

# 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

COMADIRA, Fernando Gabriel

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1- INTRODUCCIÓN</b>   | <b>1</b>  |
| <b>2- CUESTIONES INTRODUCTORIAS</b>  | <b>2</b>  |
| 2.1.) LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO   | 2         |
| 2.2.) LA ANULACIÓN DE OFICIO EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE LESIVIDAD COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN  | 3         |
| <b>2) LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN DE LESIVIDAD: CONSOLIDACIÓN DE UNA DOCTRINA</b>  | <b>5</b>  |
| 3.1.) FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD.  | 6         |
| <b>4) LA SUSPENSIÓN DE OFICIO DE LOS EFECTOS DEL ACTO IRREGULAR ESTABLE.</b>   | <b>8</b>  |
| 4.1.) LA OPINIÓN DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN: LA SITUACIÓN ACTUAL A PARTIR DEL DICTAMEN 307:167.   | 9         |
| 4.2.) FUNDAMENTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO DEL ACTO IRREGULAR ESTABLE EN SEDE ADMINISTRATIVA.  | 11        |
| 4.2.1) <i>La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como potestad inherente a la función administrativa.</i>  | 11        |
| 4.2.2) <i>La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable y su reconocimiento expreso en el art. 12 de la LNPA.</i>   | 12        |
| 4.2.3) <i>El art. 17 in fine de la LNPA y su correcta interpretación.</i>  | 14        |
| 4.3) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR ESTABLE: GARANTÍAS CONTRA LA SUSPENSIÓN ARBITRARIA.  | 15        |
| 4.3.1.) <i>Improcedencia de la suspensión sine die de los efectos del acto administrativo estable: la necesaria interposición de una medida cautelar, antes o simultáneamente con la demanda de lesividad.</i> | 18        |
| <b>5- CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES.</b>  | <b>21</b> |

## **1- Introducción**

Las cuestiones centrales debatidas en el dictamen en comentario radican en dos aspectos que, en nuestra opinión, resultan ser los más apasionantes del Derecho Administrativo y, dentro de éste, de la teoría del acto administrativo: por un lado, la “declaración de lesividad” como presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad y, por el otro, “la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable”.

Por nuestra parte no solo hemos dedicado más de un trabajo específico a dichos temas<sup>1</sup>, sino que, además, los estudiamos en profundidad en una obra jurídica dedicada

---

<sup>1</sup> 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*

exclusivamente a la cuestión<sup>2</sup>. En consecuencia, sugerimos a todos aquellos que quieran profundizar en tan interesantes cuestiones no solo la lectura de aquellos trabajos sino, también, los que allí se citan.

Por consiguiente, en esta oportunidad nos limitaremos a analizar cuál es la doctrina que surge del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) y, en su caso, si resulta compatible con las ideas que hemos volcado en los estudios antes mencionados.

Dicho eso, adelantamos que si bien las consideraciones que hemos expuesto en los trabajos citados resultan, en mayor o menor medida, compatibles con la doctrina que surge del dictamen comentado, creemos necesario repasar, al menos brevemente, las razones en virtud de las cuáles sostenemos, en línea con las conclusiones a las que arribó la PTN, que:

- a- La declaración de lesividad constituye un presupuesto lógico de admisibilidad de la pretensión de lesividad
- b- Ante un acto administrativo irregular estable el sujeto emisor –o, en su caso, un órgano superior- está obligado a suspender, bajo ciertas condiciones, sus efectos.

## **2- Cuestiones introductorias**

### **2.1.) La estabilidad del acto administrativo**

En ciertos supuestos, el acto administrativo de alcance particular portador de un vicio grave o leve deviene en “estable” o, en términos de la CSJN, hace a “cosa juzgada administrativa” y, por consiguiente, no puede ser revocado –para nosotros anulado<sup>3</sup> – en sede administrativa<sup>4</sup>.

Si bien, como ya dijéramos, la estabilidad del acto administrativo la hemos analizado detenidamente en otra ocasión, razón por la cual a aquel estudio nos

---

*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, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2017, p. 35 y ss.; 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, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 361 y ss.

<sup>2</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, *en prensa*.

<sup>3</sup> Es que, tal como hemos señalado en otra ocasión, en nuestra opinión, y siguiendo el denominado “criterio objetivo” para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, 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 (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.).

<sup>4</sup> El término “cosa juzgada administrativa” ha sido criticado por distintos autores. Ver, por todos, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, segunda edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 106 y ss.

remitimos<sup>5</sup>, en esta oportunidad resulta necesario recordar, al menos sintéticamente, que:

- a- 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, anularse), 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*”, **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.
- b- el acto administrativo *irregular* –es decir, el acto nulo afectado de “*nulidad absoluta*” por carecer de alguno de sus elementos esenciales o, alguno de ellos, padecer un vicio grave– **debe** anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad. No obstante, el acto irregular **adquirirá estabilidad** cuando esté firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, **a menos que** el particular hubiere conocido el vicio del acto, la anulación lo favorezca sin causar perjuicio a terceros o el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario<sup>6</sup>.

## 2.2.) La anulación de oficio en sede administrativa y la interposición de la demanda de lesividad como deber de la Administración

Entendemos 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<sup>7</sup> sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> COMADIRA, Fernando G., “Anulación del acto administrativo irregular...”, ob. cit., p. 39 y ss. Más recientemente en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

<sup>6</sup> Estas últimas excepciones (v.gr.: 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) que, como vimos, están previstas para el acto regular en el art. 18, 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).

Así lo ha entendido, además, no solo la mayoría de la doctrina (por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 218) sino, también, la CSJN (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) y la PTN (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; 305:514; 306:382, entre otros).

<sup>7</sup> 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).

Por ello, no compartimos la postura expuesta por la PTN en el dictamen que comentamos, en tanto señala que la “*decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia*”.

Antes bien, creemos que la correcta doctrina es la que ese mismo Órgano Asesor había sostenido en otros asesoramientos, donde precisó que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es “*es una obligación de la administración*”<sup>9</sup> 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*”<sup>10</sup>.

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 desplazada.

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*”<sup>11</sup>.

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 discrecionalidad<sup>12</sup> – pues, en rigor, podrá sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA

Ante el acto administrativo estable (ora regular, ora irregular), como dijimos, 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 lesividad<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Así lo han entendido, entre otros autores, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 181); MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Cuarta Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo 2, 1993, p. 646; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 287.

<sup>9</sup> Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

<sup>10</sup> Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68.

<sup>11</sup> 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 –Directores–, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo 2, p. 637, especialmente p. 658.

