA, Aldo J., “El procedimiento administrativo previo a la declaración de lesividad del acto en sede administrativa y la defensa del administrado”, en AA.VV. *Lesividad en la Provincia del Chaco*, LEGUIZAMÓN, Gustavo S. (dir.), ConTexto, 2022, p. 307.

Hutchinson¹⁹³, Martínez¹⁹⁴, Marcer¹⁹⁵, García Pullés¹⁹⁶, Mairal¹⁹⁷, Cassagne¹⁹⁸, Gordillo¹⁹⁹, Herrera de Villavicencio²⁰⁰, Pozo Gowland²⁰¹, Zunino²⁰², Albertsen²⁰³, Bustelo²⁰⁴, Revidatti²⁰⁵, Minorini Lima²⁰⁶, Aberastury y Cílurzo²⁰⁷, Buteler²⁰⁸ y

193 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 195/196.

194 MARTÍNEZ, Hernán J., “La tutela cautelar administrativa. Suspensión del acto administrativo”, *RDA* N° 2, p. 337 y ss., especialmente p. 341.

195 MARCER, Ernesto A., “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549”, *LL* 1981-C, 305.

196 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...*, op. cit., p. 351.

197 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, La Ley, 2021, pp. 897/898, énfasis agregado, criterio que ya había postulado en la primera edición de su obra: *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, Vol. I, p. 798.

198 CASSAGNE, Juan Carlos, “La suspensión de los actos en sede administrativa y judicial”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Ponencias del IV Encuentro hispano argentino sobre derecho administrativo, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime (dir.), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1994, p. 129 y ss., especialmente p. 141.

Cabe señalar que el citado jurista en un trabajo reciente escrito con Perrino ratificó su postura (ver: CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA* 2024-155, 273).

199 GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, op. cit., T. 3, p. VI-13/14 y ss.

200 HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., “Acción de lesividad...”, op. cit., p. 324.

201 POZO GOWLAND, Héctor M., “La suspensión de los efectos de los actos administrativos”, *LL* 1993-B, 424 y, más recientemente, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. III, p. 441 y ss.

202 ZUNINO, Ángel, “La acción de lesividad”, *LLC* 2005, 367.

203 ALBERTSEN, Jorge, “La suspensión administrativa y judicial del reglamento”, en AA.VV., *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, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 113.

204 BUSTELO, Ernesto N., “Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, p. 324.

205 REVIDATTI, Gustavo A., “Acción de lesividad”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1996, Apéndice VII, p. 4.

206 MINORINI LIMA, Ignacio, “La revocación del acto administrativo irregular”, en AA.VV., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 793, nota N° 66.

207 ABERASTURY (h), Pedro - CÍLURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 179 y sus citas., criterio reiterado en la segunda edición actualizada de la obra: *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2022, p. 380 y sus citas.

208 BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, T. 3, p. 383.

Balbín²⁰⁹ –aunque este último autor, tiempo después, como se verá en el punto que sigue, matizó su postura en su voto en la causa “Biestarc”–²¹⁰.

(ii) *La opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación*

La PTN, por su parte, si bien tradicionalmente admitía la posibilidad de suspender en sede administrativa un acto administrativo estable, imponiendo la necesidad de ordenar inmediatamente el inicio del proceso de lesividad para obtener la nulidad del acto en sede judicial²¹¹, lo cierto es que en alguna ocasión negó aquella posibilidad²¹².

No obstante, actualmente, la PTN pareciera haber consolidado su postura a favor de la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable, pues señaló que en aquel supuesto debe declararse lesivo al interés público el acto estable viciado, disponerse la suspensión de sus efectos en sede administrativa e iniciarse inmediatamente la acción de lesividad²¹³.

(iii) *La jurisprudencia*

a) Si bien la CSJN no se expidió sobre la problemática aquí planteada, existen algunos pocos precedentes jurisprudenciales de tribunales inferiores en los que se analizó la cuestión.

b) Uno de ellos se remonta al año 1979, donde el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal declaró improcedente la suspensión del pago de una pensión, por cuanto existía una resolución que acordaba a la actora el goce de un beneficio que tenía el “carácter de derecho adquirido en virtud de una medida que se encuentra firme, y que al momento de la suspensión no ha sido declarada nula conforme el procedimiento que para tal eventualidad exige la ley de procedimientos administrativos”²¹⁴.

Con posterioridad, en el año 1995, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF),

209 BALBÍN, Carlos F., *Curso...*, op. cit., T. II, p. 81/82 y, más recientemente, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III, p. 129.

210 CACAyT., Sala 1º, 16/05/2012, “Biestarc S.A. c/ G.C.B.A.”

211 Dictámenes 307:167; 246:125; 218:217; 195:49; 168:523; 164:17; 164:15; 156:273; entre muchos otros. El primero de los dictámenes citados hemos tenido oportunidad de analizarlo en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad”, *RAP* 468:19.

212 Dictámenes 316:340; 259:011.

213 Dictámenes 318:427; 316:340; 259:011.

214 Juzg. Nac. Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 3, 24/12/1979, “B., M. E. c. Instituto de Ayuda Financiera para el pago de Retiros y Pensiones Militares”, con comentario de MARCER, “La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549”, *LL* 1981-C, 305.

en el caso “Vizcarra”, en ocasión de expedirse sobre la procedencia de un amparo presentado por un grupo de retirados y pensionistas de las Fuerzas Armadas contra una Resolución que suspendía otra, del mismo organismo, por la que les concedía determinadas asignaciones y un préstamo especial, sostuvo que “si la Administración no puede revocar el acto regular del que nacieron derechos para el particular, tampoco es factible que suspenda *sine die* sus efectos –es claro en tal sentido que la remisión a un futuro decreto del Poder Ejecutivo resolviendo las cuestiones de índole similar planteadas en el seno de las Fuerzas Armadas y de Seguridad dependientes no determina un plazo cierto– suspensión que, en cuanto a sus resultados, exhibe un valor equivalente al de la revocación, cohibida por el art. 18 citado, párr. 1º de la ley nacional de procedimientos administrativos”²¹⁵.

A fines del año 2001, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso “Lanza”, entendió que “la decisión de suspender los efectos del acto administrativo –al considerárselo como manifiestamente ilegítimo– aun cuando haya generado derechos subjetivos que se encontraban en vías de cumplimiento no resulta contraria a las disposiciones de la Ley 19.549, en tanto existan elementos de juicio serios y concordantes relativos a la acusada nulidad del acto. Ello por cuanto tal alternativa es una de las posibilidades con que cuenta la administración en virtud de una interpretación armónica de los arts. 12 y 17 de ese texto legal” destacando, además, que en ese mismo acto se había ordenado “que se adoptaran las medidas necesarias con el objeto de iniciar la acción de lesividad pertinente”²¹⁶.

Resulta por demás interesante hacer referencia a lo resuelto por la Sala V de la CNACAF en un precedente muy cercano en el tiempo (2022), pues allí tuvo oportunidad de expedirse sobre la viabilidad jurídica de otorgar una medida cautelar en los términos del art. 16 de la Ley 26.854, cuando la Administración ya había dispuesto la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular que había devenido en estable²¹⁷.

En aquella ocasión, la mayoría de los miembros de la Sala V de la CNACAF, tras señalar que la subsistencia de los efectos “de un acto ilegítimo debe evitarse mediante el ejercicio inmediato en sede administrativa de la suspensión prevista en el artículo 12 del cuerpo legal mencionado” y que “–en ciertos casos– resulta admisible –y la Administración Pública tiene el deber– de ejercer la potestad de suspender la ejecución del acto en sede administrativa, siempre y cuando dicha

215 CNACAF, Sala I, 07/03/1995, “Vizcarra, Enrique A. y otros c. Estado nacional - Ministerio de Defensa”, LL 1995-E, 486, con nota de REJMAN FARAH, Mario, “Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita (Una sentencia saludable)”.

216 CNACAF, Sala IV, 11/12/2001, “Lanza, Carlos A. c/Mº de Justicia y Derechos Humanos s/medida cautelar (autónoma)”, consid. 12.

217 CNACAF, Sala V, 21/09/2022, “M. de Salud de la Nación c/ Novartis Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento”.

decisión esté supeditada a la efectiva concurrencia de razones de interés público, para evitar perjuicios graves al interesado, al alegarse fundadamente una nulidad absoluta (art. 12, Ley 19.549), y siempre que –con posterioridad– dicha decisión se ponga a consideración del juez competente para su revisión”, señaló que resultaba “legítimo que la Administración Pública disponga la suspensión inmediata del acto con base en el artículo 12 de la Ley 19.549”²¹⁸.

Por último, la Cámara apuntó que “a fin de armonizar ambas potestades (la del juez y la de la autoridad administrativa), la suspensión de oficio en sede administrativa de los efectos del acto debe estar supeditada a la promoción efectiva de la acción de lesividad y a que, en esa causa, sea el juez quien –en definitiva– se expida sobre la procedencia y admisibilidad de tal decisión suspensiva. Si la acción de lesividad no se promoviera y se admitiera el ejercicio de la suspensión administrativa de oficio de un acto irregular, la Administración estaría logrando por una vía oblicua –mediante la suspensión sine die del acto– un efecto semejante al que sólo podría obtener mediante la declaración judicial de nulidad a través de la acción judicial pertinente, lo cual es contrario al sistema de protección judicial de derechos que establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”.

c) Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió que “encontrándose firme el acto administrativo, le está vedado a la Administración revocar el acto regular debidamente notificado del que nacen derechos para el particular (art. 18 párr. 1º Ley 19549), por lo que debe entenderse que también lo está suspender indefinidamente sus efectos, pues ello lleva a un resultado equivalente al de la revocación”²¹⁹.

d) En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien la jurisprudencia del fuero en un comienzo rechazaba la viabilidad jurídica de suspender los efectos de un acto administrativo estable, lo cierto es que, actualmente, parece recoger un criterio similar al expuesto por el fuero contencioso administrativo federal en la causa “Vizcarra”.

En efecto, en el año 2003 la Sala 1º de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria, en la causa “Auzón de Martinelli, Lía M. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sostuvo, con mayoría integrada por los Dres. Carlos Balbín y Horacio Corti, que para lograr la suspensión de un acto administrativo irregular, que generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Administración debe “iniciar la correspondiente acción de lesividad y solicitar judicialmente como

218 La Cámara tuvo en cuenta, también, que no se trataban de los derechos mencionados en el art. 2º, inc. 2º de la Ley 26.854.

219 CNACCF., Sala 3º, 26/11/1996, “Nobleza Piccardo SAIC y F. c/. Universidad de Buenos Aires”, JA 2000-IV-síntesis, p. 52, consid. 2º.

medida cautelar la suspensión de sus efectos”, toda vez que no está autorizada para suspender el acto por sí misma²²⁰.

De igual manera, en el año 2011, aquella sala al analizar la estabilidad consagrada en el art. 17 de la ley local –idéntica, en lo que aquí interesa, a la LNPA– sostuvo que “la finalidad de la norma ha sido garantizar la estabilidad de los derechos adquiridos por decisiones administrativas y, en consecuencia, la administración no puede por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos al amparo de actos anteriores”. En consecuencia, sentenció que “si las autoridades administrativas consideraban que la resolución que había generado derechos subjetivos en curso de ejecución a favor del actor era nula, debió haber iniciado la correspondiente acción de lesividad. Es decir, la administración no podía revocarla, sustituirla, modificarla, o aun suspenderla, puesto que tales cursos de acción no están permitidos por el ordenamiento legal de aplicación, aun cuando se hubiera respetado el derecho al debido proceso adjetivo” (énfasis agregado)²²¹.

Posteriormente, en el año 2012, la misma Sala matizó su postura anterior al señalar que “el Estado no puede suspender el acto y sus efectos sin término”, pues suspender *sine die* equivale a disponer “de modo encubierto la revocación” (voto del Dr. Carlos Balbín al que el Dr. Horacio Corti adhirió en su totalidad)²²².

De esa manera, y tal como señalara la Dra. Inés M. Weinberg de Roca en aquel fallo, “si bien es cierto que la Administración no puede escudarse en una suspensión incondicionada para veladamente eludir el valladar impuesto por el artículo 17 de la ley adjetiva y lograr en sede administrativa lo que debiera pretender en sede judicial a través de una acción de lesividad por imperativo legal, no menos cierto es, que de verificarse la existencia de un interés público tangible que justifique suspender el ejercicio de un derecho conferido para evitar los mayores

220 CACyT., Sala 1º, 09/04/2003, “Auzón de Martinelli, Lía M. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: la Secretaría de Educación, mediante de la Resolución 1666/SED/1995, designó con carácter de titular a la actora como Regente de Cultura Técnica. Posteriormente, mediante Resolución 2249/SED/1995, la Secretaría de Educación suspendió la titularización de aquella y, luego, mediante Resolución 1846/SHyF/1999, la Secretaría de Hacienda y Finanzas revocó la Resolución 666/SED/1995.

Los jueces Carlos Balbín y Horacio Corti, además de considerar nula la Resolución 1846/SHyF/1999 –por cuanto sostuvieron que no podía alegarse que la accionante conociera el vicio de la Resolución 1666/SED/1995–, declararon la nulidad de la Resolución 2249/SED/1995 que suspendió los efectos del acto estable (v.gr.: Resolución 1666/SED/1995), por cuanto entendieron que la estabilidad del acto impide que aquel pueda ser revocado, sustituido, anulado o suspendido.

La Dra. Inés M. Weinberg de Roca, por su parte, entendió que como la actora conocía el vicio de la Resolución 1666/SED/1995, tanto la Resolución 2249/SED/1995 como la Resolución 1846/SHyF/1999, resultaban ajustadas a derecho.

221 CACyT., Sala 1º, 21/03/2011, “Contignola, Eduardo Alberto c/ GCBA”.

222 CACyT., Sala 1º, 16/05/2012, “Biestarc S.A. c/ G.C.B.A.”.

perjuicios que su ejecución pueda causar a los beneficiarios, la suspensión de sus efectos resulta un remedio perfectamente viable conferido por el ordenamiento”.

- e) Recientemente, la Justicia Federal de Salta ha señalado, con cita nuestra, no solo que la suspensión de efectos del acto administrativo estable constituye un poder inherente a la función de administrar sino, además, que aquella, para ser válida, debe cumplir con los requisitos que enunciaremos en las páginas que siguen²²³.
- f) Finalmente, cabe destacar que, en el ámbito provincial, algunos Máximos Tribunales han negado la posibilidad de que la Administración disponga la suspensión de los efectos de un acto estable (así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza²²⁴, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén²²⁵ y el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos²²⁶).

5.2. *La situación luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Como adelantáramos, la actual LNPA, es decir, el texto vigente con las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases, expresamente ha regulado la cuestión que aquí se analiza, es decir, la posibilidad de suspender de oficio los efectos del acto administrativo irregular estable.

En tal sentido, conforme surge del segundo párrafo del art. 17 de la LNPA, “no podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando no se admita su revocación en dicha sede”.

223 Juzgado Federal de Salta N° 1, 19/09/2024, “Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo”.

224 Conforme fuera señalado por la Sala 1° de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, “La posibilidad de suspender en sede administrativa la ejecución de un acto estable dictado a favor del administrado, aunque fuere nulo, altera el fin de la ley y pone en manos de la Administración la supervivencia del derecho concedido sin cumplir con el trámite judicial de la lesividad, tornando ilusorio el principio de estabilidad o irrevocabilidad del acto administrativo”. (C.S. Mendoza, sala 1°, 17/09/2013, “Spaltro, Francisco v. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ APA”)

225 En efecto, el Tribunal Superior neuquino ha señalado que “la regularidad y consiguiente presunción de legalidad del cuestionado decreto de “pase a planta permanente” hace que este no pueda ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa, puesto que el principio de presunción de legitimidad, no es predicable exclusivamente de los actos administrativos de gravamen que reducen la esfera jurídica de los destinatarios, sino que también opera en beneficio de los particulares. Y en esta línea tampoco podía ser suspendida su vigencia por la propia Administración, por cuanto como sostiene Gordillo, esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior (cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3 VI-17)” (T.S.J. Neuquén, 04/10/2002, “Municipalidad de Plottier c/ Reyes, Julio César y otros s/ acción de lesividad”).

226 Ver fallos citados en: RODRÍGUEZ SIGNES, Julio César, “La acción de lesividad”, *RAP* 383:421.

5.3. Análisis crítico del régimen jurídico actual: nuestra postura

- a) Por nuestra parte, antes de la actual regulación contemplada en la LNPA habíamos sostenido, en criterio que aquí reiteramos, que los órganos estatales o, en su caso, los entes no estatales en ejercicio de función administrativa, pueden y deben suspender por sí y ante sí los efectos de aquellos actos administrativos irregulares que, por gozar de la estabilidad excepcional²²⁷ que concede el art. 17, no pueden anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa.
- b) Analizar pormenorizadamente las razones en virtud de las cuales sostuvimos que la suspensión de oficio del acto administrativo estable resulta jurídicamente viable atentaría contra la síntesis que aquí pretendemos obtener, razón por la cual nos remitimos a los trabajos específicos que sobre la cuestión hemos realizado²²⁸ y a lo mencionado en el punto 3 del presente.

Tampoco es esta la oportunidad para analizar cuál ha de ser el procedimiento administrativo que debería seguirse para el dictado del acto que dispone la suspensión de los efectos del acto estable, razón por la cual también nos remitimos a los citados estudios.

- c) Sin embargo, aquí solo hemos de señalar que, a nuestro modo de ver, y toda vez que aquella suspensión se instrumenta por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la suspensión arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la suspensión del acto administrativo estable deberá a) ser dictado por la autoridad *competente*, b) aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); c) respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); d) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; e) estar debidamente *motivado*; f) haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. f de la LNPA).

227 Es que, como señalamos al comienzo y hemos recordado en otra oportunidad, el principio es el de la falta de estabilidad o bien de inestabilidad del acto administrativo nulo o irregular (COMADIRA, Fernando G., "Algunos aspectos relacionados con la anulación de oficio..."; COMADIRA, Fernando G., "Anulación del acto administrativo irregular...", op. cit., p. 40 y ss.).

228 Un análisis pormenorizado de la opinión de cada uno de los autores que se citan en este capítulo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, "La suspensión de oficio de los efectos...", op. cit., p. 361 y ss. Más recientemente: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

d) Por lo demás, resta señalar que, en nuestra opinión, la suspensión de oficio del acto administrativo estable debe disponerse por un plazo breve, condicionándose a la inmediata interposición de una medida cautelar pues, de lo contrario, la Administración podría estar incurriendo, quizás, en una suspensión *sine die*, o, lo que es lo mismo, en una anulación encubierta.

Por ello, y teniendo en cuenta que el sentido propio del instituto de la suspensión es su transitoriedad²²⁹, antes de ahora hemos sostenido que la suspensión de los efectos de un acto administrativo estable solo es admisible en la medida que sea dispuesta por un breve lapso²³⁰.

Como se ve, la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable opera como una “condición resolutoria”, esto es, aquella que condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto que, en nuestro caso, sería la interposición de la medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad.

Si bien al estudiarse la teoría del acto administrativo en general se sostiene que la “condición resolutoria” opera como un “elemento o cláusula accesoría o accidente” del acto, lo cierto es que la doctrina entiende que los elementos accidentales dejan de ser tales para convertirse en esenciales, con los efectos consiguientes en cuanto a la validez del acto que las contiene, cuando ellos sean inherentes al respectivo acto, porque de ser así se trataría, en realidad, de elementos constitutivos del objeto normal de éste²³¹.

En nuestro caso, la legitimación de la suspensión o paralización provisoria del acto administrativo estable proviene de su vinculación temporal inmediata con la interposición de la medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda

229 En ese sentido, la PTN ha señalado que “la suspensión de los efectos de un acto administrativo no puede mantenerse indefinidamente sin desvirtuar el sentido propio de esa medida, que, por definición, posee una duración limitada” (Dictámenes 274:329; 177:28). Como bien señalaba Trevijano Fos, la suspensión de efectos es temporal, “lo que equivale a decir que si fuera permanente nos encontraríamos ante una verdadera retirada del acto (anulación o revocación). (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 360). Del mismo modo, Linares precisó que “la suspensión permanente no es ya suspensión sino revocación”. (LINARES, Juan F., *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Guillermo Kraft LTDA., 1945, p. 66).

230 Al analizar el tema en profundidad hemos propiciado que, hasta tanto no se adopte una solución legislativa diferente, el plazo máximo por el que deberían suspenderse los efectos de un acto administrativo estable debía ser de diez (10) días. En ese sentido, cabe destacar que el plazo máximo de diez (10) días se sustenta no sólo en el régimen general aplicable en el procedimiento administrativo en materia de plazos (v.gr.: art. 1º, inc. e, ap. 4º, actual art. 1º bis, inc. “g”, ap. 4º) sino, además, en la aplicación *mutatis mutandi* del art. 8º de la Ley 26.854 que expresamente prevé que “se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba” (énfasis agregado).

231 Por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 69.

judicial de nulidad la que, si no es interpuesta dentro del plazo razonable aludido, se torna en ilegítima y, en consecuencia, los efectos jurídicos del acto suspendido recuperan su plena vigencia²³².

En consecuencia, entendemos que la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable se erige como un elemento esencial del acto administrativo que dispone la suspensión pues, su incumplimiento, torna en antijurídico el objeto de la declaración.

e) Aquél sería, a nuestro modo de ver, un correcto criterio legislativo que podría instrumentarse en un futuro Código Contencioso Administrativo Nacional²³³.

6. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD: ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES Y PROCESALES

A esta altura del trabajo ha quedado claro que en el ámbito del derecho administrativo nacional el principio general es que ante un acto administrativo irregular la Administración *debe declarar y ejecutar* por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

Sin embargo, también hemos visto que en ciertos supuestos la Administración está impedida de *declarar y ejecutar* por sí y ante sí la nulidad de aquel acto irregular pues, en definitiva, se está frente a la “estabilidad del acto administrativo” o, en términos de la CSJN, la denominada “cosa juzgada administrativa”²³⁴.

232 Criterio que, como vimos antes, ha sido el que, en definitiva, recientemente adoptó la Cámara del fuero en: CNACAF, Sala V, 21/09/2022, “M. de Salud de la Nación c/ Novartis Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento”.

233 La viabilidad jurídica de suspender los efectos de un acto administrativo estable fue expresamente reconocida en el último Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo presentado en el año 2021, cuyo art. 69 establecía que “si en virtud de lo normado en el artículo 12 de la Ley 19.549 y sus modificatorias el Estado nacional, las entidades autárquicas, los entes contemplados en el inciso g) del art. 2º y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas, hubieren dispuesto la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable, la suspensión caducará automáticamente si a los *treinta* (30) días no se solicitara la suspensión judicial de los efectos de aquel, en forma previa, simultánea o posterior a la promoción de la *acción de lesividad* contra dicho acto. Solicitada en término la suspensión judicial, los efectos del acto se mantendrán suspendidos de acuerdo con lo decidido en sede administrativa, hasta tanto el juez ordene la suspensión judicial en los términos del artículo 54 del presente Código o deniegue el pedido de suspensión. La denegatoria del pedido importará la automática extinción de la suspensión decidida en sede administrativa”.

234 El término “cosa juzgada administrativa” ha sido criticado por distintos autores. Ver, entre otros, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 106 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho

En aquellos casos, si bien la Administración también debe *declarar* la nulidad del acto administrativo irregular estable, lo cierto es que no podrá *ejecutarla* por sí y ante sí, sino que, para ello, deberá acudir a la justicia para efectivizar o *ejecutar* la pretensión anulatoria a través de, precisamente, la acción de lesividad.

Es decir, ante un acto administrativo de nulidad absoluta que devino en estable, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio no ejecutorio y, posteriormente, acudir a la justicia para efectivizar aquella nulidad mediante el proceso de lesividad.

De lo hasta aquí expuesto es posible concluir, entonces, que la acción de lesividad procede cuando se persigue la nulidad judicial de un acto administrativo ilegítimo que no puede anularse –con efectos ejecutorios– en sede administrativa.

En consecuencia, bien podría afirmarse que si la extinción de un acto administrativo por razones de ilegitimidad fuera una *saga*, la primera parte consistiría en “la anulación de oficio del acto administrativo en sede administrativa” y, la segunda, en la “acción de lesividad”, como herramienta procesal tendiente a obtener la nulidad judicial de un acto administrativo que no puede anularse –con efectos ejecutorios– en sede administrativa.

Ciertamente, estudiar todos y cada uno de los aspectos procesales que se vinculan con la acción de lesividad atentaría contra la síntesis que aquí aspiramos lograr, razón por la cual remitimos para su estudio a nuestra obra *La acción de lesividad*²³⁵ y los trabajos allí citados.

No obstante, en esta ocasión solo nos gustaría abordar, aunque muy sintéticamente, algunos temas relacionados con la cuestión y que, además, han sido contemplados en las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA. Veamos.

6.1. *Concepto*

En su momento hemos definido a la acción de lesividad como aquella “acción en virtud de la cual un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, solicita al órgano jurisdiccional competente la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo estable que, previamente, fue declarado lesivo al interés público en sede administrativa por razones de ilegitimidad”²³⁶.

Administrativo, 2011, T. 3, Cap. VI-3; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. 2, 1993, p. 646; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 1, p. 768.

²³⁵ COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Buenos Aires, Astrea-Rap, 2019.

²³⁶ COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 146. Aquella definición, a su vez, fue adoptada por la jurisprudencia: Juzgado Federal de Salta N° 1, 19/09/2024, “Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo”; TSTdelFAIAS, 03/09/2024, “Municipalidad de Ushuaia c/ GADA S.A. s/ Acción de Lesividad”.

6.2. Objeto

(i) *El acto administrativo estable*

El objeto de la pretensión de lesividad consiste en obtener la nulidad judicial del acto administrativo irregular estable, esto es, aquel que en virtud de la estabilidad excepcional que otorga el art. 17 de la LNPA la Administración no puede anular con efectos ejecutorios por sí y ante sí.

La estabilidad del acto administrativo irregular se da, actualmente, y tal como se vio en las páginas anteriores, cuando el acto administrativo irregular hubiere sido notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto y, además, la anulación no favorece al particular sin perjudicar a terceros, no se pudo acreditar el dolo del particular o el derecho no fue otorgado expresa y válidamente a título precario.

(ii) *El silencio positivo y su consideración como “acto administrativo”: la cuestión en la LNPA según la Ley de Bases*

a) Otra de las grandes novedades que ha sido incorporada en la LNPA a partir de las reformas introducidas por la Ley de Bases es el denominado *silencio positivo*.

b) Analizar pormenorizadamente el instituto del *silencio administrativo* implicaría estudiar no solo el deber que tiene la Administración de resolver expresamente las peticiones de los particulares sino, también, cuestiones como la naturaleza jurídica que corresponde atribuirle al silencio, los distintos sistemas que existen para la posible regulación del instituto, etc.

Por ello, y toda vez que abordar en profundidad aquellos aspectos excede el objeto de este trabajo, a los fines de esta investigación solo diremos que, en nuestra opinión, el *silencio administrativo* en modo alguno puede ser entendido como un *acto administrativo* entendido, este último, como una “*declaración* emitida por un órgano estatal, o ente no estatal, emitida en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”²³⁷ (énfasis agregado).

Destacamos y enfatizamos el término *declaración* pues, como lo hemos mencionado en otras oportunidades, aquella consiste en la extrinsecación de una idea, un proceso de tipo intelectual²³⁸, es otros términos, la existencia de una exteriorización intelectual proveniente de su autor²³⁹, realizada mediante la palabra escrita, oral, digital u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

237 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 4.

238 Dictámenes 238:319; 240:124, 240:165, entre otros.

239 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2.

Es claro, entonces, que el silencio no puede considerarse un acto administrativo en los términos enunciados pues, en definitiva, no hay declaración²⁴⁰, una exteriorización de una idea: “no hay nada: solo el paso del tiempo al que se le atribuye un determinado efecto jurídico”²⁴¹.

El silencio administrativo tampoco es un acto administrativo tácito, por cuanto también hemos señalado, siguiendo las enseñanzas del profesor Comadira, solo es viable la configuración de un acto administrativo tácito cuando es inferible de uno expreso²⁴² y, en el silencio administrativo no hay ningún acto administrativo expreso del que pueda derivarse un acto administrativo tácito.

Por lo demás, el silencio tampoco puede ser considerado un *acto administrativo presunto*, o un *instituto o presupuesto procesal* sino que, al igual que lo ha destacado la doctrina, cabe partir de la idea de la irrelevancia o intrascendencia jurídica del silencio administrativo²⁴³, salvo que una norma, como sucede con la nueva redacción del art. 10 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, le otorgue algún efecto jurídico.

De esa manera, cuando el art. 10, inc. *b* de la LNPA prevé que, en ciertas circunstancias, el silencio de la Administración “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”, cabe entender que se está frente a un “acto administrativo *ficto*”²⁴⁴, en tanto por imperio legal se finge la existencia de un acto administrativo cuando, en rigor de verdad, no lo hay ni puede hablarse de una exteriorización directa o indirecta de la voluntad administrativa en forma tácita o presunta, pues sencillamente no hay voluntad que exteriorizar más allá de la del legislador al sancionar la norma.

c) Ahora bien, como fuera adelantado, con la nueva redacción del art. 10 de la LNPA, esto es, con las reformas introducidas por la Ley de Bases, se prevé, por un lado, que la regla general sigue siendo el “silencio negativo”.

En tal sentido, el art. 10, inc. *a*, primer párrafo de la LNPA establece que cuando se tratare de pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto, el silencio o ambigüedad deben interpretarse como negativa, salvo disposición expresa que confiera al silencio sentido positivo.

Asimismo, se prevé que si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, aquel no podrá exceder de sesenta días, luego del cual se configura automáticamente el silencio de la Administración (art.

240 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 237.

241 COMADIRA, Julio Pablo, “El silencio administrativo, con especial referencia al derecho salvadoreño”, en AA.VV., *VI Congreso de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia Departamento de Publicaciones, 2019, p. 201.

242 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 67.

243 COMADIRA, Julio Pablo, “El silencio administrativo...”, op. cit., p. 199 y ss.

244 *Ídem*, p. 202.

10, inc. *a*, segundo párrafo). De ese modo, entonces, se advierte que actualmente la LNPA se orientó en las aguas del sistema del silencio “automático”²⁴⁵.

Sin embargo, como fuera mencionado anteriormente, en la redacción actual de la LNPA se estableció expresamente que, en ciertos supuestos, el silencio tendrá efectos positivos.

En efecto, conforme surge del art. 10, inc. *b*, “cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.