<sup>12</sup> 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, “¿Cuándo el particular ‘conoce el vicio’ del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Suplemento de Derecho Administrativo de elDial.com, elDial.com DC20C; MELAZZI, Luis A., “Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)”, RDA 2010–975, especialmente p. 1001).

<sup>13</sup> CSJN, 20/05/2003, "Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Buenos Aires", Fallos 326:1614.

Ahora bien, y teniendo en consideración que el dictamen que aquí comentamos se refiere exclusivamente a un supuesto de un acto administrativo irregular, las conclusiones a las que aquí arribemos se limitaran a dichos supuestos, es decir, al caso de los actos administrativos nulos de nulidad absoluta (v.gr.: irregulares).

## **2) La declaración de lesividad en sede administrativa como presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad: consolidación de una doctrina**

En ocasión de analizar con más profundidad el tema, 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.*

Sin perjuicio del análisis que merece aquel concepto<sup>14</sup>, en esta oportunidad solo nos detendremos a analizar uno los temas aquella definición encierra y que fuera objeto del dictamen aquí analizado: la declaración de lesividad en sede administrativa como presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad<sup>15</sup>.

Es que, en definitiva, del concepto que hemos adoptado de “acción de lesividad” surge que para obtener la nulidad judicial de un acto administrativo estable (ora regular, ora irregular), éste debe previamente ser *declarado lesivo al interés público en sede administrativa.*

En consecuencia, bien puede señalarse que la anulación de un acto administrativo estable constará de dos etapas: la primera se refiere a un procedimiento administrativo que culminará con una “declaración de lesividad”, la segunda, a la intervención del sujeto emisor del acto administrativo estable como parte actora en el proceso contencioso administrativo<sup>16</sup>.

Si bien Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA) no prevé expresamente la necesidad de una “declaración de lesividad”, lo cierto es que en el dictamen que aquí comentamos pareciera consolidarse la doctrina según la cual aquella debe ser emitida.

En efecto, así como en otras ocasiones la PTN había considerado conveniente y necesario que la Administración declare lesivo el acto administrativo cuya nulidad

---

<sup>14</sup> Esto es, sujeto actor de la acción, fuero competente, naturaleza de la declaración de lesividad, etc. Ampliar en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

<sup>15</sup> Sostenemos que la declaración de lesividad se erige como un presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad y no, en cambio, de la acción de lesividad, toda vez que si los presupuestos procesales han de ser entendidos como aquellos requisitos que inexorablemente deben cumplirse para iniciar y desarrollar un proceso con el fin de obtener una sentencia definitiva, favorable o desfavorable, lo correcto es atribuir dichos recaudos procesales a la “pretensión” y no a la “acción”, toda vez que no obstan al ejercicio de ésta, sino a la admisibilidad de lo que a través de ella se pretende (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.).

<sup>16</sup> Cfr. GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Civitas, Madrid, 1991, p. 439; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2001, Tomo III, p. 279.

judicial se pretende obtener<sup>17</sup>, del asesoramiento que comentamos expresamente surge la necesidad de que, ante un acto administrativo irregular estable, se dicte una resolución que “*declare expresamente que la Administración considera nula y perjudicial al interés público la resolución cuya nulidad se propone demandar*”.

Ciertamente, no pretendemos aquí agotar el estudio que la declaración de lesividad ha recibido por parte de la doctrina, la jurisprudencia ni como ella ha sido regulada en los diversos sistemas jurídicos nacionales e internacionales, pues aquello excedería con holgura el propósito de este breve trabajo, sino solamente dar a conocer las razones por las que entendemos que aquella es necesaria<sup>18</sup>.

### 3.1.) Fundamentos de la exigencia de la declaración de lesividad.

Desde nuestro punto de vista creemos que, tal como expusieramos en los trabajos ya citados, la “declaración de lesividad” del acto administrativo estable se erige como un presupuesto de admisibilidad de la demanda judicial (vgr.: acción de lesividad), al igual que el agotamiento de la vía administrativa para los particulares.

Si bien, como hemos apuntado, la declaración de lesividad no está expresamente contemplada en la LNPA, no sólo creemos que aquélla surge en forma razonablemente implícita de la norma sino que, además, es una consecuencia lógica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo<sup>19</sup>.

Es que, como señalara VILLAR PALASÍ, “*resulta absolutamente imposible que la norma jurídica -por esencia de carácter abstracto- determine en todos sus extremos todas y cada una de las actuaciones administrativas*”<sup>20</sup>.

Por ello, bien ha señalado la PTN<sup>21</sup> y la doctrina calificada en la materia<sup>22</sup> 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 órgano u ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz de la especialidad.

En ese sentido, creemos que la declaración de lesividad surge implícitamente del art. 17 de la LNPA pues, en rigor, mientras la locución “aún” utilizada en el primer párrafo significa que la nulidad del acto administrativo irregular no sólo debe declararse, sino

---

<sup>17</sup> Dictámenes 251:256; 246:125.

<sup>18</sup> El tema puede ampliarse en nuestra obra: COMADIRA, Fernando G., “Anulación del acto administrativo irregular...”, ob. cit.; COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

<sup>19</sup> En similar sentido, HUTCHINSON ha señalado que la declaración de lesividad “*surge de principios elementales que hacen al sistema*” (HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, Tomo III, p. 640).

<sup>20</sup> VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*, p. 174. En similar sentido, AJA ESPIL, Jorge, “*Constitución y poder, historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*”, Tipografía Editora Argentina S.A, Buenos Aires, 1987, p. 24.

<sup>21</sup> Dictámenes 270:169; 274:64; 279:297.

<sup>22</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, 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 *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 31 y ss.

“aún”, es decir, “también” o “incluso” ejecutarse en sede administrativa, la expresión “aún” utilizada en la segunda parte del artículo, importa que la nulidad “también” debe “declararse” (declaración de lesividad), con la diferencia que sólo podrá ejecutarse mediante declaración judicial de nulidad<sup>23</sup>.

*En otros términos: ante un acto administrativo gravemente ilegítimo, el sujeto emisor debe anularlo con efectos ejecutorios en sede administrativa; no obstante, si el acto gravemente viciado hubiere devenido en estable, si bien deberá declarar la nulidad, está carecerá de efectos ejecutorios, toda vez que sólo podrá ejecutarse mediante declaración judicial de nulidad.*

Es que, en definitiva, el procedimiento administrativo previo a la anulación ejecutoria o no ejecutoria de un acto administrativo es esencialmente el mismo.