Este inciso no será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso.

Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.

Las disposiciones previstas en el inciso *b*) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente”.

Finalmente, y en relación con el plexo normativo que regula el “silencio positivo” cabe tener presente que:

- el Decreto 695/2024, modificatorio del RLNPA aprobado por Decreto 1759/1972, reguló la implementación del silencio positivo y definió los procesos de autorización (cfr. arts. 65, 65 bis, 65 ter, 65 quáter, 65 quinqués);
- la Decisión Administrativa N° 836/2024 definió las fechas de inicio para la aplicación del silencio positivo en la Administración central y descentralizada;
- mediante Decreto 971/2024 se establecieron los trámites sujetos al silencio positivo y las excepciones.

d) Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración que en determinadas ocasiones el silencio administrativo tendrá “a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”, si luego de configurado

245 El inc. *a* del art. 10 de la LNPA establece que: “El silencio o la ambigüedad de la Administración se regirá de conformidad con las siguientes normas: *a*) Cuando se tratase de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración”.

el silencio positivo la Administración resolviera expresamente la cuestión en forma contraria al efecto producido como consecuencia del silencio positivo, serán de aplicación las reglas generales en materia de anulación de oficio y acción lesividad.

En otras palabras: una vez configurado el *silencio positivo* al que se refiere el art. 10 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, si la Administración resolviera que dicho *acto* –tal como lo llama la ley– no se ajusta al principio de juridicidad, deberá anularlo de oficio en sede administrativa o iniciar el proceso de lesividad, según corresponda²⁴⁶.

Al analizar la cuestión, Gusman señaló que en la nueva redacción del art. 17 de la LNPA parecería no haber, en principio, límites a la potestad anulatoria de la Administración frente al silencio positivo, pues la norma “solo margina de la potestad revocatoria al acto ‘...una vez notificado...’, condición que, de más parece decirlo, es de cumplimiento imposible ante el silencio administrativo positivo”²⁴⁷.

La temática, como se ve, es ciertamente interesante y polémica por cuanto con la incorporación expresa del *silencio positivo*, los particulares podrán ser beneficiados con un *acto administrativo -ficto* en nuestra opinión– en el que, en rigor, estuvo ausente el control previo por parte de la Administración analizando, por ejemplo, si la solicitud se ajusta o no a derecho.

Por ello, en este punto, será de trascendental importancia estar atentos a la interpretación y el alcance que los operadores jurídicos, en especial los jueces, efectúen sobre la cuestión toda vez que, en definitiva, son ellos quien en nuestro sistema están llamados a decidir con fuerza de verdad legal todos los conflictos, entre ellos, los jurídico administrativos.

6.3. *Presupuestos de admisibilidad de la pretensión anulatoria del Estado*

Actualmente no existe a nivel nacional una norma específica que regule el proceso contencioso-administrativo.

En consecuencia, la jurisprudencia del fuero sostiene que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) “se aplica al

246 Sobre la cuestión se ha señalado que una vez configurado el silencio positivo “la Administración no puede resolver desconociendo la existencia del silencio positivo. Si considera que el silencio es ilegítimo lo que lleva a poner en marcha los remedios de revisión de actos ilegítimos en sede administrativa o judicial, según corresponda (art. 17 de la LNPA)” (CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA* 2024-155, 273). Ver, también: COMADIRA, Julio Pablo, “El silencio administrativo...”, op. cit., p. 211.

247 GUSMAN, Alfredo S., “La reciente reglamentación de la ley 19.549 por el decreto 695/24. Precariedad de los derechos obtenidos a partir del silencio positivo”, *RDA* 2024-155, 35.

proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público”²⁴⁸.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la ausencia de una ley reguladora del proceso contencioso administrativo o código no importa la ausencia absoluta de normas relativas al proceso contencioso-administrativo.

Ello así no solo porque la jurisprudencia del fuero sostiene que el CPCC se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público sino, también, habida cuenta de que el título IV de la LNPA prevé las “condiciones de impugnabilidad” judicial de los actos provenientes de la Administración y el modo de agotar la instancia administrativa ante hechos u omisiones estatales fijando, a ese fin, los recaudos que condicionan la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas²⁴⁹.

En ese sentido, cabe recordar que los coautores del texto original de la LNPA, al redactar el acápite I de la Exposición de Motivos que acompañó la sanción de la Ley 19.549, señalaron que la incorporación del Título IV “propio de lo contencioso-administrativo, tiene por objeto cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple aquella materia específica”²⁵⁰.

248 CNCAF, Sala III, 04/11/2004, “Compañía Argentina de Seguros ANTA S.A. c/ A.F.I.P. -D.G.I.- s/D.G.I.”; 26/06/2001, “Mackentor SACCIAIF”; 16/08/1990, “Avanzada, S. A. c. Gas del Estado”; 04/12/1986, “Bigdei-Or SA”; 21/02/1985, “Galligo, Gustavo”; 12/06/1984, “Bautista”; 03/05/1984, “Moresco”. En similar sentido: CNCAF, Sala IV, 15/04/1998, “Santa Lucía Cristal S.A.C.I. y F. c/ Administración Nacional de Aduanas”; 14/08/1990, “Menzani, Carlos y otros c/ Osplad”; 30/03/1989, “De la Torre”; 25/09/1986, “Conafer”; Sala II, 20/10/2004, “Econor S.A. -inc. Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Diligencia preliminar”, entre muchos otros.

249 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., T. 2, p. 1356; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., T. 1, p. 440.

250 En ese sentido, Carlos Young, uno de los coautores de la LNPA, en un trabajo posterior a la sanción de aquella norma, señaló que “la inexistencia de un ordenamiento que regulara en el orden nacional la función jurisdiccional de control de los actos o hechos de la administración pública, obligó a la Comisión a incursionar en esa materia, incluyendo normas sobre impugnación judicial de actos administrativos definitivos, por su estrecha vinculación con la materia de los recursos” (YOUNG, Carlos Alberto, “Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *RAP* 46:10).

Del mismo modo, Adalberto Cozzi, otro de los coautores de la LNPA, señaló que en aquella norma se insertó “forzadamente tópicos propios de lo contencioso-administrativo. La ausencia de un código sobre esta materia ha conducido, en cierta medida, a esa incorporación, pues debe quedar bien en claro cuándo y en qué plazos un acto administrativo –de alcance particular o de alcance general– puede ser impugnado judicialmente” (COZZI, Adalberto E., “El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación”, *Jus*, 1971, N° 19, p. 163).

La habilitación de la instancia, de origen sustancialmente pretoriano²⁵¹, fue definida como “el juicio previo que realiza el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción”²⁵².

En el fuero contencioso administrativo, la habilitación de la instancia se erige como un *presupuesto procesal*, es decir, y tal como vimos en el punto 4.5.1., como un requisito de admisibilidad de la pretensión.

En ese orden de ideas, a efectos de que el particular pueda demandar al Estado por sus hechos, actos u omisiones, la LNPA establece que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

Sobre el tema, la CSJN ha señalado que “nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción, habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate”²⁵³.

Como principio, la inobservancia de alguno de aquellos requisitos formales previos impide que el tribunal conozca y decida sobre la procedencia de la pretensión.

Ahora bien, así como se requiere la habilitación de la instancia judicial cuando el particular demanda el Estado, ¿es necesaria la habilitación de la instancia en la acción de lesividad?

En otras palabras, cuando el Estado persigue la nulidad judicial de un acto que no puede anular con efectos ejecutorios en sede administrativa, ¿debe agotar la vía administrativa e interponer la demanda de lesividad dentro de un plazo de caducidad determinado?

Tradicionalmente se ha señalado que tanto el agotamiento de la vía administrativa como los plazos breves de caducidad para accionar contra el Estado son, en rigor, dos de las prerrogativas procesales propias del régimen característico exorbitante del Derecho Administrativo.

Sin embargo, si entendemos que, como precisó Prosper Weil, el Derecho Administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el

251 GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971, p. 121/124.

252 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, T. 2, p. 1356.

253 CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454.

poder y la libertad²⁵⁴, es más que razonable sostener que el régimen jurídico exorbitante característico de aquella rama del derecho está sometido, también, a las diversas modulaciones que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad va sufriendo.

De esa manera, entonces, así como tradicionalmente la presunción de legitimidad del acto administrativo fue concebida únicamente como una prerrogativa sustancial de la administración pública y, luego, también como una *garantía* de los particulares²⁵⁵, creemos que la habilitación de la instancia debe analizarse simultáneamente como *prerrogativa procesal* de la Administración Pública y como una *garantía procesal* de los administrados.

Por ello, como se verá a continuación, la admisibilidad de la pretensión de lesividad estará condicionada a la previa declaración de lesividad en sede administrativa (v.gr.: agotamiento de la vía).

Por otra parte, y en relación con el plazo de caducidad para interponer la demanda de lesividad, veremos que en el régimen jurídico nacional actual la acción de lesividad no está sujeta a plazos breves de caducidad, sino que está sometida a los plazos de prescripción que expresamente prevé la LNPA.

(i) *El previo agotamiento de la vía administrativa: la “declaración de lesividad”*

En el punto anterior hemos visto que ante un acto irregular, la Administración debe declarar y ejecutar la nulidad del acto, es decir, dictar un acto anulatorio con efectos ejecutorios.

Sin embargo, precisamos que si el dictado del acto administrativo anulatorio ejecutorio resultara jurídicamente inviable, por cuanto el acto ilegítimo hubiere devenido en estable, la Administración también debía declararlo nulo pero, a diferencia del supuesto anterior, el acto anulatorio carecería de ejecutoriedad propia, por cuanto debería acudir a la justicia para efectivizar (*ejecutar*) la pretensión anulatoria contenida en la declaración.

El acto administrativo anulatorio con efectos no ejecutorios al que nos referimos en el párrafo anterior es, precisamente, lo que en doctrina se denomina “declaración de lesividad”.

Si bien la declaración de lesividad no está expresamente contemplada en la LNPA, creemos que aquella no solo surge en forma razonablemente implícita de la norma²⁵⁶, sino que, además, es una consecuencia lógica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo.

254 WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, p. 51.

255 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 228 y ss.

256 Por ello, bien ha señalado la doctrina calificada en la materia, que la actuación de los órganos o entes administrativos puede surgir no sólo del texto expreso de la norma, sino también de los poderes razonablemente implícitos que deriven de ella y de la naturaleza o esencia del

Aquella no solo es la postura expuesta por la mayoría de la doctrina administrativista sino, también, el criterio seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN), la jurisprudencia del fuero, lo contemplado en diversas provincias (v.gr.: Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Chaco, Tucumán) y países (España, Ecuador; El Salvador; Perú; Costa Rica; Cuba y Guatemala, entre otros).

Con la declaración de lesividad se garantiza que el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, acreditó debidamente la ilegitimidad o el vicio generador de la nulidad, lo que supone que luego de una meditada decisión, está formalmente convencido de que el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende lesiona el interés público.

Por ello, como diría Hutchinson²⁵⁷, sería impropio que un abogado estatal, sin orden expresa, inicie por sí mismo una pretensión de nulidad de un acto administrativo de un órgano de un ente al que representa.

Más aún, y tal como se profundizará *infra*, los efectos jurídicos que la *declaración de lesividad* produce revisten una importancia tal que, a nuestro juicio, en ciertos casos podrían incidir directamente en las sentencias que hagan lugar a la pretensión de lesividad pues, como veremos, en algunas ocasiones aquellas deberían retrotraer sus efectos no al momento del dictado del acto declarado lesivo sino, antes bien, al momento en que la declaración de lesividad fue notificada al particular porque, en rigor, como se verá, los frutos percibidos por el administrado podrían ser considerados como percibidos de mala fe.

Es por ello que, en definitiva, la declaración de lesividad debe ser dictada por el órgano competente a través de un procedimiento en el que se respete, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y, por el otro, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nación.

Como se ve, entonces, la declaración de lesividad opera no sólo como una garantía a favor del administrado, sino, también, en beneficio de la Administración: en el primer caso, porque le permite al particular intervenir previo a su dictado para repeler la posible afectación de derechos subjetivos y, en el segundo, porque

órgano u ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz de la especialidad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 27. Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Los criterios para delimitar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado", en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 31 y ss.

257 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 640.

le garantiza que su posterior planteo judicial parte de una serena y documentada decisión sobre los intereses afectados²⁵⁸.

Por ello, si la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la juridicidad, en tanto habilitación expresa, implícita o inherente, implica que ésta es concebida no sólo como un presupuesto de su accionar sino, también, como un *encargo* cuando ella tenga que producirse a favor de los destinatarios²⁵⁹, cabe concluir que la previa declaración de lesividad de un acto administrativo ilegítimo estable constituye un *deber* de la Administración el que, además, como se dijo, se erige como presupuesto de admisibilidad de la demanda judicial de lesividad.

El agotamiento de la vía administrativa como garantía de los particulares

De lo expuesto en los párrafos que antecede se desprende que la previa declaración de lesividad constituye un presupuesto de admisibilidad de la demanda judicial (v.gr.: acción de lesividad), al igual que el agotamiento de la vía administrativa para los particulares.

Si entre los fundamentos que inspiran el instituto del agotamiento de la vía administrativa por parte del administrado se han señalado, entre otros, permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio y facilitar la tarea judicial al someter a su sede cuestiones delimitadas previamente, con intervención de órganos administrativos especializados²⁶⁰, bien podría decirse que el dictado de la declaración de lesividad como requisito de admisión de la pretensión judicial de nulidad de la Administración responde a la misma idea.

En efecto, la declaración de lesividad, que, como dijimos, no es más que una consecuencia lógico-jurídica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo y que está implícitamente contenida en la LNPA, permite que el particular pueda intervenir previamente a su dictado para repeler la posible afectación de derechos subjetivos, estableciéndose una etapa conciliatoria anterior a “un pleito contencioso-administrativo para defenderse (y abonar los honorarios de su Letrado)”²⁶¹.

Por otra parte, la declaración de lesividad facilitaría la eventual actuación judicial pues con aquella la Administración, en principio, habría acreditado debidamente la ilegitimidad o el vicio generador de la nulidad, lo que supone que

258 En igual sentido: COPPA, Sergio A., “La acción de lesividad”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 508.

259 Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, T. 1, p. 99 y ss.

260 Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., T. I, p. 419 y ss.

261 PONCE ARIANES, Manuel, *La nueva regulación de la revisión de oficio*, Salamanca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1995, p. 77.

luego de una meditada decisión está formalmente convencida de que el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende lesiona el interés público.

En consecuencia, junto con la demanda de lesividad el sujeto emisor del acto administrativo estable debería acompañar el acto declaratorio de lesividad y el expediente administrativo donde aquel fue dictado²⁶².

Por último, resta puntualizar que la ausencia de la declaración de lesividad o, en su caso, la existencia de algún vicio grave en alguno de sus elementos, hará que aquél no produzca los efectos buscados y, por tanto, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la pretensión procesal administrativa, de oficio o a pedido de parte, tal como lo sostuvo oportunamente González Arzac en su conocido voto en la causa “Wainstein”²⁶³.

Naturaleza jurídica de la declaración de lesividad

a) De todo lo hasta aquí señalado surge que ante un acto administrativo irregular estable la Administración si bien debe declarar la nulidad de aquel acto, lo cierto es que no puede ejecutarla por sí y ante sí, sino que, precisamente, debe acudir a la justicia para efectivizar o *ejecutar* la pretensión anulatoria a través de la acción de lesividad.

Es decir, ante un acto administrativo de nulidad absoluta que devino en estable, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio no ejecutorio

262 MIOLANO, José Luis, “Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, pp. 382/383; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *Acción de lesividad en Tucumán y Nación*, RAP 336:309; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, ob. cit., T. III, p. 654; DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 305; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El proceso de lesividad”, *Revista de Administración Pública*, N° 25, Madrid, 1958, pp. 136/137; GUAITA, Aurelio, *El Proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, Bosch, 1953, pp. 151/152; MORÓN URBINA, Juan Carlos, “El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano”, en A.A.V.V., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, San Juan, Puerto Rico, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015. T. 2, p. 734.

Así lo prevén, también, diversos ordenamientos jurídicos provinciales (v.gr.: Neuquén, art. 36 del Código Procesal Administrativo; Tucumán, art. 29 del Código Procesal Administrativo) e internacionales (v.gr.: España –art. 45.4. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, El Salvador –art. 94 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–).

DROMI, por su parte, ha señalado que “la falta del expediente, existiendo el acuerdo o acto administrativo de declaración de lesividad, no puede producir la inadmisibilidad del proceso, pero de todos modos es conveniente a los efectos probatorios adjuntar dichas constancias para viabilizar la procedencia de la pretensión procesal de anulación” (DROMI, Manuel María, “Acción de lesividad”, *Revista de la Administración Pública*, N° 88, Madrid, 1979, p. 222).

263 CNCAF, Sala 3°, 11/05/1989, “Wainstein, Mario c. Universidad de Buenos Aires”, LL 1989-D, 481, consid. IV.

y, posteriormente, acudir a la justicia para efectivizar aquella nulidad mediante el proceso de lesividad.

El acto administrativo anulatorio con efectos no ejecutorios al que nos referimos en el párrafo anterior es, precisamente, lo que en doctrina se denomina “declaración de lesividad”.

b) En modo alguno pretendemos en esta oportunidad analizar cuáles han sido las distintas posturas expuestas en relación con la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la declaración²⁶⁴.

Por ello, aquí solo diremos que así como existen autores que sostienen que se trata de un verdadero acto administrativo, otros entienden que no cabe asignarle aquella naturaleza.

c) Por nuestra parte, ya antes de ahora hemos sostenido que la declaración de lesividad es un *acto administrativo impropio*.

- *acto administrativo* en tanto la declaración de lesividad importa una exteriorización intelectual que se traduce en una *declaración* de invalidez cuyo objeto consiste en declarar la nulidad del acto administrativo estable, aunque aquella no tiene efectos ejecutorios –o, lo que es lo mismo, en este último sentido, la declaración de nulidad estará dotada de ejecutoriedad impropia–, pues se debe acudir a la justicia para ejecutarlo.

- *impropio* por cuanto, a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos, el objeto de la declaración, es decir, la nulidad, al no concretarse, no produce efectos jurídicos *directos* respecto de terceros sino, antes bien, *indirectos* pues, en definitiva, la declaración de lesividad produce una *fecha de corte en la buena fe* del administrado quien, desde que es notificado de la declaración de lesividad, ya no podrá afirmar el desconocimiento del vicio.

d) Finalmente, cabe destacar que diversos Tribunales Superiores provinciales²⁶⁵ han adherido a nuestra tesis que propone concebir a la declaración de lesividad como un acto administrativo impropio, con todas las consecuencias que de ello se derivan y que fueron abordadas en nuestra obra de *La acción de lesividad*.

(ii) *¿Existe plazo de caducidad y/o de prescripción para iniciar la acción de lesividad?*

Hemos visto que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

264 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit., p. 146 y ss.

265 CJ Catamarca, 22/11/2019, “Quipildor, Cirilo Justo c/Municipalidad de Antofagasta de la Sierra”; STJ Córdoba, 27/04/2023, “Barraza, Miguel Ángel c/ Municipalidad de Concepción del Bermejo s/ Acción de Amparo”; entre otros.

En ese orden, sostuvimos que la declaración de lesividad del acto administrativo estable se erige como un presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad (v. gr.: agotamiento de la vía administrativa).

Ahora bien, a nivel nacional, ¿existe algún plazo de caducidad para instar la acción de lesividad?

En relación con la cuestión, cabe señalar que así como en algunos ordenamientos jurídicos provinciales e internacionales se ha establecido que el plazo para interponer la demanda de lesividad se computa desde la emisión del acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende obtener (v.gr.: en Argentina: Formosa, Córdoba y, en el exterior, Perú), y otros prevén que dicho plazo comienza a correr desde la declaración de lesividad (v.gr.: en Argentina: Tierra del Fuego, Santa Cruz, Chaco, Misiones y, en el derecho comparado, Costa Rica, México y el proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Tributaria de Bolivia), existen aquellos que han previsto no sólo un plazo para ejercer la acción judicial sino, también, para emitir dicha declaración (v.gr.: España, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Cuba).

Sin embargo, como se verá a continuación, a nivel nacional la cuestión es diferente.

La cuestión antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA

Antes de la entrada en vigencia de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, el art. 27 de aquella norma establecía que “no habrá plazo 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”²⁶⁶.

De ese modo, en el régimen jurídico nacional antes vigente, y a diferencia de lo previsto por algunos jurídicos provinciales (ej.: Misiones²⁶⁷), la acción de lesividad no estaba sometida a plazos de caducidad sino, antes bien, a los que correspondan en materia de prescripción.

Así, pues, el plazo para interponer la demanda de lesividad era el que correspondía en materia de prescripción: dos años para los actos anulables, e inexistencia de un plazo para los actos nulos de nulidad absoluta, esto es, los irregulares²⁶⁸.

266 Igual solución estaba prevista en el art. 49 del Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación de 1968 y en el art. 16 del Anteproyecto de Código en lo Contencioso Administrativo de 1974/1975.

267 Cfr. art. 24 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

268 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, ob. cit., T. I, p. 287; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 180; LUQUI, Roberto E., “La revocación de los actos administrativos por razones de ilegalidad”, *LL* 2011-F, 907.

Fiorini señalaba que “al acto irregular que vulnera bienes que corresponden a la colectividad, sea por su naturaleza, por su destino, por razones accidentales, por razones del sujeto que dispone

Por nuestra parte, habíamos señalado que los plazos con que contaba el Estado o sus entes autárquicos para demandar la nulidad de sus actos debía computarse de la siguiente manera:

- a) frente a los actos nulos de nulidad absoluta, por aplicación analógica del art. 387 del CCCN, no están sujetos a plazo alguno para ser declarados lesivos y, a su vez, el ejercicio de la acción de lesividad tendiente a obtener la nulidad judicial de aquellos es imprescriptible;
- b) si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, procedería aplicar los plazos de prescripción previstos en el CCCN, esto es, según reza el art. 2562, dos (2) años computados desde que se tuviera por notificada la declaración de lesividad la que, además, deberá efectuarse dentro de los dos (2) años de emitido el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

La situación en el régimen jurídico actual de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases

Con las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA la cuestión aquí analizada ha sido fuertemente modificada.

En efecto, conforme surge del art. 27 de la LNPA, “La acción de nulidad promovida por el Estado o sus entes autárquicos no estará sujeta a los plazos previstos en los artículos anteriores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción conforme lo establecido en el artículo 22 precedente”.

A su turno, el art. 22 de la LNPA prevé que: “El plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto”.

En otras palabras, entonces, actualmente se puede afirmar que en el marco de la LNPA según el texto de la Ley de Bases,

- a) frente a un acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular), la Administración tiene diez (10) años desde su dictado para sustanciar el procedimiento administrativo que culmina con la *declaración de lesividad* e iniciar el proceso de lesividad, pues luego de aquel término la acción de lesividad prescribe;
- b) si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, el plazo de prescripción para declarar lesivo e iniciar el proceso de lesividad es de dos (2) años desde que se emitió el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

sobre ellas [...] no podrá aplicársele la prescripción” (FIORINI, Bartolomé *Derecho Administrativo*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 590).

En igual sentido, la PTN ha sostenido que la acción para que el Estado impugne judicialmente un acto nulo de nulidad absoluta es imprescriptible (Dictámenes 167:169; 205:128; 206:228, entre otros).

Nuestra postura

a) Desde nuestro punto de vista, creemos que la actual regulación en materia de plazos para que el Estado interponga la demanda de lesividad traduce una equivocada política jurídica en la materia, pues no refleja correctamente las exigencias involucradas en el ejercicio de la función administrativa de un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien en el caso del acto administrativo anulable, entendemos que el plazo de dos años tanto para declarar lesivo el acto estable como para instar la acción desde que aquella fue dictada resulta razonable, es decir, resiste el test de razonabilidad o proporcionalidad²⁶⁹ en sus tres dimensiones o subprincipios: adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto²⁷⁰, lo cierto es que el plazo de prescripción previsto para el acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular) resulta cuestionable.

En tal sentido, antes de ahora²⁷¹, es decir, en el régimen anterior de la LNPA en donde, como vimos, por aplicación analógica del CCCN no existía plazo de prescripción para las nulidades absolutas²⁷², sostuvimos que la inexistencia de un plazo para declarar lesivo el acto y la imprescriptibilidad de la acción respondía a las exigencias axiológicas que derivan de la nulidad absoluta, cuya declaración en sede administrativa o, en su caso, su demanda judicial, se erige para la Administración en un deber inexcusable²⁷³.

269 De esa manera, y siguiendo las enseñanzas de Coviello, si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que “la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad” (COVIELLO, Pedro, “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú* (Derecho-PUCP), Lima, 2011, N° 67).

En relación con la razonabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que aquella “implica un juicio de valor” y “una conformidad con los principios del sentido común”, “siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario” (Opinión Consultiva OC 13/1993 del 16/07/1993, párrafo 33).

270 Ampliar en: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 91/92. Ver, también, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

271 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit., p. 224 y ss.

272 Conforme surge del art. 387 del CCCN, “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el 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*” (énfasis agregado).

273 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, ob. cit., T. I, p. 642; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, ob. cit., T. II, p. 650; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. 2, p. 666; GOANE, René E.,

¿Es justo que si en el ámbito de las relaciones privadas las nulidades absolutas son imprescriptibles, en el derecho administrativo, donde el interés comprometido excede el interés de las partes, pues se vela por el *interés público*, aquellas estén sujetas a un plazo de prescripción? ¿cuál podría ser la causa jurídica suficiente para sostener que un acto administrativo irregular, por el simple paso del tiempo, permanezca en el ordenamiento jurídico?

Por ello, a nuestro modo de ver, si en el ámbito del derecho privado la nulidad absoluta es imprescriptible, en el derecho administrativo, en donde el interés público es la sangre que corre por las arterias la función administrativa –lo que supone, como elemento necesariamente constitutivo de su noción, la plena vigencia del principio de juridicidad–, la nulidad absoluta debe, con mayor razón, ser imprescriptible.

Es que, en definitiva, y siguiendo el ejemplo dado al comienzo, no parece adecuado pretender que el Estado, habiéndose percatado que dictó un acto nulo, deba, por el simple transcurso del tiempo, mantenerse inerte y continuar abonando una suma de dinero sabiendo que no corresponde hasta tanto una situación de hecho lo impida pues, en rigor, aquello no sólo genera un perjuicio al erario público sino, también, al interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad.

b) De todos modos, cabe tener en cuenta que una de las características principales de la prescripción es que el Juez no puede declararla de oficio²⁷⁴ y que, por tanto, es renunciabile por las partes²⁷⁵.

“El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo constitucional y legal de la provincia de Tucumán”, en GARCÍA PULLÉS, *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)*, T. I, pp. 410/411.

Fiorini señalaba que “al acto irregular que vulnera bienes que corresponden a la colectividad, sea por su naturaleza, por su destino, por razones accidentales, por razones del sujeto que dispone sobre ellas [...] no podrá aplicársele la prescripción” (FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., T. I, p. 590).

La PTN ha sostenido que la acción para que el Estado impugne judicialmente un acto nulo de nulidad absoluta es imprescriptible (Dictámenes 167:169; 205:128; 206:228, entre otros).

274 Conforme surge del art. 2552 del CCCN, idéntico al art. 3964 del antiguo Código Civil de la Nación, “el juez no puede declarar de oficio la prescripción”.

Así, Llambías ha señalado que la prescripción no opera sino a *instancia* del deudor que es el único arbitro de decidir si quiere acogerse a los beneficios que ella le confiere y que, por tanto, el juez no puede declararla de oficio (LLAMBÍAS, Jorge, J., - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 11ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 507)

275 Cfr. art. 2535 del CCCN. Enseña Llambías que la renuncia a la prescripción “significa que es viable la renuncia al derecho de oponer una prescripción ya cumplida que ha transformado la obligación civil en meramente natural: sería una liberalidad que realizaría el deudor desprendiéndose del derecho de alegar la prescripción” (LLAMBÍAS, Jorge, J., - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...*, ob. cit., p. 529).

Por ello, e independientemente del texto de la LNPA, entendemos que el Estado, aun cuando aquella hubiera operado, no está impedido de interponer la demanda de lesividad pues, en definitiva, si quien resultara beneficiado por ella no la opusiere al momento de contestar la demanda²⁷⁶, habrá de considerarse que aquél renunció tácitamente a su articulación.

Es que, en rigor, la prescripción es una defensa del demandado y no un impedimento para accionar.

En ese orden de ideas, y en lo que al ejercicio mismo de la acción de lesividad concierne, la PTN ha manifestado que la circunstancia de que haya transcurrido el plazo de prescripción correspondiente para iniciar la acción judicial no exime, por vía de principio, el deber de los órganos competentes del Estado de iniciar la acción judicial pertinente, ya que "...aún en los casos en que la prescripción se hubiera cumplido, esta es una defensa que puede o no oponer, a su arbitrio, quien resulta beneficiario de la misma. La Administración no debe aceptarla por sí, renunciando de hecho al crédito que tiene a su favor. Corresponde al Poder Judicial considerarla en el supuesto de que sea esgrimida por el deudor en juicio..."²⁷⁷.

6.4. *Sujeto actor*

a) En los párrafos anteriores hemos conceptualizado a la acción de lesividad como aquella acción en virtud de la cual un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, solicita al órgano jurisdiccional competente la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo estable que, previamente, fue declarado lesivo al interés público en sede administrativa por razones de ilegitimidad.

De esa manera, entonces, se desprende que la acción de lesividad es una acción instituida a favor de los órganos estatales y los entes no estatales (públicos o privados), en ejercicio de función administrativa.

Ello así pues, como destacáramos en otra ocasión²⁷⁸, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia parece prevalecer el criterio que considera que todos los órganos del Estado (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), en la medida en que ejerzan función administrativa, dictan actos administrativos.

Por otra parte, de la definición propuesta se colige que también podrán ser sujetos activos en el proceso de lesividad los entes no estatales en el ejercicio de la función administrativa toda vez que, desde nuestro punto de vista, y tal

276 En efecto, conforme surge del art. 2553 del CCCN, "la prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución".

277 Dictámenes: 67:164, 72:161, citados por (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 194, nota 776.

278 COMADIRA, Fernando Gabriel, "Apuntes sobre la función administrativa...", op. cit.

como dijéramos al estudiar en profundidad la cuestión²⁷⁹, los actos dictados por aquéllos, en la medida que sean producto de la función administrativa, han de ser considerados, al menos genéricamente, actos administrativos.