En efecto, si en el marco de un procedimiento administrativo el sujeto emisor del acto administrativo se percatara que el acto que dictó es gravemente ilegítimo, aquél debe, previa audiencia con el interesado y dictamen del servicio jurídico permanente, declarar y ejecutar la nulidad del acto viciado (acto administrativo anulatorio ejecutorio): dicho acto, ciertamente, deberá estar precedido y contener en sí todos los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento jurídico exija para la plena validez y ejecutoriedad de los actos administrativos en general y, especialmente, para los que lesionen derechos o intereses de los administrados.

Ahora bien, si el dictado de un acto administrativo anulatorio ejecutorio resultara jurídicamente inviable, por cuanto el acto ilegítimo hubiere devenido en estable, la nulidad también -o, en términos de la LNPA, "aún"- debe declararse (declaración de lesividad) pero, a diferencia del supuesto anterior, el acto anulatorio carecerá de ejecutoriedad propia, por cuanto se deberá acudir a la justicia para efectivizar (“ejecutar”) la pretensión anulatoria contenida en la declaración: éste último acto, naturalmente, también deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos para los actos administrativos anulatorios ejecutorios.

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 HUTCHINSON<sup>24</sup>, 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.

En ese sentido, cabe recordar lo señalado por la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, en el dictamen recaído la causa “AFIP – DGI” de la CSJN, en cuanto a que negar la necesidad de una declaración administrativa de lesividad “importaría tanto como dejar librada la posibilidad de permitir a un abogado del Estado que, sin orden expresa, inicie por su solo ímpetu una pretensión de nulidad de un acto emanado de alguno de los órganos por él representados, lo que sin duda alguna resulta inadmisibles, y contrario a lo normado por los arts. 1º y cc. del decreto 411/80 y sus modificaciones”

---

<sup>23</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 182.

<sup>24</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...*, ob. cit., Tomo III, p. 640.

La importancia de la declaración de lesividad no se agota en la necesidad de que un abogado estatal, por mera ocurrencia y sin autorización previa, se presente ante la justicia solicitando la nulidad de un acto o contrato administrativo.

Más aún, y tal como sostuvimos en las obras citadas, 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<sup>26</sup>.

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

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 destinatarios<sup>27</sup>, 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.

---

<sup>25</sup> CSJN, 17/12/2003, “AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo”, EDA 2014-121, acápite IV.

<sup>26</sup> 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. Naturalmente, si durante el procedimiento administrativo se demostrara que el particular conoció 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 ejecutivo. En este caso, 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.

<sup>27</sup> Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 99 y ss.

#### **4) La suspensión de oficio de los efectos del acto irregular estable.**

Hasta aquí hemos visto que si un órgano estatal, o ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, se percató que dictó un acto o celebró un contrato administrativo gravemente ilegítimo<sup>28</sup>, aquel debe, previa audiencia con el interesado y dictamen del servicio jurídico permanente, declarar y ejecutar la nulidad de dicho acto (acto administrativo anulatorio ejecutorio).

No obstante, si el acto o contrato ilegítimo hubiere devenido en estable, si bien también debía declararlo nulo, aquélla declaración de nulidad no tendría efectos ejecutorios -o, lo que es lo mismo, en este último sentido, la declaración de nulidad estaría dotada de ejecutoriedad impropia- (declaración de lesividad), por cuanto se deberá acudir a la justicia para efectivizar (“ejecutar”) la pretensión anulatoria contenida en la declaración.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que les está vedado anular con efectos ejecutorios un acto administrativo, ¿pueden suspenderlo?

En otras palabras, y a simple título ejemplificativo, si mediante un acto administrativo nulo se le otorga a un particular en su recibo de haberes un adicional y dicho acto, por haber devenido estable, no puede anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa, ¿puede la administración suspender los efectos de aquel?

Formulado de otro modo, si la Administración no puede disponer que de manera *definitiva* se deje de pagar la bonificación conferida por un acto nulo, ¿puede de manera *provisoria* dejar de pagárselo?

La cuestión planteada, como se ve, lejos está de ser un tema menor, pues, de suscribirse una posición consecuente con la aquí propuesta, que es, en definitiva, la que adopta la PTN en el dictamen que aquí comentamos, deberá aceptarse que el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, no sólo está facultado a suspender los efectos del acto administrativo estable sino que, en el caso de los actos administrativos irregulares, estará obligado a ello.

Nuevamente, y al igual que lo señalado en el punto anterior, hemos de advertir al lector que en esta oportunidad no habremos de analizar cuál ha sido la posición que tanto la doctrina como la jurisprudencia han adoptado sobre la cuestión pues, sin dudas, ello atentaría contra la síntesis que aquí pretendemos obtener<sup>29</sup>.

Sin embargo, previo a mencionar cuáles son las razones por las que creemos que la Administración debe, y bajo ciertas condiciones, suspender los efectos del acto administrativo estable, creemos conveniente señalar que la PTN no siempre ha

---

<sup>28</sup> Incluimos a los contratos administrativos toda vez que tanto para la CSJN, la LNPA y un importante sector de la doctrina, los contratos administrativos son concebidos como una especie del género "acto administrativo" (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.).

<sup>29</sup> 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 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, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2018, p. 361 y ss. Más recientemente: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

sostenido la doctrina expuesta en el dictamen que aquí comentamos.

4.1.) La opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación: la situación actual a partir del Dictamen 307:167.

Como ya dijéramos, la postura asumida por la PTN ha variado a lo largo del tiempo. En efecto, 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 judicial<sup>30</sup>, lo cierto es que a partir del año 2006 el referido Órgano Asesor consideró jurídicamente inviable la suspensión del acto administrativo cuando no es factible su anulación en sede administrativa.

Según la Procuración, en aquel supuesto el Estado debería requerir judicialmente la nulidad del acto y, a su vez, solicitar una medida cautelar tendiente a suspender los efectos de aquél<sup>31</sup>.

Sin embargo, en el Dictamen 307:167 del 29 de octubre de 2018 que aquí comentamos, la PTN ha vuelto a lo que, en nuestra opinión, es la correcta doctrina en la materia.

En efecto, en el citado asesoramiento jurídico la PTN no solo se ocupó de señalar, como vimos en el punto N° 2, que ante un acto irregular estable la Administración debe declararlo lesivo al interés público previo a iniciar la acción de lesividad, sino que, además, se expidió acerca de la viabilidad jurídica de suspender los efectos de aquellos actos.

Para resolver la cuestión señaló, en primer lugar, que la acción de lesividad tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos solo pueden enervarse mediante una declaración judicial.