Por consiguiente, cabe concluir, entonces, que el Estado nacional, las entidades descentralizadas, y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de la función administrativa, estarán legitimados para demandar judicialmente la nulidad de un acto administrativo estable –sea que esté afectado por una nulidad absoluta o una nulidad relativa– si, como vimos, ha mediado previa declaración administrativa de lesividad por razones de ilegitimidad.

b) En ese orden de ideas, resulta insoslayable señalar que el art. 1º de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, expresamente establece que cualquier órgano del Estado y, a su vez, los entes no estatales (públicos o privados) podrán ejercer función administrativa, motivo por el cual, entonces, queda claro que aquellos sujetos, cuando corresponda, deberán iniciar el proceso de lesividad.

En efecto, según surge de la norma citada, expresamente se establece que:

“a) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a:

(i) *La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales;*

(ii) *Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.*

b) También se aplicarán, en forma supletoria los títulos I, II y III a:

(i) *Los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales;*

(ii) *Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incisos (i) y (ii) del inciso a) precedente.*

c) La presente ley no se aplicará a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Los entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con

279 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit., p. 28 y ss.

el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.

d) La presente ley será de aplicación a los organismos militares y de defensa y seguridad, salvo en las materias regidas por leyes especiales y en aquellas cuestiones que el Poder Ejecutivo excluya por estar vinculados a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes u organismos” (énfasis agregado)²⁸⁰.

6.5. *Fuero competente*

En este punto, debemos tener en consideración que si la competencia del fuero contencioso administrativo no se define por la intervención del Estado en juicio ni por cuestionarse un acto administrativo, sino que lo que verdaderamente interesa es que la cuestión estuviera regida, *prima facie*, de modo preponderante por el derecho administrativo, cabe concluir que las causas que se originen en una acción de lesividad, al ser un instituto propio del derecho administrativo, deben tramitar, necesariamente, ante dicho fuero.

Por ello, como dijimos en otra ocasión²⁸¹, el principal efecto de la acción de lesividad es la paralización de la justicia con competencia en lo contencioso administrativo para juzgar de las cuestiones que de ella se deriven.

Así lo han entendido, además, aquéllos códigos contenciosos administrativos provinciales que regulan la acción de lesividad pues, en definitiva, han

280 Independientemente de nuestra opinión acerca de la aplicación de la LNPA al Poder Judicial, la que fue analizada en la obra *La Acción de lesividad*, cabe tener en cuenta que el 04/11/2024 la CSJN dictó la Acordada 34/2024 en la que hizo “saber que esta Corte comparte el criterio de actualización y modernización de las normas que rigen los procedimientos administrativos” (art. 1º), ratificó y mantuvo la “vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación, precisando que la Ley 19.549, con sus modificaciones, sólo será aplicable al ejercicio de la superintendencia de esta Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga” (art. 2º), estableció que “esta Corte llevará adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales, dictando las medidas adecuadas a este Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742)” (art. 3º) y ordenó “que la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales y eleve al Tribunal una propuesta con las modificaciones que correspondería realizar para la paulatina adaptación dispuesta en el punto 3 anterior” (art. 4º).

281 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit., p. 70 y ss.

atribuido competencia a sus tribunales locales (v.gr.: Mendoza²⁸², Corrientes²⁸³, Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁸⁴, Catamarca²⁸⁵).

6.6. *Sentencia: la cuestión en la doctrina, la jurisprudencia y en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Otro aspecto procesal a analizar es aquel que se vincula con los efectos que cabe atribuir a la sentencia que se dicta en el marco de la acción de lesividad.

Así, y continuando con el ejemplo abstracto que hemos propuesto al comienzo de este trabajo, si el juez interviniente en el proceso de lesividad hiciere lugar a la pretensión de nulidad de la Administración, ¿los efectos de la sentencia serán hacia el futuro o tendrá efectos retroactivos? ¿debe el particular devolver la totalidad de los haberes percibidos desde que se le confirió el plus hasta que se declare la nulidad judicial?

Como se ve, al concluir el proceso contencioso administrativo, el juez deberá analizar si en virtud de los hechos alegados y probados por las partes, el acto administrativo estable cuya nulidad judicial fue requerida debe ser eliminado o no del mundo jurídico.

Ciertamente, y al igual que lo que sucede en las sentencias que se dictan en las acciones de ilegitimidad, el pronunciamiento que recaiga en la acción de

282 Cfr. art. 3° del Código Procesal Administrativo de Mendoza: “Corresponde igualmente a la competencia de la Suprema Corte, el conocimiento y decisión en las acciones de lesividad interpuestas contra los actos irrevocables administrativamente cuando el órgano competente previamente los declare lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad”.

283 Cfr. art. 6° y sigs. del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes.

284 Cfr. art. 2° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Son causas contencioso-administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contencioso-administrativa y tributaria es de orden público”.

285 Conforme surge del art. 204 de la Constitución de la Provincia de Catamarca, “la Corte de Justicia decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso administrativas”. Al respecto, cabe destacar que según reza el art. 39 de la citada Constitución, “todos los habitantes tienen derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo (...) si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna”. Así, y concretamente en lo que al fuero competente en la acción de lesividad respecta, la Corte de Justicia de Catamarca ha señalado que “la acción de lesividad al no tener reglamentación específica, requiere que al articularse, se apliquen las 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 Constitución Provincial, correspondiendo aplicar a tal fin por vía analógica, las normas que reglamentan el recurso de plena jurisdicción” (Corte de Justicia de Catamarca, 18/09/2002, “Municipalidad del Departamento Santa Rosa c. Varela, Guillermo Moisés s/ Declaración de Ilegitimidad y Anulación”).

lesividad no puede modificar el acto impugnado, debiéndose limitar, en consecuencia, a declarar la nulidad del acto impugnado o, en su caso, a rechazar la acción, confirmando la validez de aquél²⁸⁶.

En efecto, aceptar que el órgano jurisdiccional competente pueda modificar el acto administrativo importa, en nuestra opinión, una clara violación del principio constitucional de división de poderes (división de funciones) pues, en definitiva, con dicha actuación la Justicia estaría asumiendo una función valorativa que no le es propia²⁸⁷ y, como ha dicho la Corte, “no corresponde a los jueces en el ejercicio regular de sus funciones sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias”²⁸⁸.

Si la sentencia desestima la acción de lesividad, la validez del acto administrativo quedará judicialmente confirmada, lo que “impedirá una ulterior declaración de lesividad sobre el mismo acto administrativo”²⁸⁹.

286 ZUNINO, Ángel, “La acción de lesividad”, *LLC* 2005, 367; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., “Acción de lesividad en Tucumán y Nación”, *RAP* 336:309, especialmente p. 324.

Así, se ha señalado que “en nuestro sistema jurídico-político, los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración en materias que son de su competencia exclusiva (...) de no ser así, los jueces se convertirían en administradores” (LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...*, ob. cit. T. 2, p. 397).

287 Como se ve, la viabilidad jurídica de aceptar que un juez pueda o no modificar el acto administrativo impugnado, guarda estrecha relación con la discusión doctrinaria y jurisprudencial generada en torno a la actividad discrecional de la Administración Pública, su control judicial y las facultades del Juez en su control: ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 493 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, T. 1, p. 99 y ss., especialmente p. 116.

288 CSJN, 05/03/2003, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos: 326:417; CSJN, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad”, Fallos: 319:3241; CSJN, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos: 316:2624; CSJN, 06/10/1992, “Construcciones Taddía SA. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro”, Fallos: 315:2217; CSJN, 13/03/1990, “Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución”, Fallos: 313:228; CSJN, 15/12/1987, “Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C”, Fallos: 310:2709; CSJN, 27/01/1987, “Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c. Gobierno nacional -Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos: 310:112, entre otros.

289 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 657; LLOBREGAT, José Garberí, “El proceso de lesividad”, en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo*, SENDRA, Vicente Gimeno - CATENA, Víctor Moreno - LLOBREGAT, José Garberí - GONZÁLEZ - CUÉLLAR, Serrano Nicolás, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 742 y ss., entre otros.

Por consiguiente, si un interés público de mayor grado exigiera un sacrificio especial²⁹⁰ de las relaciones jurídicas amparadas por los efectos del acto administrativo que fue objeto de la acción, “a la Administración no le quedaría otro camino que el de la expropiación forzosa de los derechos que en aquél tuvieron origen”²⁹¹.

Ahora bien, si el juez estimara procedente la pretensión esgrimida en la acción de lesividad, esto es, si el órgano jurisdiccional declarara la nulidad del acto administrativo estable, los efectos jurídico-procesales de dicha sentencia deberían ser los mismos que los que se atribuyen a la extinción de un acto administrativo en sede administrativa por razones de ilegitimidad pues, como destaca ARGARAÑAS, citando a Hauriou, “la anulación por el tribunal de lo contencioso produce, en principio, los mismos efectos que la revocación del acto”²⁹².

Al respecto, resulta insoslayable destacar que si bien en el texto de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de nulidad de un acto administrativo están expresamente contempladas en la LNPA, lo cierto es que durante la vigencia del texto anterior de la LNPA, ante la ausencia de una regulación específica la doctrina mayoritaria y la propia CSJN desde el célebre caso “Ganadera Los Lagos

290 Se estaría, entonces, ante un típico supuesto de responsabilidad del Estado por su acción lícito o legítimo pues, en definitiva, el sacrificio especial opera como el verdadero factor de atribución gravitante en el caso (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 357 y ss.; también en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, T. 2, p. 1523 y 1581). Actualmente, la Responsabilidad del Estado está regulada en la Ley 26.944, cuyo art. 4º establece que los requisitos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad del Estado por su actividad legítima son: “a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

291 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992, p. 489; CASSINELLO AUBAN, Emilio, “El proceso de lesividad”, *El Foro*, México D.F., Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, Vol. 1964-44, p. 85; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 656.

292 ARGARAÑÁS, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina, 1955, p. 441.

S.A.”²⁹³, habían aplicado analógicamente²⁹⁴ el régimen de invalidez contemplado en el Código Civil para los actos jurídicos²⁹⁵.

Los alcances atribuibles a la declaración de nulidad de un acto administrativo es una cuestión que ha dividido a la doctrina pues, como veremos, los efectos varían según se trate de un acto nulo o anulable²⁹⁶.

(i) *La opinión de la doctrina*

Aunque refiriéndose a los efectos de la nulidad declarada en sede administrativa, algunos autores distinguían los efectos de la anulación según el acto administrativo fuera nulo o anulable, en cuyo caso la nulidad tendría efectos *ex tunc* o *ex nunc* respectivamente (v.gr.: Marienhoff²⁹⁷, Escola²⁹⁸, Gordillo²⁹⁹, Hutchinson³⁰⁰, Berçaitz³⁰¹ y Veramendi³⁰², entre otros).

Asimismo, mientras un sector de la doctrina propone que, aún con intervención judicial, la anulación sólo puede disponerse para el futuro (GUSMAN³⁰³),

293 CSJN, 30/06/1941, “Ganadera “Los Lagos” S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos: 190:142. En igual sentido se expidió años más tarde en: CSJN, 18/08/1987, “Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín”, Fallos: 310:1578.

294 Sobre la implicancia de la analogía en el derecho, ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 14/15, nota N° 32.

295 Conforme surge del art. 390 del nuevo CCCN, “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”. (idéntica solución establecía el art. 1050 del antiguo Código Civil de la Nación).

296 Como bien apuntara Barra, no hay “norma en la ley de procedimientos administrativos que permita otorgarle efectos retroactivos a la revocación por nulidad absoluta de un acto administrativo, sino, sólo construcciones doctrinarias” (BARRA, Rodolfo C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración”, *ED* 108:586).

297 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, ob. cit., T. II, pp. 644/645.

298 ESCOLA, Jorge, *Tratado General del procedimiento administrativo*, op. cit., p. 108/109; *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, T. 1, p. 535.

299 GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., T. 3, Cap. XI-34/35.

300 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, ob. cit., p. 131.

301 BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 530.

302 VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad del acto administrativo”, en AA.VV. *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 353 y ss., especialmente p. 362. Cabe aclarar, no obstante, que el propio autor señala que dicha regla “debe ser analizada a la luz de las específicas circunstancias que se presenten en cada caso”.

303 GUSMAN, Alfredo S., “Efectos *ex nunc* y *ex tunc* de las nulidades administrativas”, en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 719 y ss.

otros entienden que la declaración de nulidad de un acto administrativo (sea absoluta o relativa) opera, en principio, retroactivamente, es decir, con efectos *ex tunc* (Comadira³⁰⁴, Cassagne³⁰⁵, Diez³⁰⁶ y Miolano³⁰⁷, entre otros)³⁰⁸.

La retroactividad que *en principio* cabe atribuir a la declaración de invalidez de un acto administrativo es una consecuencia lógica, pues, como enseña Comadira, “a una causa originaria deben, en principio, corresponder efectos también iniciales”.

Destacamos y enfatizamos que la declaración de invalidez de un acto administrativo opera retroactivamente *en principio* toda vez que, para aquellos autores, dichas consecuencias podrían atemperarse.

En efecto, Comadira enseña que si bien la anulación *ex tunc* sería la consecuencia de la lógica jurídica, en los casos de nulidad relativa “requiere ser corregida en situaciones como las que suelen presentar estos actos, por exigencias de la seguridad jurídica”³⁰⁹.

Cassagne, a quien sigue Miolano³¹⁰ y Benigno Ildarraz³¹¹, sin distinguir entre nulidad absoluta y relativa, sostiene que excepcionalmente la invalidez carecerá de efectos retroactivos “a) cuando el administrado o la Administración Pública hubieren ejecutado el acto sin conocer la existencia del vicio; b) el vicio o defecto no le fuera imputable total o parcialmente a quien se perjudica con la nulidad” y, agrega el autor, “la Administración puede renunciar –por razones de orden o

304 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 84.

305 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., T. 2, p. 679.

306 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, T. II, p. 299.

307 MIOLANO, “Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, especialmente p. 384 y ss.

308 La PTN, por su parte, ha señalado que “la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad, en el supuesto de tratarse de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable, produce efectos “ex tunc”, es decir, que éstos se retrotraen, en principio y dado el carácter del vicio, a la fecha del dictado del acto irregular”. (Dictámenes 258:252; 221:97; 217:255; 215:189; entre muchos otros)

309 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 83. Como señala COMADIRA al analizar la retroactividad contemplada en el art. 13 de la LNPA, en la revocación del acto anulable de nulidad relativa “la gravedad afectante del elemento esencial del acto no excluye la existencia de aquél y que, por ende, no cabe, en principio, considerar configurada una transgresión del ordenamiento comprometedora del interés público, es posible aceptar que se asigne a la revocación efectos *ex nunc*”. (*Ib. Ídem.*, p. 181).

310 MIOLANO, “Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad”, en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, especialmente p. 384.

311 ILDARRAZ, Benigno, “El proceso de lesividad”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 2, p. 614.

interés público— a la aplicación retroactiva de la invalidez ya que no existe norma o principio que se oponga a dicha posibilidad”³¹².

Como se ve, la solución propuesta por los autores citados pareciera encontrar su origen en la tesis propuesta por Forsthoff, quien ha precisado que “normalmente, la revocación extingue el acto administrativo ex nunc, pues se protege la confianza del destinatario en la duración del acto. Ahora bien, esta protección no se otorga al que provocó el acto aplicando medios ilícitos. Por eso en tales casos, el acto puede ser revocado con efecto *ex tunc*”³¹³.