Sostuvo, asimismo, que los límites a la anulación de oficio del acto administrativo irregular estable son una *“limitación, prudente, a prerrogativas de la Administración, que deben ejercerse dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que revoque de oficio el anterior (si así se dan las circunstancias), o bien lo declare lesivo al arden jurídico, suspenda sus efectos en ejercicio de lo normado en el artículo 12 de la misma Ley, e instruya para que se proceda al inicio de la acción judicial de nulidad”*.

En consecuencia, precisó que ante un acto administrativo irregular estable se debe una resolución que *“declare expresamente que la Administración considera nula y perjudicial al interés público la resolución cuya nulidad se propone demandar”* y, asimismo, que disponga *“la suspensión en sede administrativa de los efectos de la resolución supuestamente viciada; sin perjuicio de requerírsela como medida cautelar en sede judicial”*.

En definitiva, entonces, de la actual doctrina de la PTN se desprende que, ante un

---

<sup>30</sup> Dictámenes 156:273; 164:15; 164:17; 168:523; 218:217; 246:125, entre otros.

<sup>31</sup> Dictámenes 259:011 del 13 de octubre del año 2006, especialmente punto II.3.

acto administrativo irregular estable, la Administración debe declarar la lesividad de dicho acto, disponer la suspensión de sus efectos con base en el art. 12 de la LNPA, solicitar una medida cautelar en sede judicial e iniciar la correspondiente acción de lesividad.

Aquel razonamiento es, en resumidas palabras, la tesis que ya con anterioridad hemos propuesto en distintos trabajos sobre la materia<sup>32</sup>.

Lamentablemente, como ya adelantáramos, si bien compartimos el *holding* del dictamen del Máximo Órgano Asesor, creemos que la trascendencia de la cuestión analizada debería haber sido objeto de una mayor fundamentación.

Por ello, entonces, a continuación, enunciaremos cuáles son, en nuestra opinión, las razones en virtud de las cuales, ante un acto administrativo irregular el estable, el sujeto emisor de aquél –o, en su caso, un órgano superior- debe suspender administrativamente sus efectos.

#### 4.2.) Fundamentos para la procedencia de la suspensión de oficio del acto irregular estable en sede administrativa.

Por nuestra parte, tal como ya adelantáramos y profundizáramos en otra ocasión<sup>33</sup>, creemos 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 excepcional<sup>34</sup> que concede el art. 17, no pueden anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa.

Es que, como allí dijéramos, la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable, además de ser una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa, actualmente aquella potestad encuentra sustento normativo en la LNPA.

##### *4.2.1) La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como potestad inherente a la función administrativa.*

En primer lugar cabe recordar que, como señaláramos en otra oportunidad<sup>35</sup>, el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer de manera directa e inmediata el *interés público* comprometido en la vigencia de la juridicidad.

Por consiguiente, si entendemos que el interés público supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es una consecuencia lógica que la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular estable constituya un deber jurídico inherente a la función de administrar, es decir, una

---

<sup>32</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, "La suspensión de oficio...", ob. cit. Más recientemente en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

<sup>33</sup> Ib. Ídem.

<sup>34</sup> Es que, como 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., "Anulación del acto administrativo irregular...", ob. cit., p. 40 y ss).

<sup>35</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, "*Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla*", EDA 2016-443.

condición sustancial inseparable de su misma esencia.

De esa manera, entonces, la suspensión de los efectos de un acto administrativo estable aparece como una potestad inherente y, por tanto, irrenunciable de quien ejerce la función administrativa que, basado en la necesidad de dar satisfacción directa al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, tendrá por objeto restablecer, inmediatamente, esa vigencia, al hallarse vulnerada con la presencia del acto ilegítimo.

En un Estado Constitucional de Derecho, el interés público debe gobernar la índole de las soluciones prácticas que, en cada caso, la Administración está llamada a adoptar en el marco vinculante de la juridicidad<sup>36</sup>: aquella debe orientar todo su accionar al bien común, encuadrando su actividad en el derecho, fuente y límite de su accionar.

Por consiguiente, si entendemos que el interés público es el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico-administrativa<sup>37</sup>, debemos concluir que la Administración Pública –o cualquier órgano u ente estatal o no estatal, en ejercicio de función administrativa– 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 juridicidad.

Ahora bien, así como sostenemos que la suspensión de efectos de un acto administrativo irregular estable constituye una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa, no con menor énfasis afirmamos que el ejercicio de aquella potestad debe, ineludiblemente, incorporar como exigencia insoslayable el respeto de los derechos e intereses individuales que eventualmente pudieran resultar afectados por el ejercicio de tal potestad.

Afirmar que la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular estable es una potestad inherente a la función administrativa, en modo alguno impide que aquella potestad sea ajena al principio de juridicidad, razón por la cual entendemos que si bien el Congreso podría reglamentarla sin otro límite que el de la razonabilidad, aquel no podría prohibirle el ejercicio de aquella potestad<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> SAMMARTINO, Patricio M., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, p. 175.

<sup>37</sup> 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)*, Depalma, Buenos Aires, 1992, ps. 107/108 y sus citas.

<sup>38</sup> El profesor COMADIRA, aunque refiriéndose a la anulación de oficio del acto administrativo ilegítimo como una potestad inherente a la función administrativa, sostuvo que 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” (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 65/66).

Por las consideraciones expuestas, hemos considerado de dudosa constitucionalidad la disposición prevista en el art. 9º, inciso “p” *in fine* de la Ley Nº 27.328 que regula los denominados contratos de participación público-privada (PPP) pues, según la norma, “la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente” (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio...”, ob. cit. y, más recientemente en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

4.2.2) *La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable y su reconocimiento expreso en el art. 12 de la LNPA.*

En segundo término, y sin perjuicio de que, como hemos señalado, la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable es una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa, lo cierto es que actualmente aquella potestad encuentra sustento normativo en la LNPA.

Ahora bien, para concluir de esa manera consideramos necesario realizar algunas precisiones conceptuales.

En primer lugar, resulta insoslayable precisar *anular* y *suspender* 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<sup>39</sup>.

En definitiva, como agudamente señala CANDA<sup>40</sup> al estudiar en profundidad la cuestión aquí planteada, suspensión y anulación “*constituyen institutos sustancialmente distintos, pues mientras uno es instrumental y provisorio, el otro es definitivo y permanente*”.

Asimismo, no podemos dejar de señalar que ambos institutos están regulados en artículos diferentes: mientras el régimen de extinción del acto administrativo –ora por anulación, ora por revocación- está regulado en los arts. 17 y 18 de la LNPA, la suspensión de efectos tiene su propia regulación en el art. 12 de aquella norma que, por lo demás, no prevé como límite para su aplicación la existencia de derechos subjetivos en cumplimiento

Como se ve, la anulación de un acto administrativo y la suspensión de sus efectos, además de ser institutos diferentes, están regulados de manera independiente, razón por la cual no parecería posible extender los límites excepcionales de la anulación regulada en el art. 17 a la suspensión contemplada en el art. 12.

Proponer una solución contraria importaría asumir que el legislador ignoraba que el art. 12 era un mecanismo para que el sujeto emisor de un acto administrativo estable dejara sin efecto, provisoriamente, el carácter ejecutorio del acto y, como es sabido, la

---

<sup>39</sup> Por ello, como hemos señalado en otra oportunidad, en el campo del derecho administrativo la nulidad es la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto viciado (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.).

<sup>40</sup> CANDA, Fabián O., *La suspensión de oficio del acto administrativo*, REDA N° 21/23, p. 409/438; ver, también, del mismo autor, *La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo*, en CASSAGNE, Juan Carlos –Director- *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 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, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 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 - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 707 y ss.

inconsecuencia o error en el legislador no debe presumirse<sup>41</sup>.

Si, como vimos, el principio general es la falta de estabilidad o bien de inestabilidad del acto administrativo irregular y, por otra parte, las limitaciones a la potestad anulatoria de la Administración deben interpretarse restrictivamente, sería incorrecto aplicar aquellas restricciones con carácter extensivo a un instituto distinto como es el suspensorio: en otros términos, si no puede anular, debe suspender.

Por ello, en nuestra opinión, la suspensión de oficio de los efectos de un acto administrativo irregular estable encuentra sustento normativo en el art. 12 de la LNPA que expresamente establece que “*la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*”.

Como se ve, en el régimen jurídico actual la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo estable haya asidero en el art. 12 de la LNPA que expresamente prevé la suspensión *por razones de interés público*.

En consecuencia, si el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer de manera directa e inmediata el *interés público* comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad, es más que razonable entender que el instituto de la suspensión contemplada en el art. 12 de la LNPA, constituye una potestad inherente a dicha función y, por tanto, al menos en el caso de los actos gravemente ilegítimos, un deber irrenunciable de quien la ejerce.

Destacamos, además, que si como hemos visto, la administración tiene el **deber** de anular los actos administrativos nulos o, lo que es igual, los actos *irregulares*, ello deja en evidencia que la propia LNPA ha incorporado a su esquema la ausencia de presunción de legitimidad de aquéllos actos, pues es irrazonable suponer que la Administración pueda estar obligada a anular (por sí y ante sí, o iniciando la acción de lesividad del acto declarado lesivo) actos que se presumen legítimos<sup>42</sup>.

De esa manera, entonces, si en el plexo normativo de la LNPA los actos administrativos nulos de nulidad absoluta (*irregulares*) carecen de presunción de legitimidad, aunque, cabe aclarar, a partir de diversos momentos dependiendo de si el vicio es manifiesto o no, es más que coherente sostener que la Administración puede y debe suspender la ejecutoriedad de dicho acto, pues sería ilógico<sup>43</sup> permitir que un acto administrativo que no se presume legítimo siga produciendo efectos”.

---

<sup>41</sup> En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, desde antaño, que “*la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador y, por esto se reconoce como principio, que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto*” (ver CSJN, 17/12/1996, “*Di Tullio, Nilda en: González, Carlos S. c. ENTEL*”, Fallos: 319:3071, entre muchos otros).

<sup>42</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 184.

<sup>43</sup> La ausencia de presunción de legitimidad de los actos administrativos irregulares varía, como ya hemos apuntado, en virtud del carácter manifiesto. Ampliar en; COMADIRA, Fernando Gabriel, “*La suspensión de oficio...*”, ob. cit. Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 198; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, ob. cit., Tomo II, p. 483. En jurisprudencia: CSJN, 07/10/1975, “*Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros*”, Fallos 293:133; CSJN, 18/12/1970, “*Avellaneda, Jorge Raúl s/ recurso de apelación*”, Fallos 278:273; CSJN, 19/02/1976, “*Gobierno de la Nación c- Alau Hermanos*”,

#### 4.2.3) El art. 17 in fine de la LNPA y su correcta interpretación.

Finalmente, cuando estudiamos en profundidad el tema<sup>44</sup> hemos visto que un sector de la doctrina entiende que un acto administrativo irregular estable no puede ser suspendido con base en el art. 12 de la LNPA pues, a su entender, la expresión “y la de los efectos aún pendientes” contenida en la última parte del art. 17, veda aquella posibilidad.

No obstante ello, cabe destacar que si bien, como hemos visto, la anulación y suspensión de efectos de un acto administrativo son institutos diferentes, en nuestra opinión, y tal como hemos apuntado con anterioridad, la expresión “aún” allí contenida se refiere a que la nulidad “también” debe “declararse” en sede administrativa (declaración de lesividad), con la salvedad de que, a diferencia de la declaración de nulidad aludida en la primera parte del artículo, aquella sólo podrá ejecutarse mediante declaración judicial de nulidad<sup>45</sup>.

Por otra parte, la opinión de quienes niegan la procedencia de la suspensión de efectos del acto estable en sede administrativa con base en la última parte del art. 17 de la LNPA antes citado y, al mismo tiempo, proponen como única alternativa jurídicamente posible para su suspensión la petición de una medida cautelar juntamente con la demanda de lesividad, entiendo que sería improponible.

En efecto, si en la inteligencia de aquellos autores la expresión “efectos aún pendientes” del art. 17 de la LNPA impide la aplicación del art. 12 de la misma normativa, el término “mediante declaración judicial de nulidad” también importaría la inviabilidad jurídica de suspender los efectos del acto estable por medio de una medida cautelar, pues, en rigor, la sentencia recaída en una medida cautelar no es una “declaración judicial de nulidad” sino, antes bien, una paralización provisoria de los efectos jurídicos del acto administrativo.

De esa manera, entonces, de sostenerse que no procede la suspensión de efectos del acto administrativo estable en los términos del art. 12 por cuanto el art. 17 exige una “declaración judicial de nulidad”, tampoco podría aceptarse que se requiera una medida cautelar en sede judicial, pues no se estaría obteniendo aquella declaración judicial de nulidad, sino una suspensión judicial.

En consecuencia, de seguirse la postura propuesta por aquellas autores y el anterior

---

Fallos 294:069.

En definitiva, como señaláramos, la presunción de legitimidad no sólo no podría predicarse de aquellos actos que ostentan vicios manifiestos, sino, tampoco, de los que adolecen de un vicio grave debidamente comprobado con posterioridad o tuvieran como causa de derecho una norma que, en términos de la Corte, es portadora de una “presunción de inconstitucionalidad” (CSJN, 20/08/14, “Zartarian, Juan Jorge c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción”; CSJN, 21/02/13, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público”; CSJN, 12/08/08, “Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos: 331:1715; entre otros).

<sup>44</sup> COMADIRA, Fernando Gabriel, “La suspensión de oficio...”, ob. cit. Más recientemente en COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...*, ob. cit.

<sup>45</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 182.

criterio de la PTN<sup>46</sup>, no sólo la Administración estaría impedida de suspender los efectos del acto administrativo irregular estable, sino también los órganos jurisdiccionales.

Como fácilmente podrá advertirse, esto último, además de vulnerar la potestad inherente al ejercicio de la función administrativa de suspender de oficio los actos administrativos irregulares estables -potestad que, por lo demás, está expresamente reconocida en el art. 12 de la LNPNA-, resulta incompatible con el art. 16 de la Ley N° 26.854 pues en aquella norma, que permite al Estado nacional solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, surge implícitamente la posibilidad de que la Administración requiera la suspensión judicial de los efectos de un acto administrativo.

*En definitiva, entonces, si el ejercicio de la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata 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 suspensión de los efectos de un acto administrativo estable constituya una potestad inherente y, por tanto, irrenunciable de la función de administrar. Aquella potestad, por lo demás, actualmente está expresamente reconocida en el art. 12 de la LNPA.*

#### 4.3) Procedimiento administrativo para la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable: garantías contra la suspensión arbitraria.

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 pues, como dijimos, ello atentaría contra la síntesis que con este trabajo procuramos obtener.

Por ello, si bien remitimos para su profundización a otro trabajo de nuestra autoría, en esta ocasión solo pretendemos destacar a pesar de que a nivel nacional no existe un procedimiento especialmente previsto para disponer la suspensión administrativa de los efectos de un acto estable, entendemos que como aquella suspensión se instrumenta, se cristaliza 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 jurisdicción (objeto); **d)** estar debidamente motivado; **e)** 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, 2ª parte, de la LNPA) y; **f)** 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).

En ese último sentido, hemos de precisar que el debido procedimiento previo también incluye el respeto del debido proceso adjetivo como reglamentación procesal

<sup>46</sup> Dictamen N° 259:011 del 13 de octubre del año 2006

administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

En ese sentido, si bien algunos autores que se han pronunciado a favor de la suspensión de efectos del acto estable han sostenido que, ante “*comprobadas circunstancias de urgencia impostergable*” la Administración estaría autorizada a disponer “*la paralización sin más y de modo inmediato de los efectos de un acto*”, es decir, sin traslado previo al particular afectado por la medida<sup>47</sup>, por nuestra parte entendemos que el respeto del debido proceso adjetivo es un requisito esencial para la válida configuración del acto que dispone la suspensión de los efectos del acto administrativo estable<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> SAMMARTINO, Patricio M., “*Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho*”, EDA 2014-724, especialmente punto 3.2.5. En el trabajo citado el autor sostuvo que frente a un acto administrativo irregular dotado de la estabilidad excepcional que le confiere el art. 17 *in fine* de la LNPA, la Administración está “*legalmente habilitada, además, para utilizar -previa o coetáneamente con la postulación de la pretensión judicial de nulidad- los mecanismos de tutela urgente del interés público, ora en sede administrativa (art. 12, LNPA), ora en sede judicial (art. 16, ley 26.854)*”. El citado autor entiende que la suspensión provisional en sede administrativa de los efectos del acto administrativo estable “*tiene por finalidad típica evitar la consumación de nuevos y más graves daños a los bienes jurídicos que, en cada caso, tutela el interés público*” y, en tal caso, “*la suspensión administrativa será interina y se extenderá como tal -esto es, como suspensión interina- por un lapso breve, hasta tanto se satisfagan las formas esenciales comprometidas por las aludidas circunstancias de urgencia impostergable*”. Agrega, como mencionáramos en el texto, que ante “*comprobadas circunstancias de urgencia impostergable*” la Administración estaría autorizada a disponer “*la paralización sin más y de modo inmediato de los efectos de un acto*”, es decir, sin traslado previo al particular afectado por la medida

Cabe señalar, no obstante, que, en un trabajo publicado pocos años después, pareciera haber matizado su postura para ciertos supuestos. En efecto, en su último estudio señaló que “*frente al deber jurídico fundamental de respetar y garantizar la dignidad humana y a los derechos humanos fundamentales que le son inherentes, todo acto administrativo que concretiza, de manera directa e inmediata, un derecho fundamental indisponible adquiere estabilidad plena, esto es, inmutabilidad en sede administrativa, una vez notificado*”. Conforme expone el autor, entre los actos administrativos que, en su opinión, estarían dotados de inmutabilidad plena o absoluta, están los que surgen “*de la enumeración realizada por el legislador nacional en el art. 2.2 de la ley 26.854, de Medidas Cautelares. Esta norma confiere trato procesal preferencial a quienes están en situación de vulnerabilidad social. A la vez, brinda una regulación especial a los derechos a la vida, a la salud, a los derechos de naturaleza alimentaria y también a los relativos al ambiente. Esta enumeración no es taxativa*” (ampliar en: SAMMARTINO, Patricio M., *Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional*, LL 2017-C, 617).

<sup>48</sup> Ahora bien, podría interpretarse que como la suspensión de efectos del acto administrativo estable no es más que una medida cautelar de naturaleza administrativa, ésta, al igual que lo que sucede con las medidas cautelares solicitadas por el Estado en el marco de la Ley N° 26.854 -o, en su defecto, en las reguladas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, debería efectivizarse sin dar traslado al afectado.

Sin embargo, como la suspensión de oficio del acto estable se cristaliza por medio de un acto administrativo, éste, para ser válido, debe necesariamente reunir sin vicios todos sus elementos esenciales.

En ese orden de ideas, y tal como hemos señalado en el texto, uno de los elementos esenciales del acto administrativo es el debido procedimiento previo que incluye, entre otros procedimientos esenciales y sustanciales, el respeto del debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, y en la medida en que no se establezca una solución legislativa diferente, la suspensión de oficio de los efectos de un acto administrativo estable debe adoptarse previa audiencia con el interesado o, en su caso, previo traslado para que aquel pueda expresarse por escrito.

Aquella última postura es, además de la que parece seguirse en el dictamen que aquí comentamos<sup>49</sup>, la expuesta por autores como COMADIRA<sup>50</sup> CANDA<sup>51</sup>.

Del mismo modo, se ha señalado que la suspensión de efectos del acto administrativo estable no vulnera las garantías de los particulares pues, como aquella se instrumenta mediante el dictado de un acto administrativo, éste, para ser válido, debe reunir sin vicios la totalidad de los elementos establecidos en la LNPA, entre los que se incluye, naturalmente, el respeto del debido proceso adjetivo<sup>52</sup>.

**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 el art. 1º inc. “f” de la LNPA y 18 de la C.N., un requisito previo no sólo para la declaración oficiosa de nulidad del acto administrativo sino, también, para la procedencia de la suspensión de los efectos del acto administrativo estable<sup>53</sup>.**

Es que, como ya lo hemos expuesto en otra parte de este trabajo, así como sostenemos que la suspensión de efectos de un acto administrativo irregular estable constituye una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa, no con menor énfasis afirmamos que el ejercicio de aquella potestad debe, ineludiblemente, incorporar como exigencia insoslayable el respeto de los derechos e intereses individuales que eventualmente pudieran resultar afectados por el ejercicio de tal potestad.

Insistimos: 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. Además, el derecho de defensa no solo es un requisito esencial que la LNPA exige respetar previo al dictado de todo acto administrativo sino que, al decir de la CSJN<sup>54</sup>, es una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional y en los textos internacionales de protección de derechos

---

<sup>49</sup> En efecto, en el punto N° 3 del dictamen comentado, la PTN precisó que en el mismo acto en el que se declara lesivo al interés público un acto administrativo irregular estable y se suspenden sus efectos, correspondería “*darle previa intervención a los potenciales afectados para que puedan ser oídos, mencionen o destaquen aspectos o hechos que podrían haberse soslayado y ofrezcan las razones que hagan a sus derechos*”.

<sup>50</sup> COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, ob. cit., p. 185; también en *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 196 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, ob. cit., Tomo 1, p. 517.

<sup>51</sup> CANDA, Fabián O., *La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial*, en TAWIL, *Acto Administrativo*, ob. cit., p. 745.

<sup>52</sup> Por todos: LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, Tomo 2, p. 352.

<sup>53</sup> 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-.

<sup>54</sup> 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.

humanos<sup>55</sup>.

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

4.3.1.) *Improcedencia de la suspensión sine die de los efectos del acto administrativo estable: la necesaria interposición de una medida cautelar, antes o simultáneamente con la demanda de lesividad.*

Por último, resta analizar una cuestión fundamental que la PTN ha omitido mencionar en el dictamen que aquí comentamos, esto es, la necesidad de que la suspensión de los efectos del acto estable sea declarada por un plazo breve.

Y es que si bien, y en línea con la tesis que hemos propuesto en nuestros anteriores trabajos, en el dictamen analizado la PTN sostuvo que luego de suspenderse los efectos de un acto administrativo estable en sede administrativa, se debe requerir una “*medida cautelar en sede judicial*”, lo cierto es que en ningún momento precisa si ésta última debe ser solicitada dentro de un determinado plazo.

Ciertamente la cuestión mencionada resulta trascendental pues, en definitiva, si la suspensión de efectos del acto administrativo estable no estuviera condicionada a que aquella medida cautelar se interponga de manera inmediata o, en su defecto, dentro de un plazo breve, 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 transitoriedad<sup>56</sup>, 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 lapso<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Asimismo, si no se le concediera al administrado la posibilidad de hacerse oír en forma previa al dictado del acto que suspende los efectos del acto administrativo estable, se estaría comprometiendo no sólo el debido proceso adjetivo –como reglamentación procedimental administrativa del derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Ley Fundamental– sino, también, uno de los principios cardinales actuales del Estado Constitucional de Derecho: la denominada “tutela administrativa efectiva”.

<sup>56</sup> 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 TREVIANO 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 TREVIANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 360). Del mismo modo, LINARES precisó que “*la suspensión permanente no es ya suspensión sino revocación*” (LINARES, Juan F., *Cosa juzgada administrativa*, Editorial Guillermo Kraft LTDA., Buenos Aires, 1945, p. 66).

<sup>57</sup> 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 (vgr.: art. 1º, inc. e], ap. 4º) sino, además, en la aplicación *mutatis mutandi* del art. 8 de la Ley N° 26.854 que expresamente prevé que “*se producirá la caducidad de pleno derecho de las*

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 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<sup>58</sup>.

**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.**

Una interpretación contraria implicaría obtener en la práctica, por medio de la suspensión *sine die*, la declaración de nulidad con efectos ejecutorios prohibida por la norma: la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo irregular estable sin plazo configura una anulación encubierta.

Ahora bien, ante el vencimiento del plazo dispuesto para la suspensión de efectos del acto estable sin que se hubiere interpuesto la medida cautelar correspondiente, antes o conjuntamente con la demanda anulatoria, ¿podría la Administración dictar un nuevo acto administrativo prorrogando aquella suspensión?

En nuestra opinión, una visión equilibrada de la exorbitancia del derecho administrativo y los principios que enmarcan el adecuado funcionamiento institucional parecen desaconsejar y hasta prohibir aquella posibilidad, pues, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una declaración de nulidad con efectos ejecutorios disfrazada<sup>59</sup>.

---

*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).*

<sup>58</sup> Por todos: COMADIRA, *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, p. 69.

<sup>59</sup> En similar sentido, GORDILLO, quien rechaza la posibilidad de la que la Administración suspenda los efectos del acto administrativo estable, al analizar las posturas doctrinarias que aceptan aquella posibilidad en la medida en que se fije un plazo, ha señalado que “vencido el plazo de la suspensión, el único modo de suspenderlo nuevamente es iniciando la acción judicial contra el acto que declara derechos subjetivos” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo*, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, Tomo 3, XIII-5).

Por otra parte, cabe preguntarse que sucedería si la Administración suspende en su propia sede los efectos del acto administrativo estable y, además, como aquí postulamos, interpone en tiempo y forma la acción de lesividad y la correspondiente medida cautelar. La medida cautelar, ¿está sujeta a algún plazo de vigencia o estará únicamente condicionada a la sentencia que acoja o no la tutela cautelar solicitada?

Por nuestra parte, y tal como señaláramos en los trabajos ya citados, nos inclinamos por sostener que la vigencia de la suspensión administrativa de los efectos del acto estable (verdadera medida cautelar de naturaleza administrativa) debe estar sujeta a un plazo razonable pues, afirmar apriorísticamente que aquélla regirá hasta tanto el juez resuelva la medida cautelar podría resultar, en ciertas ocasiones, irrazonable.

En efecto, nuestra experiencia indica que en el fuero contencioso administrativo el plazo existente entre la efectiva interposición de la medida cautelar suspensiva de efectos y la resolución judicial que resuelve si la concede o no, lamentablemente, en muchos casos, no suele responder a la urgencia que los casos ameritan, pudiéndoselo medir, por lo general, en semanas cuando no en meses.

Por tanto, predicar de antemano que ante un acto administrativo estable que goza de la estabilidad excepcional a la que hiciéramos referencia en el punto N° 2 del presente trabajo, la Administración puede por sí y ante sí suspender sus efectos hasta tanto el juez resuelva la medida cautelar solicitada –que, como dijimos anteriormente, debe ser interpuesta inmediatamente con la demanda anulatoria- podría resultar irrazonable y, siguiendo las enseñanzas de MARIENHOFF<sup>60</sup>, 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"*.

De esa manera, entonces, así como la suspensión de los efectos del acto estable está supeditada a que en el plazo máximo de diez (10) días, o el que eventualmente se regule, se interponga una medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad, una vez incoadas dichas herramientas procesales, si el juez no se expidiera dentro del plazo de vigencia temporal regulado en el art. 5° de la Ley N° 26.854, la suspensión administrativa debería caducar de pleno derecho.

**Es decir, la suspensión de efectos del acto irregular estable dispuesta en sede administrativa, al no poder ser indefinida (pues se estaría ante una anulación encubierta), estará condicionada, en primer lugar, a que en el plazo máximo de diez días, o el que eventualmente se regule, se interponga una medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad y, luego de ello, al plazo de vigencia temporal del art. 5° de la Ley N° 26.854 o, en caso de que el juez interviniente se expidiera con anterioridad, hasta la fecha de notificación de la sentencia que deniega la medida pues, si la concede, aquella regirá en los términos del artículo citado.**

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

---

<sup>60</sup> 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).

## **5- Conclusión y reflexiones finales.**

Como hemos visto, en el asesoramiento jurídico comentado la Procuración del Tesoro de la Nación se ha encargado de abordar dos cuestiones que resultan de trascendental importancia para el derecho administrativo y, en especial, para la teoría del acto administrativo.

Con este trabajo hemos intentado realizar un breve repaso de cuáles son, en nuestra opinión, las razones en virtud de las cuáles coincidimos con la mayor parte de las conclusiones a las que arribó la PTN en el dictamen comentado.

En ese orden de ideas, y a modo de síntesis, podemos sostener que si un órgano estatal, o ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, se percata que dictó un acto o contrato administrativo gravemente ilegítimo, aquel debe, previa audiencia con el interesado y dictamen del servicio jurídico permanente, declarar y ejecutar la nulidad de dicho acto (acto administrativo anulatorio ejecutorio).

No obstante, si el acto o contrato gravemente ilegítimo hubiere devenido en estable, aquel también debe declararlo nulo (declaración de lesividad) pero, sin embargo, dicho acto anulatorio carecerá de ejecutoriedad, por cuanto se deberá acudir a la justicia para efectivizar (“ejecutar”) la pretensión anulatoria contenida en la declaración.

A su vez, en aquellos supuestos donde el sujeto emisor de un acto administrativo gravemente ilegítimo no pueda anularlo por sí y ante sí con efectos ejecutorios, deberá, previo a la interposición obligatoria de la demanda de lesividad:

- a- Convocar al interesado y los terceros afectados a una audiencia previa,
- b- eventualmente, declararlo lesivo al interés público por razones de ilegitimidad,
- c- disponer la suspensión transitoria de los efectos del acto

d- ordenar la inmediata interposición de la medida cautelar del art. 16 de la Ley N° 26.854 que regula las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, antes o simultáneamente con la demanda judicial de lesividad.

La viabilidad jurídica de suspender en sede administrativa los efectos de un acto administrativo estable está condicionada no sólo al respeto del debido procedimiento previo con relación a quienes resulten afectados por la suspensión sino que, además, y a efectos de evitar que la paralización de los efectos del acto estable se torne en una posible “anulación encubierta”, debe estar sujeta a un límite temporal claro.

Es que, como hemos visto, 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.

Una interpretación contraria implicaría obtener en la práctica, por medio de la suspensión *sine die*, la declaración de nulidad con efectos ejecutorios prohibida por la norma: la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable sin plazo configura una anulación encubierta.

Asimismo, una vez dispuesta la suspensión de efectos en sede administrativa y

presentada la demanda y la petición de la medida cautelar, dicha suspensión estará condicionada al plazo de vigencia temporal del art. 5° de la Ley N° 26.854 o, en caso de que el juez interviniente se expidiera con anterioridad, hasta la fecha de notificación de la sentencia que deniega la medida pues, si la concede, aquella regirá en los términos del artículo citado.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la suspensión de los efectos de un acto o contrato administrativo estable constituye una potestad inherente y, por tanto, irrenunciable de quien ejerce la función administrativa que, basado en la necesidad de dar satisfacción directa al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, tendrá por objeto restablecer inmediatamente esa vigencia, al hallarse vulnerada con la presencia del acto ilegítimo.

Ahora bien, la frustración espiritual que experimenta el jurista ante la observación de la realidad, es decir, ante la existencia de suspensiones *sine die*, e, incluso, sin la previa intervención del particular afectado, no debería constituirse en un obstáculo al reconocimiento de aquella potestad inherente, sino, antes bien, en estímulo para insistir en la formación virtuosa de nuestros ciudadanos y gobernantes.

No estamos entre los que sostienen que cuanto más se restrinjan las prerrogativas públicas más aseguradas estarán las garantías de los particulares sino que, por el contrario, somos de los que creen que quienes ostentan el poder deben actuar en forma prudente y con el fin de satisfacer el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad, sin anteponer los intereses propios a éste.

Debemos tener siempre presente que sólo una juridicidad respetuosa de la persona como sujeto y fin del orden jurídico, asegurará actos administrativos justos y, además, que todas las construcciones jurídicas que el hombre pueda realizar de nada sirven si quien las aplica no lo hace en forma honesta y desinteresada.