Al referirse concretamente a los efectos de la sentencia dictada en una acción de lesividad, Zunino también precisó que los efectos del acto deben retrotraerse, en principio, al momento en que se dictó el acto que se invalida, “no obstante lo cual es preciso indagar acerca de si ha existido un obrar doloso o de mala fe por parte del beneficiario del acto anulado, ya que de no existir tal elemento subjetivo, a nuestro criterio no resulta factible retrotraer las cosas al momento del dictado del acto extinguido”³¹⁴.

(ii) *La cuestión en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Pues bien, conforme surge del art. 14 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, “la sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

La regulación transcrita resulta concordante con lo dispuesto en la última parte del primer párrafo del art. 17, según el cual “la sentencia que anule el acto tendrá el efecto previsto en el artículo 14, último párrafo”.

Asimismo, el art. 15 del texto vigente de la LNPA prevé que: “La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo”.

(iii) *Nuestra postura: la retroactividad atenuada y su recepción por la LNPA y la jurisprudencia*

a) Por nuestra parte antes de ahora hemos señalado que el principio general que debe seguirse es aquel en virtud del cual se establece que los efectos de la

312 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit. T. 2, pp. 679/680. En similar sentido: POZO GOWLAND, Héctor, “Análisis y comentarios al art. 17 de la LNPA”, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 453.; BARRA, Rodolfo C., “La nulidad del acto...”, ob. cit.

313 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1958, p. 361.

314 ZUNINO, Ángel, “La acción de lesividad”, *LLC* 2005, 367.

declaración de invalidez deben ser retroactivos a la fecha de emisión del acto viciado.

Sin embargo, y teniendo en consideración que el derecho administrativo protege intereses y valores diferentes que los salvaguardados por las normas de derecho privado, el efecto retroactivo de la invalidez de un acto administrativo no debería ser, como lo es en el Derecho Civil para los actos jurídicos³¹⁵, una regla fija y absoluta, sino que, como enseña Fiorini, “son las situaciones jurídicas las que deberán apreciarse midiendo los perjuicios que sufre el interés público o el interés de los particulares”³¹⁶.

Por ello sostuvimos que aquel principio podía atenuarse cuando estuviere comprobado que el particular beneficiario del acto declarado inválido había obrado de buena fe (es decir, cuando desconocía la existencia del vicio) y el vicio o defecto no le era total o parcialmente imputable a aquél³¹⁷.

Como se ve, el verdadero desafío estaba, y continuando estándolo, en determinar hasta qué punto puede fehacientemente afirmarse que el particular beneficiado por un acto administrativo ilegítimo ha obrado de buena fe³¹⁸.

315 Cabe recordar que, como ya se dijo, el art. 390 del CCCN prevé que: “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...” (idéntica solución establecía el art. 1050 del antiguo Código Civil de la Nación).

316 FIORINI, Bartolomé, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 269. En ese orden de ideas, se ha señalado que la adjudicación automática de efectos retroactivos a los actos que sustituyen a otros revocados por razones de ilegitimidad, “sin tener a la vista las circunstancias del caso, puede entrar en conflicto con otros principios dignos de atención (como la buena fe o la legítima confianza, que guardan estrecha vinculación con la seguridad jurídica)” (VERAMENDI, Enrique V., “La irretroactividad...”, ob. cit., p. 362).

Del mismo modo, García de Enterría y Fernández han señalado que si bien desde el punto de vista rigurosamente dogmático, los actos nulos es como si no hubieran existido nunca, lo cierto es que, de hecho, han podido producir efectos, cuya total destrucción *a posteriori* puede resultar en ocasiones materialmente injusta (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Madrid, 1997, T. 1, p. 577).

317 Por consiguiente, si el particular hubiere conocido el vicio del acto al momento de su dictado, no será necesario iniciar el proceso de lesividad pues, como se vio, la Administración podrá o, mejor dicho, deberá en el caso del acto irregular, anularlo de oficio en sede administrativa por medio del dictado de un acto administrativo anulatorio ejecutorio. En este caso, naturalmente, al haber mala fe del particular en tanto no le comunicó el vicio a la Administración, los efectos de la declaración de nulidad declarada por la Administración deberían retrotraerse al momento del dictado del acto anulado.

318 El principio general de la buena fe, plenamente aplicable en materia administrativa, independientemente de que esté o no reconocido en el derecho positivo, “informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado” (CSJN, 18/7/2002, “Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos”, Fallos: 325:1787). Ampliar en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 29 y ss.

En ese orden de ideas, cabe recordar que la anulación de un acto administrativo estable consta dos etapas: la primera se refiere a un procedimiento administrativo que culmina con el dictado de una “declaración de lesividad” y, la segunda, al proceso judicial de lesividad que finaliza con la declaración judicial de nulidad.

En consecuencia, ¿podría sostenerse que en algún momento de aquellas etapas se produjo una fecha de corte en la buena fe del administrado?

Como hemos visto, parecería ser que mientras algunos autores entienden que aquello sucedería a partir del dictado de la sentencia, otros consideran que ello ocurre con la notificación de la demanda de lesividad.

Sin embargo, en nuestra opinión, la fecha de corte en la buena fe del administrado se produce con la finalización del procedimiento administrativo previo a la instancia judicial, más precisamente, con la notificación al administrado de la declaración de lesividad, es decir, del acto administrativo impropio que declara la nulidad no ejecutoria del acto estable.

Es que, como dijimos en ocasión de estudiar en profundidad la cuestión, la impropiedad del acto administrativo que declara la lesividad deriva del efecto jurídico indirecto que aquel produce respecto del particular y que consiste, justamente, en establecer una fecha de corte en la buena fe del administrado, pues desde su notificación aquel ya no podría afirmar el desconocimiento del vicio del acto que le confirió derechos.

De esa manera, entonces, creemos que sería razonable proponer que una sentencia que hiciera lugar a la pretensión de lesividad pueda retrotraer sus efectos no al momento del dictado del acto declarado lesivo sino, antes bien, a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, solo a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe³¹⁹.

Ello no importa, claro está, que si durante el proceso de lesividad el juez tuviera por acreditada la mala fe del particular desde el dictado del acto declarado lesivo, la sentencia retrotraiga sus efectos al momento en que aquel se dictó.

Como se ve, la lógica consecuencia de la tesis aquí propuesta es que, en principio, los derechos gozados por el administrado con anterioridad a la notificación de la declaración de lesividad quedarían salvaguardados por su buena fe.

319 En similar sentido Pérez Hualde ha precisado que “desde el momento de dicha notificación de la declaración administrativa de lesividad comienzan los efectos de la posible mala fe de parte del beneficiado del acto si se produce una insistencia en el ejercicio de ese derecho “adquirido” pero atacado de nulidad por “lesivo”. Las consecuencias jurídicas sobre la propiedad de los frutos, de los intereses, y las responsabilidades por daños que pudieran sufrir esos derechos serán directamente afectados por esa fecha “de corte” hacia el futuro en caso de prosperar la acción”. (PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La acción de lesividad y los actos “inexistentes”, en AA.VV., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*, San Juan, Puerto Rico, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015. T. 2, p. 739 y ss.).

No obstante, una vez notificado de la declaración de lesividad, si bien el particular podría³²⁰ seguir gozando de los beneficios conferidos por el acto administrativo ilegítimo estable, lo cierto es que ello será bajo su cuenta y riesgo, pues si se obtuviera una declaración judicial de nulidad, aquel deberá restituir los frutos percibidos desde entonces.

La *retroactividad atenuada* de los efectos de la sentencia en el proceso de lesividad podría asimilarse, quizás, a la denominada inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal imperante en algunos países, como en Colombia, donde suele decirse que para evitar las graves consecuencias de una nulidad repentina, debe estarse a “una afable transición” de la situación de nulidad al estado de normalidad³²¹.

Doctrina que, además, parece haber adoptado nuestra CSJN al declarar la inconstitucionalidad con *efectos diferidos* de leyes o normas reglamentarias.

En efecto, de algunos precedentes de nuestro Máximo Tribunal parece extraerse la idea de que la inconstitucionalidad, en la medida en que sus consecuencias repercutan intensamente sobre el interés público, no produce abstracta y automáticamente efectos retroactivos.

De esa manera, de la lectura de algunos precedentes de la CSJN se colige que los efectos con relación al tiempo de la declaración de inconstitucionalidad de una sentencia está sujeta no sólo a la razonable ponderación de su repercusión sobre el interés público sino, también, a la valoración que el Tribunal haga de las consecuencias previsibles que se derivarán del pronunciamiento y, por consiguiente, no corresponde predicar *in abstracto* sus efectos temporales³²².

En definitiva, entonces, entendemos que la sentencia estimatoria de la acción de lesividad de un acto nulo o anulable tendrá, en principio, efectos retroactivos al momento del dictado del acto pero, no obstante, y toda vez que mediante la notificación de la declaración de lesividad se produce una fecha de corte en la buena fe del administrado, se podría aceptar que, en ciertos supuestos, los efectos de la sentencia se retrotraigan al momento en que la declaración de lesividad fue notificada al particular.

b) En nuestra opinión, las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA no distan, en este caso, del criterio que recién se expuso, esto es, de la posibilidad de otorgar a las sentencias lo que hemos denominado como una *retroactividad atenuada* en los términos recién mencionado.

320 Es que, como se verá en el punto 5.3., en nuestra opinión, ante un acto administrativo irregular, la Administración debe disponer la suspensión provisoria de los efectos del acto estable.

321 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, Colombia, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Diciembre 2004, N° 108, p. 584 y ss.

322 Ver, por ejemplo, lo resuelto en: CSJN, 20/08/2015, “Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”.

Ello así pues, como vimos, si bien el *principio general* en la LNPA es, como vimos, y en línea con nuestro criterio, que la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, lo cierto es que tales efectos podrán atemperarse “por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

En otras palabras, en nuestra opinión, cuando el tribunal disponga que por razones de equidad que los efectos de la sentencia no tendrán efectos retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo irregular, sus efectos podrán retrotraerse a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe.

Aquel fue, además, el criterio que, con cita nuestra, ha seguido el Fuero Contencioso Administrativo Federal³²³.

7. LA ANULACIÓN DE OFICIO EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE LESIVIDAD COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Finalmente, hemos de terminar esta primera aproximación al objeto de estudio señalando que, a nuestro modo de ver, tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquélla 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 discrecional³²⁴ sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio.

323 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 07/08/2024, “En - M SALUD c/ Laboratorios Bagó S.A. s/ Proceso de conocimiento” y sentencia de primera instancia: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, 29/02/2024, “En - M SALUD c/ Laboratorios Bagó S.A. s/ Proceso de conocimiento”

324 Entendida ésta como la posibilidad de elección entre actuar o no (discrecionalidad de actuación) y, en el primer caso, de optar entre varias alternativas igualmente válidas (discrecionalidad de elección).

Así lo ha entendido no sólo la doctrina mayoritaria (Comadira³²⁵, Marienhoff³²⁶, García Pullés³²⁷, entre otros)³²⁸ 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”³²⁹ 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 ejecutoriar la revocación, o bien –admitida la existencia de la ilegitimidad– deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto”³³⁰.

Por ello, consideramos encomiable la postura de la PTN esbozada en Dictámenes 318:427 al señalar que frente a un acto administrativo irregular

325 Enseña el profesor Comadira que frente a actos nulos “no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto “irregular”, dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto y sin reparar las eventualmente dañosas consecuencias ocasionadas”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 181)

326 Tal como ha precisado el autor citado, “cuando un acto administrativo adolece de un vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, ésta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes”. (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, p. 646).

327 “La Administración está obligada a revocar en sede administrativa el acto ilegítimo, aún después de notificado, salvo que estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, caso en el cual deberá –también aquí está obligada– acudir a los jueces a solicitar la declaración de nulidad a través de una acción especial, llamada “de lesividad”. (GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 287).

328 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 *status 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, pp. 146/162). En igual sentido: LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, T. 1, pp. 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)”, *LL* 1995-D, 1205.

329 Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

330 Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68.

estable se “genera el deber de iniciar una acción nulificatoria, cuyo presupuesto lógico está dado por la declaración administrativa de lesividad”.

La opinión actual del Máximo Órgano Asesor del Poder Ejecutivo de la Nación es, además, la que había sostenido en otros asesoramientos, donde precisó que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es “es una obligación de la administración”³³¹ 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”³³².

Es que, en definitiva, la declaración de nulidad, cuando corresponde, no es más que una exigencia ética del funcionario público en tanto está obligado a reivindicar, en el marco de las funciones que le son propias, el rol de la juridicidad conculcada y, eventualmente, de la moral desplazada³³³.

Por ello, bien ha señalado el profesor Comadira, que “contradice los presupuestos ético-jurídicos de un Estado de Derecho, permitir, con la omisión de declarar la nulidad de un acto, cuando ésta corresponda, la subsistencia de los efectos del acto inválido o de los aparentes derechos generados por éste”³³⁴.

b) En el caso del acto administrativo regular, en cambio, la anulación del acto en sede administrativa o, en su caso, la interposición de la demanda 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 discrecionalidad³³⁵– pues, en rigor, podrá sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA.

331 Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

332 Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68. Ver, no obstante, el criterio expuesto en el Dictamen 307:167, donde sostuvo que la “decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia”.

333 Un pormenorizado estudio del concepto y alcance del principio de juridicidad en el pensamiento del profesor y Maestro Julio Rodolfo Comadira y su impacto en los diferentes institutos del derecho administrativo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo - COMADIRA, María Victoria - HERRERO, María Cristina, “El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira”, *REDA* N° 143-255.

334 COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa” en AA.VV., *La contratación pública*, CASSAGNE, Juan Carlos - YSERN, Enrique Rivero (dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2006, T. 2, p. 637, especialmente p. 658.

335 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 Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 71 y ss.; MELAZZI, Luis

Ante el acto administrativo estable (ora regular, ora irregular), como dijimos en otras ocasiones³³⁶, el sujeto emisor de aquél no está habilitado para anularlo con efectos ejecutorios (por sí y ante sí), sino que para ello debe requerir el auxilio judicial mediante el proceso de lesividad³³⁷.

c) Más aún, si se dispusiere la anulación ejecutoria de un acto administrativo estable en sede administrativa, el acto anulatorio sería nulo de nulidad absoluta y manifiesta toda vez que, desde nuestro punto de vista, los elementos “competencia” y “objeto”, entre otros, estarían gravemente viciados.

En efecto, habría una incompetencia absoluta en razón de la materia³³⁸ que derivaría del ejercicio de atribuciones que corresponderían, en el caso, al órgano judicial pues, en definitiva, es éste quien debería anular, si correspondiere, el acto administrativo que devino en *cosa juzgada administrativa*.

No debe olvidarse que, como bien ha señalado la PTN la competencia de los órganos estatales —entendida como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal³³⁹— es un principio de la organización administrativa que reconoce como uno de sus caracteres esenciales la circunstancia de hallarse establecida en interés público por una norma estatal, de orden público inderogable³⁴⁰.

A., “Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)”, *RDA* 2010-975, especialmente p. 1001).

336 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p 90 y ss., “La suspensión de oficio de los efectos...”, op. cit.; “Algunos aspectos relacionados con la anulación de oficio...”, op. cit.; “Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina...”, op. cit.; “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad...”, op. cit., entre otros.

337 CSJN, 20/05/2003, “Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Buenos Aires”, Fallos 326:1614.

338 En efecto, y en relación con el vicio en la competencia en la razón de la materia, la doctrina ha distinguido “la incompetencia absoluta, que derivaría del ejercicio de atribuciones que corresponderían al órgano legislativo o judicial, o a otra administración pública, de la relativa que se configuraría cuando la invasión de facultades se produce en la propia persona administrativa”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 96). En similar sentido, García Trevijano Fos ha señalado que la “incompetencia puede ser absoluta o relativa. La primera se da cuando se invaden esferas de otras funciones del Estado o materias de otros órganos; lo primero se produce cuando la Administración invade la esfera de actuación del Poder Legislativo o del Judicial, o viceversa, y también cuando dentro de la Administración se violan competencias por razón de la materia”. (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 204)

339 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...*, ob. cit., T. I, p. 116.

340 Dictámenes 201:131. En ese sentido, ALESSI ha precisado que “toda competencia establecida en el terreno administrativo se ha fijado en interés público y como tal es inderogable”. (ALESSI, Renato, *Instituciones...*, op. cit., T. 1, p. 100).

Es que, como se ha postulado, la competencia es de orden público³⁴¹ e infringirla implica ilegalidad de orden público³⁴².

A su vez, el objeto del acto anulatorio estaría fatalmente viciado habida cuenta de que habría sido dictado en “violación a la ley” (art. 14 inc. *b*), entendiéndose por ley no sólo a la norma sancionada por el Congreso de la Nación sino, en rigor, al “bloque de juridicidad” al que antes hemos hecho referencia³⁴³.

De esa manera, entonces, si el objeto del acto administrativo debe respetar, entre otras cosas, la denominada cosa juzgada administrativa, el acto administrativo anulatorio estaría viciado por ignorar la estabilidad del acto administrativo anulado.

No obstante ello, la Cámara del fuero ha interpretado que declarar la nulidad judicial de un acto administrativo que dispuso la anulación de un acto administrativo estable, configura un “criterio formalista que –por otra parte– no conllevaría beneficio alguno para el actor más que postergar la resolución final del conflicto”³⁴⁴.

El razonamiento expuesto por la Cámara es, en nuestra opinión, claramente desacertado porque, por un lado, aquella tesis conlleva a que el sujeto emisor de un acto administrativo estable pueda desapegarse de la juridicidad omitiendo iniciar la correspondiente acción de lesividad, con la certeza de que ello no suscitará la nulidad del acto administrativo anulatorio, pues se lo tendrá por subsanado en una etapa judicial posterior.

Por otra parte, si se suscribiera una posición consecuente con la de la Cámara, habrá que aceptar que los derechos nacidos al amparo de un acto administrativo, si bien quedan comprendidos en el concepto de propiedad constitucional³⁴⁵, no están alcanzados por las garantías que surgen del art. 17 de nuestra

341 GORDILLO, Agustín (dir.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003, Serie Legislación Comentada, p. 63.

342 PRADO, Juan José, *Manual de instituciones de derecho público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 254.

343 Actualmente, el art. 14, inc. *b* de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece, en lo que aquí interesa, que el acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable cuando “su objeto no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho”.

344 C.N.C.A.F., Sala Nº 4, 26/03/2009, “Peña Onganía Matías Guillermo c/ EN- Mº Justicia- CSJN- Resols. 1411 y 3185 s/ Empleo Público”.

345 CSJN, 16/12/1925, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital”, Fallos: 145:307. En el fallo citado la Corte entendió que el “término propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición que su titular, disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad” (énfasis agregado). En igual sentido: CSJN, 21/12/1936, “Empresa de los

Carta Magna, de modo tal que los habitantes de la nación pueden ser privados de ella sin sentencia fundada en ley.

Si bien ante la pretensión de nulidad de un acto administrativo anulatorio ilegítimo, la Administración podría reconvenir por nulidad del acto primigenio —aunque, como lo hemos precisado en otra ocasión, previa declaración de lesividad en sede administrativa³⁴⁶—, debiéndole el juez dar “razón al particular en cuanto a la ilegitimidad del acto revocatorio y a la Administración en el objeto de su reconvencción”³⁴⁷, en modo alguno podría sostenerse, como lo hizo la Cámara, que la nulidad judicial del acto administrativo anulatorio ilegítimo configura un “criterio formalista”, no sólo por las razones antes expuestas sino, también, porque, además, la resolución judicial que decreta la nulidad de un acto administrativo por adolecer de un vicio grave y manifiesto, evita que el particular, en caso de haberlo desobedecido, sea castigado por ello³⁴⁸.

Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación. Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina. Romero, Carlos S. c/ Pcia”, Fallos: 176:363, entre otros.

346 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 94 y ss.

347 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, op. cit., T. I, p. 381. Ver, también, MACAREL, “La revocación de actos administrativos afectados de nulidad absoluta en la jurisprudencia de la Corte”, LL 1992-E, 993.

348 En efecto, si la obligatoriedad del acto administrativo deriva de la presunción de legitimidad, es más que razonable concluir que si el acto administrativo carece de presunción de legitimidad, aquel no será obligatorio, pudiendo el particular desobedecerlo por su cuenta y riesgo, aunque, claro está, a partir de diversos momentos, dependiendo de si el vicio es manifiesto o no.

En ese sentido, Comadira señalaba que la principal consecuencia de la carencia de presunción de legitimidad “es la posibilidad que se abre al particular para desobedecer válidamente el acto que denote esa ausencia; inicialmente, si el vicio es manifiesto o, partir de su comprobación, si se trata de un vicio grave sólo evidenciado con posterioridad”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 140). En similar sentido puede consultarse: GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, T. 3, V-15; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, ob. cit., p. 224 y ss.; MONTEQUÍN, Marina Ávila, “Las nulidades manifiestas y no manifiestas”, en A.A.V.V., *Acto Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 555 y ss.; SEIJAS, Gabriela, “La ejecutoriedad del acto administrativo”, ambos trabajos publicados en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 133/134 y 203/218, respectivamente. También: DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, T. II, 1976, 2ª ed., p. 291, aunque aclara “...salvo que la ley en forma expresa o razonablemente implícita exigiera su cumplimiento”.

Por lo demás, entendemos que la solución propuesta se condice con lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal *in re* “Barraco Aguirre”, pues allí se señaló que “el acto administrativo bajo examen no carecía de la correspondiente presunción de legitimidad y, por tanto, el Dr. Barraco Aguirre debió acatarlo y prestar los servicios respectivos, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho”. (CSJN, 11/12/1980, “Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 302:1503, consid. 7º).

Por consiguiente, en nuestra opinión, el acto administrativo que dispone la anulación ejecutoria de un acto administrativo estable en sede administrativa es nulo, de nulidad absoluta, manifiesta e insanable³⁴⁹.

Ello, sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades patrimoniales y disciplinarias que el acto anulatorio ilegítimo pueda generar para el agente emisor³⁵⁰ pues, como bien apunta Gordillo³⁵¹, el funcionario que ejecuta un acto nulo “incurre por su parte en irregular cumplimiento de sus funciones y se crea a sí mismo responsabilidad civil por el daño que ocasione” y en consecuencia, como destaca Hutchinson, “debe sancionarse disciplinariamente al agente que revocó el acto en violación de lo dispuesto por la norma”³⁵².

8. ¿PODRÍA LA ADMINISTRACIÓN INAPLICAR LA NORMA POR CONSIDERARLA INCONSTITUCIONAL?

- a) Finalmente, y teniendo en cuenta que algunas de las disposiciones previstas en el nuevo texto de la LNPA son, a nuestro modo de ver, manifiestamente inconstitucionales por cuanto cercenan arbitrariamente potestades propias del Poder Ejecutivo (v.gr.: inviabilidad jurídica de suspender de oficio el acto irregular estable, entre otras), cabe preguntarse si, eventualmente, aquel puede inaplicarlas.
- b) Si bien por su extensión, alto grado de complejidad y discutibilidad jurídica, no es ésta la oportunidad de analizar en profundidad la problemática recién mencionada, en esta ocasión solo diremos que antes de ahora hemos adherido³⁵³ a la postura de aquellos autores que, aunque con matices³⁵⁴, sostienen que

Como fácilmente podrá advertir el lector, una interpretación a *contrario sensu* del fallo citado lleva a sostener que si el acto administrativo hubiere carecido de presunción de legitimidad, el particular podría haberlo desobedecido válidamente. La cuestión puede ampliarse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, op. cit., p. 325 y ss.

349 Barra, por su parte, ha precisado que “la revocación dispuesta en sede administrativa, en contra del principio anterior –refiriéndose a la estabilidad excepcional que confiere el art. 17 al acto administrativo irregular– configura, a su vez, un acto viciado de ‘ilegalidad manifiesta’, que abre la vía de la acción de amparo”. (BARRA, Rodolfo C., “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración”, *ED* 108:586).

350 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, Ob. cit., p. 212; DE ESTRADA, Juan Ramón, “La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular”, *LL* 1976-D, 820; MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, Vol. I, p.793.

351 GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, ob. cit., T. 3, V-50.

352 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...*, ob. cit., T. 1, p. 381. Es que, como señala Revidatti, “se debe sancionar al funcionario abusivo”. (“Acción de lesividad”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1996, Apéndice VII, p. 4).

353 COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2024, p. 409 y ss.

354 Ver: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 430/431; QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICA CELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*,

ante una norma que vulnera la Constitución, el Poder Ejecutivo de la Nación podría *inaplicarla* por inconstitucional o inconvenional.

Aquel criterio es, por cierto, el que actualmente sostiene la PTN³⁵⁵ y que, recientemente, ha ratificado en Dictámenes IF-2024-117299742-APN-PTN del 24/10/2024.

Más aún, coincidimos con quienes han señalado que la facultad de inaplicar una norma por inconstitucional o inconvenional constituiría una potestad inherente del Poder Ejecutivo³⁵⁶.

Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, T. I, p. 560; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “Principios y alcances del control constitucional” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, pp. 339/346; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, T. 1, p. 240; COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, *REDA* N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., T. I, p. 172 y ss.; BDEGAIN, Carlos María, “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro”, en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, p. 34; ÁLVAREZ, Fernando D., “La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam M., *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 20/21; CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, *LL* 2012-D, 1340; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 3 y ss.; VILLARRUEL, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 415/421; SOLA, Juan V., *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2002, p. 238/241, entre otros.

En contra de aquella posibilidad puede verse, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., T. 1, p. VII-16, nota 41 (no obstante la actual postura del autor citado, es dable destacar que en un comienzo aquel se pronunciaba a favor del apartamiento por parte del Poder Ejecutivo de la ley inconstitucional si aquella incompatibilidad estaba razonablemente demostrada (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2009, 10ª ed., T. I, p. VII-14/15, en especial nota 39); LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 142; GELLI, María A., *Constitución...*, cit., T. 2, p. 480 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La jefatura administrativa del presidente de la Nación”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 233; SORIA, Daniel F., “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, t. 1, p. 836; RENNELLA, María Paula, “Facultades del Poder Ejecutivo ante una ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro”, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 45; entre muchos otros.

355 Dictámenes 309:253; 251:339; 242:626; 186:140; 176:116; 128:282; 159:83, entre otros.

356 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 20.

Es que si tenemos en consideración, por un lado, que la finalidad inmediata de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa es, como vimos, la consecución de directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad y, por otra parte, que la Constitución Nacional establece que esta es superior a todas las leyes (art. 31), siendo obligación del Presidente de la Nación observarla y hacerla observar (art. 93), resulta más que razonable que, ante una norma que conculca la Constitución, el Poder Ejecutivo la *inaplique* por inconstitucional o inconvenional.

Si el Poder Judicial es quien tiene reservado para sí ejercer el control de constitucionalidad en “última instancia”³⁵⁷, no encontramos razones suficientes para privar de aquel control a instancias anteriores, como ser, en el caso, la administrativa, entendiéndose, claro está, que la revisión final de esa decisión la tendrá el Poder Judicial³⁵⁸.

Parecería poco prudente pretender que el Poder Ejecutivo sea un simple aparato de ejecución automática de las normas y, por ello, sostenemos que ante una norma inconstitucional o inconvenional, el poder administrador está jurídicamente legitimado y obligado a *inaplicarla*, toda vez que, en definitiva, con ello no se hace más que cumplir con la Constitución Nacional y con los derechos y garantías que de allí emergen.

En otras palabras, si la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público, y este supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico (v.gr.: juridicidad³⁵⁹), es claro que constituye una potestad inherente del Poder

357 CSJN, 08/11/1967, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta”, Fallos: 269:243, especialmente consid. 6 donde expresamente se dijo que “...el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo...”.

358 Al respecto, cabe señalar que el Poder Ejecutivo no sería el único órgano estatal que, además del Poder Judicial, podría ejercer un control de constitucionalidad de las normas.

Como bien han señalado Castro Videla, Alfonso Santiago y Veramendi, pareciera ser que el Poder Legislativo también ejercería aquel control cuando, por ejemplo, en el marco de la Ley 26.122 a la que nos referiremos más adelante, se expide sobre la validez de un reglamento delegado, de necesidad y urgencia o un decreto de promulgación parcial de leyes. Es que, como señalan aquellos autores, “corresponde afirmar que tal como ha quedado diseñado por esa ley complementaria, lo que realizan ambas Cámaras del Congreso, contando con el dictamen previo de la Comisión Bicameral Permanente, es, en buena medida, un control de constitucionalidad de la legitimidad de origen de algunos actos normativos del presidente” (SANTIAGO, Alfonso (h) - VERAMENDI, Enrique - CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 203).

359 En tal sentido, cabe recordar lo apuntado en el punto 2.4. del presente trabajo, en cuanto a que el Poder Ejecutivo está subordinado de manera absoluta a todo el ordenamiento jurídico, que abarca desde 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 de la Nación, a los principios que surgen

Ejecutivo inaplicar una ley inconstitucional o inconvenional pues, de lo contrario, estaría yendo en contra de su propia finalidad que, insistimos, consiste en la consecución directa e inmediata del interés público o bien común.

Destacamos y enfatizamos el término *inaplicar* pues, como veremos luego, actualmente la jurisprudencia de la CSJN y la mayoría de la doctrina admite, en criterio que compartimos, aunque con ciertos matices, que en determinadas ocasiones la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos *erga omnes*, en nuestra opinión aquella inconstitucionalidad con efectos generales solo puede provenir del Poder Judicial.

De allí que, entonces, utilicemos la expresión “inaplicar” en lugar de “deklarar”, pues debe quedar en claro que la abstención de aplicar o ejecutar la ley solo tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes* o derogatorios³⁶⁰.

Por ello, en definitiva, creemos que si el Poder Ejecutivo fundadamente considera que se está en presencia de una norma que de manera razonablemente ostensible o evidente viola la Constitución Nacional –es decir, que excede el marco de la mera opinabilidad–, aquel debe inaplicarla, pues ello constituye un poder ínsito o inherente a la función administrativa.

Asimismo, la potestad del Poder Ejecutivo de no aplicar o, lo que es lo mismo, no ejecutar la norma inconstitucional o inconvenional, puede derivar no solo de su propia opinión en los términos recién expuestos –esto es, una valoración fundada de una norma manifiestamente inconstitucional– sino, además, cuando así la hubiera declarado previamente la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada por instancias anteriores.

La inaplicabilidad de la norma, además, no se reduce únicamente a los supuestos en los que con ella se ven cercenadas facultades propias de la Administración

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 y a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad.

360 En ese orden de ideas, el profesor Comadira en los trabajos antes citados había señalado que no se lograba advertir “...cuál sería la diferencia entre la ‘declaración de inconstitucionalidad de la ley’ pronunciada por el órgano judicial y la ‘abstención de la aplicación de la ley considerada inconstitucional’ por el órgano administrativo”, pero, agregaba, y esto es fundamental, “...en la medida en que, en ambas situaciones, el efecto es la inaplicación de la ley en el caso concreto”. (COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, *REDA* N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, pp. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 172 y ss.). En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 26.

sino que abarca, además, aquellos casos en los que se vulneran derechos de los particulares o se atenta contra algún texto o principio constitucional³⁶¹.

Al igual que lo ha sostenido un sector de la doctrina, entendemos que la decisión debería emanar de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo o, al menos, contar con su autorización expresa quien, además, coherentemente con la gravedad institucional de la medida autorizada o adoptada, debería remitir al Poder Legislativo el correspondiente proyecto derogatorio³⁶².

Finalmente, y en virtud de la relevancia institucional de la decisión, consideramos prudente que previo al dictado del acto administrativo respectivo, tome intervención la PTN para que, en su carácter de máximo órgano asesor, se expida sobre la constitucionalidad o inconvencionalidad de la norma cuestionada³⁶³.

c) En definitiva, y teniendo en consideración, por un lado, que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer directa e inmediatamente el interés público, el que supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico y, por otra parte, que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, entendemos que ante una norma que vulnera la Constitución o la

361 COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, *REDA* N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, pp. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 172 y ss. En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 20.

362 *Ibidem*. En el ámbito de la doctrina también se analizó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo plantee la inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, arribándose a la conclusión de que, a diferencia de lo que sucede en varios ordenamientos provinciales, en los que la constitución local faculta al Poder Judicial a entender en conflictos entre poderes, a nivel nacional no existe una habilitación constitucional de ese tipo, lo que dificultaría el reconocimiento de legitimación activa en el Ejecutivo en una acción judicial contra el Legislativo por la ilegitimidad de la ley por él dictada (VILLARRUEL, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional”, op. cit.; ÁLVAREZ, Fernando D., “La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública”, op. cit.).

El último autor citado, tras diferenciar si el control de constitucionalidad es efectuado por la Administración activa o cuando aquella actúa ejerce en el marco de funciones “cuasi-jurisdiccionales” (tribunales administrativos), sostuvo que en el primer supuesto debería crearse legislativa o pretorianamente (como ocurrió con el amparo) una acción declarativa directa de inconstitucionalidad cuyos legitimados sean el Poder Ejecutivo y la Administración, de modo que en lugar de inaplicar las leyes *per se* activen este mecanismo tendiente a suscitar una decisión judicial con esos efectos generales. Por otro lado, cuando la Administración actúa en ejercicio de funciones “cuasi-jurisdiccionales” –lo cual implicaría que el órgano goza de garantías de independencia similares a las de un tribunal que integra el Poder Judicial–, el autor sostiene que se podría ejercer el control de constitucionalidad ceñido a los mismos límites que los tribunales judiciales con la única limitación adicional de estar sometido a control judicial suficiente.

363 *Ibidem*.

Convención Americana de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus potestades inherentes, debería inaplicarla.

Constituye un deber de todo funcionario público optar siempre por dar prioridad a la Constitución Nacional en desmedro, si fuere necesario, de la ley inconstitucional que solo en apariencia requiere de su ejecución, ya que la prelación jerárquico-normativa que marca el art. 31 de la Ley Fundamental es el fundamento de la potestad administrativa de inaplicar la ley inconstitucional³⁶⁴.

9. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES FINALES

a) A modo de síntesis de todo lo visto a lo largo de este trabajo bien podemos señalar que:

- Según fuera visto en el punto 2:
 - i) De acuerdo con el *criterio objetivo* para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, correspondiendo 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.
 - ii) En el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado;
 - iii) 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, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.
 - iv) El principio de *juridicidad* supone el sometimiento de la Administración Pública a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a los principios generales del derecho –esto es, *aquellos que derivan de la dignidad de la persona* y

364 Ver, en tal sentido, la Resolución SIGEN 6/2003 del 17/01/2003.

Una cuestión interesante se plantea con relación al Tribunal Fiscal de la Nación, pues según surge del art. 185 de la Ley 11.683, “la sentencia no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación”. La cuestión la hemos analizado en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2024, p. 413, especialmente nota N° 978.

de la naturaleza objetiva de las cosas—, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos, los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, y ciertos contratos administrativos.

- De acuerdo con lo analizado en el punto 3:
 - i) La *función administrativa* consiste en satisfacer *el interés público de manera directa e inmediata*;
 - ii) La plena vigencia del principio de *juridicidad* aparece como un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario*;
 - iii) La anulación de oficio del acto administrativo y, en su caso, la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, constituye un *poder inherente a la función administrativa*;
 - iv) La existencia de poderes inherentes no genera, por sí sola, la *inconstitucionalidad* de las normas que pretenden regularlos;
 - v) la reglamentación de los poderes inherentes no puede incurrir en *irrazonabilidad*, es decir, cercenar en forma arbitraria aquellos poderes, como sucedería si ejercicio fuera prohibido en toda circunstancia.
- Conforme fuera estudiado en el punto 4, el art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece:
 - i) El *principio general* es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto. En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.
 - ii) Asimismo, y no obstante aquel *principio general*, lo cierto es que la LNPA otorga al acto administrativo irregular una *estabilidad excepcional*, es decir, veda a la Administración de anularlo de oficio con efectos ejecutorios, cuando el acto fue “notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto”.
 - iii) No obstante, aun cuando el acto administrativo hubiera adquirido aquella *estabilidad excepcional*, si la anulación del acto “del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario”, la Administración podrá declarar la nulidad ejecutoria del acto administrativo de que se trate.
 - iv) En nuestra opinión, e independientemente de lo previsto en el art. 17 de la LNPA, sostenemos que el hecho de que los derechos subjetivos emanados de un acto o contrato administrativo irregular ya se hubieren ejercido o cumplido de forma inmediata, no obsta a que aquel, de ser procedente, sea anulado de oficio con efectos ejecutorios en sede administrativa o, en su caso, a que se inicie el correspondiente proceso de lesividad pues, en

definitiva, si se anula el acto o contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes y, con ello, el alcance de estas.

- v) Desde nuestra visión, el alcance del término “dolo” utilizado por la LNPA como supuesto para que la Administración también pueda –en nuestra opinión, “deba”– anular de oficio el acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, debe ser entendida en sentido amplio y/o genérico, es decir, comprensivo tanto del dolo por acción como por omisión (v.gr.: omisión dolosa).

Ello así pues la *omisión dolosa* constituye un claro ejemplo de mala fe del particular manifiestamente contrario a lo dispuesto en el art. 1° *bis* del actual texto vigente de la LNPA que, como fuera adelantado, expresamente menciona a la *buena fe* como principio general del procedimiento administrativo y, más específicamente, requiere que “tanto la Administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos”.

La buena fe del particular exige que, en el caso, aquel brinde a la administración toda la información relevante para el dictado del acto administrativo y no que, por el contrario, el particular guarde silencio o se mantenga inerte frente al error en el que la Administración probablemente incurra.

Naturalmente, la mala fe del particular, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración que habilitará a la Administración a declarar la nulidad con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, deberá tener como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica.

- vi) Como la anulación de oficio del acto administrativo irregular se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación con efectos ejecutorios deberá *a)* ser dictado por la autoridad *competente*, *b)* aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); *c)* respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); *d)* respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; *e)* estar debidamente *motivado*; *f)* haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7°, inc. *f* de la LNPA).

- Sobre la base de lo analizado en el punto 5 del presente, se concluye que:
 - i) Antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, la mayoría de la doctrina, la PTN y la jurisprudencia se pronunciaban a favor de la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, es decir, en la procedencia de que la Administración suspensa provisoriamente los efectos del acto administrativo que no puede anular con efectos ejecutorios.
 - ii) A partir de la nueva redacción de la LNPA, el art. 17 expresamente prevé que “no podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando no se admita su revocación en dicha sede”.
 - iii) En nuestra opinión, los órganos estatales o, en su caso, los entes no estatales en ejercicio de función administrativa, pueden y deben suspender por sí y ante sí los efectos de aquellos actos administrativos irregulares que, por gozar de la estabilidad excepcional que concede el art. 17, no pueden anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa.

La suspensión de oficio del acto administrativo estable debe disponerse por un plazo breve, condicionándose a la inmediata interposición de una medida cautelar pues, de lo contrario, la Administración podría estar incurriendo, quizás, en una suspensión *sine die*, o, lo que es lo mismo, en una anulación encubierta.

La fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable opera como una *condición resolutoria*, esto es, aquella que condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto que, en nuestro caso, sería la interposición de la medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad.

Si bien al estudiarse la teoría del acto administrativo en general se sostiene que la “condición resolutoria” opera como un “elemento o cláusula accesoria o accidente” del acto, lo cierto es que la doctrina entiende que los elementos accidentales dejan de ser tales para convertirse en esenciales, con los efectos consiguientes en cuanto a la validez del acto que las contiene, cuando ellos sean inherentes al respectivo acto, porque de ser así se trataría, en realidad, de elementos constitutivos del objeto normal de éste.

En nuestro caso, la legitimación de la suspensión o paralización provisoria del acto administrativo estable proviene de su vinculación temporal inmediata con la interposición de la medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda judicial de nulidad la que, si no es interpuesta dentro del plazo razonable aludido, se torna en ilegítima y, en consecuencia, los efectos jurídicos del acto suspendido recuperan su plena vigencia.

En consecuencia, entendemos que la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable se erige

como un elemento esencial del acto administrativo que dispone la suspensión pues, su incumplimiento, torna en antijurídico el objeto de la declaración.

- Según fuera expuesto a lo largo del punto 6:
 - i) La acción de lesividad es aquella en virtud de la cual un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, solicita al órgano jurisdiccional competente la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo estable que, previamente, fue declarado lesivo al interés público en sede administrativa por razones de ilegitimidad.
 - ii) El objeto de la pretensión consiste en obtener la nulidad judicial del acto administrativo irregular estable, es decir, aquel que en virtud de la estabilidad excepcional otorgada por el art. 17 de la LNPA no puede ser anulado con efectos ejecutorios por la propia Administración.
 - iii) La admisibilidad de la pretensión anulatoria del Estado está condicionada al previo agotamiento de la vía administrativa, lo que se logra luego de tramitar un procedimiento que culmina con la declaración de lesividad, y que se interponga la demanda dentro de los plazos de prescripción contemplados en el art. 22 de la LNPA.

En este último sentido, según se desprende de la nueva redacción de la LNPA, *a)* frente a un acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular), la Administración tiene diez (10) años desde su dictado para sustanciar el procedimiento administrativo que culmina con la *declaración de lesividad* e iniciar el proceso de lesividad, pues luego de aquel término la acción de lesividad prescribe; *b)* si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, el plazo de prescripción para declarar lesivo e iniciar el proceso de lesividad es de dos (2) años desde que se emitió el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

- i) En el ámbito del derecho administrativo nacional, el fuero competente en la acción de lesividad es el fuero contencioso administrativo federal
- v) En relación con la sentencia que se dicte en el proceso de lesividad, cabe tener en cuenta que según lo dispuesto en el último párrafo del art. 14 de la LNPA, aquella “tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

En nuestra opinión, las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA parecieran recoger nuestro criterio acerca de la posibilidad de otorgar a las sentencias lo que hemos denominado como una *retroactividad atenuada* en los términos recién mencionado.

Ello así pes, como vimos, si bien el *principio general* en la LNPA es, como vimos, y en línea con nuestro criterio, que la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, lo cierto es que tales efectos podrán

atemperarse “por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

En otras palabras, en nuestra opinión, cuando el tribunal disponga que por razones de equidad que los efectos de la sentencia no tendrán efectos retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo irregular, sus efectos podrán retrotraerse a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe.

- De lo enunciado en el punto 7 se concluye que tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquélla 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.
- Por último, en el punto 8 vimos que si se tiene en consideración, por un lado, que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer directa e inmediatamente el interés público, el que supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico y, por otra parte, que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, ante una norma que vulnera la Constitución o la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus potestades inherentes, debe inaplicarla.

b) Finalmente, y a modo de reflexión, en esta oportunidad solo queremos recordar que, como precisó Prosper Weil, el derecho administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, una disciplina que aspira a ser instrumento de libertad y, a la vez, garantía de acción administrativa³⁶⁵.

El principal desafío que existe para todo administrativista es, sin duda, lograr un equilibrio en la valoración de las exigencias de la relación jurídico-administrativas³⁶⁶, entre las prerrogativas y las garantías, el poder y la libertad.

Naturalmente, cuando señalamos que aquel es el gran desafío de los administrativistas nos referimos no solo a los *juristas* que se dedican al estudio y al cultivo del derecho administrativo sino, también, a los *legisladores*, que son quienes

365 WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Madrid, Cívitas, 1986, p. 51.

366 Así, se ha señalado que “en último término, todos los problemas jurídico-administrativo consisten –y esto conviene tenerlo bien presente– en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, ob. cit., T. 1, p. 45).

tienen la responsabilidad de instrumentar las normas jurídico-administrativas, y a los *operadores jurídicos* que, en el ámbito de la Administración Pública, son los funcionarios y asesores y, en la justicia, los jueces, pues estos últimos, en nuestro sistema, están llamados a decidir con fuerza de verdad legal todos los conflictos, entre ellos, los jurídico administrativos.

Así, pues, si entendemos que el derecho administrativo no debe ser ni lo suficientemente individualista como para paralizar el servicio público, ni lo suficientemente estatista como para desconocer los derechos subjetivos del particular³⁶⁷, creemos que la mejor forma de alcanzar ese equilibrio es, como el profesor Julio Rodolfo Comadira, adhiriendo “a una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual”³⁶⁸.

En tal sentido, si de algo estamos convencidos, es que las soluciones aquí propuestas no son más que un intento honesto y desinteresado que responde a la búsqueda de ese imperativo de ecuanimidad, y que tiene como norte el restablecimiento del principio de juridicidad donde, como señalaba mi padre, el Maestro Julio Rodolfo Comadira, el respeto de la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales refulge por su importancia.

FERNANDO GABRIEL COMADIRA

Es Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral de la que se egresó con Medalla de Oro al mejor promedio y premio a la mejor tesis de su promoción. Diplomado en Contrato Administrativo de Obra Pública por el FECIC. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Docente de Derecho Administrativo en las carreras de grado en la Universidad Austral y en la Pontificia Universidad Católica Argentina y de posgrado en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (en las materias Contratos Administrativos y Control Judicial de la Administración Pública), en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la carrera del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y en distintas especializaciones, cursos profundizados y diplomaturas. Autor de diversas publicaciones sobre la materia. Expositor en congresos vinculados con el derecho administrativo y constitucional. Integra el Estudio Comadira - Abogados. Fue

367 GARRIDO FALLA, Fernando, “La Administración y la Ley”, *Revista de la Administración Pública*, N° 6, Madrid, 1951, p. 125 y ss., especialmente p. 129.

368 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, ob. Cit., p. 754.

asesor legal en la Dirección General de Sumarios de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y asesor externo de la Subsecretaría de Energías Renovables de la Secretaría de Energía de la Nación y del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FISCALISTAS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL