

ACCION DE LESIVIDAD

POR

JOSÉ ROBERTO DROMI CASAS

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Mendoza

SUMARIO: 1. Concepto.—2. Lesividad y estabilidad.—3. Crítica y valoración.—4. Antecedentes legislativos argentinos.—5. Requisitos subjetivos: las partes y tribunal.—6. Requisitos objetivos: actos impugnables.—7. Requisitos de la actividad: declaración de lesividad.—8. Requisitos formales.—9. Coadyuvantes.—10. Allanamiento.—11. Suspensión.—12. Impugnación por la administración superior de actos de la administración inferior, provincias y municipios.—13. La declaración de lesividad del justiprecio en la expropiación.

1. CONCEPTO

Una de las particularidades del Derecho procesal administrativo es la existencia de un proceso especial en el que adopta la posición de *demandante* la misma *entidad pública* que dictó el acto que constituye el objeto de la pretensión. La circunstancia de que una entidad pública aparezca como parte demandante no da de por sí lugar al proceso de lesividad, sino que puede operarse a través del proceso ordinario o especial que corresponda. La lesividad está reservada para los casos en que la «administración autora de algún acto pretendiere *demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación*» (1).

El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que *no puede revocar «per se»* (2). La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto

(1) Cfr. art. 58, párr. 1.º, Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España.

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El proceso de lesividad*, en el núm. 25 de esta REVISTA, Madrid, 1958, pp. 127-155. GASCÓN HERNÁNDEZ: *La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración*, en «RE», núm. 7, páginas 125 y ss. LÓPEZ RODÓ, Laureano: *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, pp. 13 y ss.

de derecho frente a otro. La aparición de la *Administración demandante* supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida.

2. LESIVIDAD Y ESTABILIDAD

La especialidad del proceso se debe a razones jurídico-materiales dada la imposibilidad de que en ciertos casos una entidad pública revoque *per se* los actos dictados por ella, vale decir en aquellos casos que sus declaraciones unilaterales han producido un *derecho subjetivo* incorporado al patrimonio de un tercero por vía de la llamada «*estabilidad del acto administrativo*», más conocida por «*irrevocabilidad o cosa juzgada administrativa*».

La acción de lesividad se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos por cuanto la Administración no puede revocar libremente sus decisiones y, en su caso, debe declararlas lesivas. Sin duda, el privilegio justificado de la acción de lesividad es más razonable que el injustificado de la libre y arbitraria revocación de los actos declaratorios de derechos.

3. CRÍTICA Y VALORACIÓN

No obstante, la doctrina no es pacífica y también se han levantado voces en contra de la especialidad del proceso. Así GARCÍA DE ENTERRÍA (3) critica la necesidad de que la Administración tenga que acudir a la vía procesal para lograr la anulación de sus actos declaratorios de derechos. Ello constituye un falseamiento del proceso administrativo y una interpretación equivocada de los actos propios. Y agrega: el famoso principio *venire contra factum proprium non valet* tiene aplicación únicamente cuando se trata de actos jurídicamente eficaces que tienen eficacia obligatoria y el llamado «recurso o acción de lesividad» presupone *actos administrativos ineficaces*, por lo que la posibilidad de que su autor reaccione contra los mismos está definida por el concepto mismo de ineficacia.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La configuración del recurso de lesividad*, en el número 15 de esta REVISTA, Madrid, pp. 109-151, y *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, en el núm. 20 de esta REVISTA, Madrid, pp. 69-77.

Por otro lado, también la doctrina critica el proceso de lesividad por razones diametralmente opuestas, considerando que *es imposible que la Administración vuelva sobre sus propios actos*, porque siendo en todo caso emanación de su autoridad y debiendo acatarlos los administrados, que pueden hacer de ellos base de sus actividades, sería no sólo un contrasentido, sino una injusticia que se admitiese la posibilidad de *deshacer lo hecho*, quedando así en el aire la seguridad de los que al amparo de una resolución administrativa procedieron (4).

De todos modos, la postura intermedia, que no está con ni contra la acción de lesividad, ha sido receptada por nuestra legislación y ello pone punto final a las divergencias doctrinarias.

La Administración no puede volver *per se* sobre sus *actos propios*, por una parte, y también debe meritarse, por otra, que sería absurdo mantener una situación ilegal; por ello, tan pronto como la Administración descubra sus propios yerros, debe estar facultada para someter a revisión judicial aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses (5). Precisamente para equilibrar los intereses públicos con los intereses privados, dado que éstos no pueden quedar sujetos a las variedades de la Administración, es que el ordenamiento jurídico ha arbitrado este mecanismo de la lesividad para que, con la máxima garantía para el particular, pueda privarse de efectos a los actos de la Administración (6).

En igual sentido señalan ABAD HERNANDO e ILDARRAZ (7) que en el contencioso-administrativo ha sido tradición entre nosotros establecer el principio de que la *legitimación activa* para demandar la anulación de actos y disposiciones de la Administración sólo fuera reconocida a quien tuviere interés personal y directo o fuese titular de un derecho subjetivo contra ella. De suerte tal que la Administración aparece siempre *legitimada pasivamente*. El sujeto activo, por tanto, en la relación juridico-procesal administrativa es el administrado, aunque con excepciones.

(4) FERNÁNDEZ MOURILLO: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1926, p. 55. GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, en el núm. 2 de esta REVISTA, páginas 60-62.

(5) ALVAREZ TABIO: *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana, 1954, páginas 52-56.

(6) GUAITA: *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, pp. 20-29. Cfr. arts. 28, párrafo 3, 56, 57, párrafo 4, y 58, párrafo 5 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de España.

(7) ABAD HERNANDO, Jesús L.; ILDARRAZ, Benigno: *La acción de lesividad. Su recepción en el Derecho procesal administrativo argentino*, «JA», 28 de abril de 1975, Diario núm. 4.742.

Conforme a ello se viene definiendo tal jurisdicción como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deducen en relación con los actos de Administración pública sujetos al Derecho administrativo. Empero, la doctrina y jurisprudencia han admitido hoy, en forma unánime, que los actos administrativos generadores de derechos subjetivos a favor de los administrados gozan de estabilidad o inmutabilidad que los torna irreversibles por la propia autoridad administrativa. Pero lo que queda fuera de la óptica propuesta es el medio impugnativo procesal de la Administración. Pues toda pretensión exige dotarla, para ser tal, de una instrumentación adecuada al fin jurídico-público y en tal sentido la demanda de lesividad consiste fundamentalmente en *legitimar como sujeto activo a la Administración para demandar la anulación de actos lesivos al ordenamiento jurídico que fueran irrevocables en sede administrativa.*

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS ARGENTINOS

a) En el ámbito nacional ya contiene y reglamenta la *acción de lesividad* el *Anteproyecto Nacional de 1965*, que, en su artículo 41, dice: «Cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo por razones de ilegitimidad ante el tribunal dentro de los dos años de haberlo dictado. En el trámite de este proceso se aplicarán las reglas de la acción de plena jurisdicción, excepto las que sean incompatibles con su naturaleza.» El *Anteproyecto Nacional de Código Contencioso-Administrativo de 1974-75* también prevé el *proceso de lesividad* (arts. 72 a 74) como uno de los procesos administrativos especiales (8).

La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo número 19549 establece, en cuanto a la impugnación de actos por el Estado o sus entes autárquicos, que: «Art. 27. 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.»

El origen de la acción de lesividad lo encontramos en el *Derecho español* por el Real Decreto de Hacienda del 21 de mayo de 1853, que dispuso en el artículo 1.º que «en los negocios en que versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares causarán estado

(8) El antecedente también lo trae el Proyecto Daña Montaña para Santa Fe (1960), art. 3.º Véase BERÇARTZ, en el núm. 44 de esta REVISTA, Madrid, 1964, p. 140.

las resoluciones que en mi nombre adopte el ministro de Hacienda y sean revocables por la vía contenciosa, a la que podrán recurrir ellos, tanto el Gobierno como los particulares, si creyeren perjudicados sus derechos». El plazo para acudir a la vía contenciosa era de seis meses desde que el Gobierno entendiera que una providencia anterior causó algún perjuicio y ordene que se provoque su revocación (9).

El Derecho vigente en España que regula el proceso de lesividad está contenido fundamentalmente en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, artículos 28 y 56.

b) Por su parte, en el Derecho procesal administrativo provincial tenemos:

1. El Código de *Corrientes* (Ley 2943/71) dedica tres artículos a la acción de lesividad que dicen: «Art. 59. Cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo ante el superior tribunal de justicia dentro de los plazos establecidos para la prescripción de vicio.» «Art. 60. Se considerará falta grave por parte de los funcionarios la omisión de la denuncia de los hechos que hayan llegado a su conocimiento y que puedan dar lugar a la acción a que se refiere el artículo anterior ante la autoridad con competencia para plantearla.» «Art. 123. La acción de lesividad se tramitará en la forma prevista para las demandas contencioso-administrativas de plena jurisdicción con todo lo que no sea incompatible en su naturaleza.»

2. El Código de *Mendoza* (Ley 3918/73) recepta la acción comentada en sus artículos 3.º, 21 y 43, inc. d).

3. El Código de *Córdoba*, por su parte, sin alterar el sistema, incorpora la acción de lesividad dentro del procedimiento administrativo (Decreto-ley 5350/72), aunque ello no afecta la cuestión desde que ambos sistemas, procedimientos y proceso administrativo se integran y armonizan (10).

El artículo 103 del Decreto-ley 5350/72, bajo el título de «procedimiento de invalidación», dice: «En los demás casos el fiscal de Estado demandará su anulación por ante el Tribunal Superior de Justicia en el término contemplado por el artículo 4030 del Código Civil, a contar desde la fecha en que se dispuso su anulación por la autoridad administrativa competente.»

(9) GUAITA: *Op. cit.*, pp. 31-32.

(10) Ampliar en ABAD HERNANDO e ILDARRAZ: *Op. cit.*, pp. 3-4.

4. El Código de *Formosa*, Ley 584/78, artículos 1.º y 17, inc. e), admite expresamente la acción al prever como contenido de la pretensión lo siguiente:

Pretensiones procesales.—El demandante podrá pretender:

- a) La anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada.
- b) El restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido.
- c) El resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La interpretación que corresponde a la norma que se trate.
- e) La anulación de los actos irrevocables administrativamente, previamente declarados lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad.

5. REQUISITOS SUBJETIVOS: LAS PARTES Y TRIBUNAL

En el proceso administrativo de lesividad hay, como en todo proceso, dos partes (demandante y demandado) y un tercero imparcial: órgano judicial.

a) *El órgano jurisdiccional.*—Se aplican las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, entendiéndose en estos procesos los órganos judiciales competentes en lo procesal administrativo. Así, los códigos locales han atribuido la materia a los Superiores Tribunales de la provincia (verbigracia, art. 3.º, Mendoza; art. 59, Corrientes).

b) *Legitimación activa.*—Siempre la Administración. Se entiende que puede ser tanto la Administración central como los entes descentralizados (entidades autárquicas, empresas del Estado, corporaciones públicas, etc.). La entidad pública demandante será la administración autora del acto, que, en virtud de lo dispuesto en las leyes, no podrá revocarlo. Tal entidad deberá tener, para deducir la pretensión, interés directo, vale decir ser titular de un derecho derivado del ordenamiento que considere infringido por el acto.

c) *Legislación pasiva.*—Algunos códigos nada dicen al respecto, pero el hecho de que no lo diga no significa que no exista. Lo que ocurre es que el legislador de ciertos ordenamientos procesales que reglamentan la acción no ha visto con la debida claridad y explicitéiz la figura del demandado en el proceso de lesividad.

¿Quién está legitimado para ser demandado contra la acción de lesividad?: ¿la Administración?, ¿el Fiscal del Estado?, ¿la persona que dictó la resolución?, ¿un particular cualquiera?, ¿un particular concreto y determinado? En nuestra opinión, el demandado es siempre una persona distinta a la Administración demandante, por consiguiente no puede ser más que *un particular-administrado* o *un ente administrativo no demandante a los que beneficia la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo en sede administrativa*. Tal es el criterio seguido por el Código de Mendoza en el artículo 43, inc. d), al tratar del traslado de la demanda, y artículo 29, ap. b), Ley española de lo Contencioso-administrativo.

El favorecido por la resolución recurrida es el interesado en que ésta subsista, y, por tanto, él ha de ser la parte demandada. La contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses y por la otra el derecho de aquél que obtuvo en su provecho, beneficio o favor el acto supuestamente lesivo. El demandado, en síntesis, en el proceso de lesividad es el afectado por la resolución recurrida (11).

6. REQUISITOS OBJETIVOS: ACTOS IMPUGNABLES

a) *Acto estable*.—Los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último caso se puede impugnar la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad solamente se puede impugnar un *acto administrativo irrevocable en sede administrativa*. El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que las otras acciones. Los códigos provinciales modernos en esto constituyen una avanzada legislativa, pues evitan así una eventual polémica doctrinaria y jurisprudencial respecto a la impugnabilidad por vía de lesividad de los *contratos y reglamentos administrativos* (12).

(11) GORDILLO y DROMI: *Comentarios al Código procesal administrativo de Corrientes*, «RADA», Buenos Aires, junio 1973, núm. 5, pp. 26-27.

(12) El Anteproyecto Nacional de 1974-75, art. 72, admite la acción de lesividad para petición de *anulación, modificación o sustitución de actos administrativos individuales, contratos o reglamentos*. No compartimos este criterio, incluso lo estimamos inconstitucional. Si la justicia no puede «modificar ni sustituir» actos administrativos, menos puede hacerlo en materia de contratos y reglamen-

Como dijimos, la fórmula empleada es *cuando un acto administrativo sea irrevocable* (art. 59, Código de Corrientes, y art. 3.º, Código de Mendoza), o sea que debe tratarse de un acto administrativo estable (13).

b) *Acto lesivo*.—Que tal acto estable cause una *lesión jurídica a la Administración*, causal de su invalidez y nulidad. Se ha considerado insuficiente el requisito de la pura lesión para entender en la acción, pues se necesita además de la violación jurídica una *lesión económica* (14).

c) *Caracteres del acto impugnabile*.—El acto administrativo, en la medida en que interviene en un ámbito social, debe tener una cierta duración; por ello es en principio irrevocable, estable, inamovible, inmutable, o sea, que tiene cosa juzgada administrativa, como dicen los autores clásicos. Los actos son en principio inextinguibles en sede administrativa y sólo impugnables por vía de anulación ante el órgano jurisdiccional. La libre revocabilidad de los actos ha sido discutida a punto tal que las excepciones han terminado por dominarla (15).

La revocación del acto administrativo es una medida *excepcional*, verdaderamente *anormal*. El poder autoimpugnativo de la Administración, revocando sus propias decisiones, ha sido limitado jurisprudencialmente al consagrar la estabilidad administrativa que prohíbe revocar oficiosamente actos administrativos regulares.

La fuerza material de la estabilidad sirve al interés del destinatario, le protege de la sustracción de una situación jurídica que le está garantizada (acto administrativo favorable) o del incremento de las obligaciones que le están impuestas (acto administrativo oneroso).

Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones

tos [art. 72, inc. c)] que confiere «efectos *erga omnes*» a la sentencia que dispusiese la extinción total o parcial de normas generales. Conforme a nuestro criterio (véase GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, núm. 25 de esta REVISTA, p. 138) «los reglamentos no son susceptibles de impugnación».

(13) C. S. N.: Caso «Carman de Cantón, 1936». *Fallos*, t. 175, p. 368. LINARES, Juan Francisco: *Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo*, en «Revista de Derecho y Administración Municipal», Buenos Aires, 1947, núm. 211, página 687. REAL, Alberto Ramón: *Extinción del acto administrativo creador de derechos*, en «Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», año XI, núm. 12, Montevideo, 1960, pp. 71 y ss. GORDILLO: *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, capítulo VII, pp. 143 y ss.

(14) NIETO, Alejandro: *Lesividad y expropiación*, en el núm. 36 de esta REVISTA, Madrid, 1961, pp. 131-151.

(15) DROMI: *Instituciones de Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, páginas 210-212.

juridicas favorables del destinatario del acto administrativo. Pero no por ello la Administración queda atada a la irrevocabilidad, sino que cuando el interés público reclama una rectificación, puede acudir al órgano judicial para que anule el acto lesivo. En el derecho positivo argentino la Ley de Procedimiento Administrativo número 19549, (artículos 17 y 18) legisla respecto de la revocación de los actos administrativos.

La jurisprudencia y la doctrina, y ahora la Ley 19549, artículo 18, entienden que son requisitos esenciales que hacen a la existencia del acto administrativo estable, los siguientes: *a)* que declare derechos subjetivos; *b)* que haya sido notificado; *c)* que sea regular, y *d)* que no haya ley que autorice la revocación.

1. *Que declare derechos subjetivos.*—Debe tratarse de un acto administrativo que declare un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, individualizada, debida con exclusividad por la Administración ante una norma que expresamente predetermina esa conducta.

No hay estabilidad de los actos que reconocen un interés legítimo, o un simple interés, ni de los actos que crean o declaran deberes de los administrados frente a la Administración. De ello se desprende que la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado, pues el acto es estable y, por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida en que reconoce o declara derechos subjetivos a favor de los administrados, no en la medida que impone sanciones (C. S. N., *Fallos*, t. 264, pp. 314 y ss., caso «Cometarsa», 1966), o deberes, o niega derechos tácita o expresamente.

Así, consecuentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Redrado», 1954 (*Fallos*, t. 228, p. 186), sentó el principio de que un acto estable *puede modificarse en beneficio del interesado*, porque justamente la estabilidad se da en beneficio de los administrados y no de la Administración.

El acto, entonces, debe *declarar un derecho*, no necesariamente reconocer un derecho preexistente. Así, la Corte, en el comentado caso «Carman de Cantón», sigue a SARRIA, quien expresa que el acto es irrevocable «cuando declara un derecho subjetivo». No interesa la naturaleza del derecho al cual se le reconoce estabilidad e inmodificabilidad en sede administrativa, sea de índole civil o de índole administrativa, nacido de disposiciones legislativas (leyes) o administrativas (por ejemplo, reglamentos).

2. *Que haya sido notificado.*—«*Causa estado*» es la expresión impropia que utilizó la Corte Suprema, dado que tiene una significación propia y específica en el proceso administrativo. Que el acto administrativo *cause estado* quiere decir para la C. S. N. que el acto se haya *notificado* al interesado, que haya sido completado el proceso de formación del acto en su plenitud, haciéndoselo saber al administrado. Recién allí se perfecciona técnicamente el acto; antes no era tal, no era perfecto, no producía efectos jurídicos (art. 11, Ley 19549, y artículos 39 a 45, Decreto 1759/72). En el proceso administrativo, que «*cause estado*» quiere decir que haya emanado de la autoridad superior, agotando los remedios administrativos y habilitando las acciones judiciales (art. 5, Ley 3918 de Mendoza).

Tampoco es exigible como condición de estabilidad que el acto sea ejecutorio, consentido, etc. Los conceptos de acto firme, definitivo, ejecutoriado, significan otra cosa. Acto *firme* es aquel en que ha transcurrido el término para impugnarlo. Acto *definitivo* es el que resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada, y se opone a la categoría de los actos «*de trámite*».

3. *Que sea regular.*—Es decir, que reúna las condiciones esenciales de validez (forma y competencia). El procedimiento de formación del acto debe ser regular, habiendo cumplido para ello las normas del procedimiento en cuanto a *forma* y *órgano* competente.

El criterio acerca de lo que ha de entenderse por acto regular no constituye un concepto definitivo acerca de la *perfección del acto*, sino un concepto meramente provisional por el que un acto administrativo, sin ser perfecto, puede ser estable e inextinguible en sede administrativa. El acto regular es conceptualmente análogo al *acto aparente* que tiene un cierto grado de legalidad.

Así, en el ámbito local cabe señalar como principio general que los actos *anulables* y *nulos*, que padecen de un vicio leve o grave, son estables y están exentos de la revocabilidad en sede administrativa. No podemos decir lo mismo de los actos *inexistentes*; estos no deben ser amparados por el carácter jurídico de la estabilidad, entre otras razones por las siguientes: 1) no se presumen legítimos; 2) son irregulares, y 3) por imperativo legal la Administración debe revocarlos (art. 17, Ley 19549) (16).

(16) La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado un alcance más limitado del principio de la estabilidad, comprendiendo la misma a los actos válidos y a los anulables, no así a los actos nulos y a los inexistentes (C. S. N., «O'Brien», Fallos, t. 255, p. 231, 1963; «Blas Cáceres Cowan», Fallos, t. 250, p. 491, 1961).

4. *Que no haya ley que autorice la renovación.*—De no existir tal norma, sigue imperando el principio de la estabilidad. Una ley de orden público puede válidamente producir una modificación del *status* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación.

Es un presupuesto del acto administrativo estable que no haya ley que autorice a la Administración su revocación. Debe tratarse de una ley de orden público, no de una mera reglamentación administrativa. Aún en ese caso, el particular administrado, perjudicado por la revocación con refrendata legislativa, tiene derecho a indemnización, salvo que el acto inválido se revoque por razones de legitimidad (17).

7. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD: DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

a) *Declaración administrativa previa.*—Entendemos que es un presupuesto esencial y especialísimo que hace a la naturaleza de la institución, razón por la cual, a veces y presumiblemente, el legislador no lo incluya por redundante. La declaración de lesividad importa un *acto administrativo previo* mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo a sus intereses por *ilegítimo* (18).

La Ley de Jurisdicción de España, en su artículo 56, exige expresamente este recaudo, al decir que la Administración «... deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza...».

b) *Naturaleza y presupuestos.*—En tanto la declaración de lesividad es un *acto administrativo* se le aplican las normas generales sobre lugar, tiempo y forma de los actos, regido por las leyes de procedimiento. Este especialísimo requisito opera de modo equivalente al recurso de reconsideración. Así como en el proceso administrativo ordinario se requiere el recurso de reconsideración para lograr la definitividad y causación de estado del acto, en el proceso de lesividad tal recurso no es requisito o presupuesto procesal de la acción.

(17) Por analogía con la expropiación.

(18) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La declaración de lesividad*, en el núm. 2 de esta REVISTA, 1950, pp. 57-58, y *El proceso de lesividad*, en el núm. 25 de esta REVISTA, 1958, pp. 135 y ss. Véase también el art. 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España.

Se trata de un acto administrativo de naturaleza especial, ya que únicamente produce efectos en el ámbito procesal, de aquí que no sea admisible la impugnación directa ante la jurisdicción procesal administrativa del acto administrativo de declaración de lesividad.

Como presupuesto procesal es un trámite inexcusable para el ejercicio de la acción de lesividad. Su finalidad es precisamente la de autorizar la admisión y trámite del correspondiente proceso. Por tanto, y en virtud de su carácter presupuestal previo, si no existiere declaración de lesividad o adoleciere de algún vicio, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción.

c) *Fundamentación y órgano.*—La *fundamentación* de exigir este recaudo radica en la necesidad de que la Administración formalmente declare la lesión y su interés jurídico directo por perjuicios que le irroga la ilegalidad del acto en cuestión. Debe igualmente invocar y acreditar la ilegitimidad o vicio generador de la nulidad, pues el *annus probandi* está a cargo de la Administración.

El *órgano* que debe formular la declaración de lesividad es el mismo órgano que dictó el acto. No puede haber avocación de un órgano superior, pero sí ratificación o confirmación del mismo a efectos de que la entidad a que corresponde el órgano, y con personería procesal, promueva la acción correspondiente. Y a la inversa, un órgano inferior no puede declarar ni estimar lesivo a sus intereses un acto administrativo propio de un órgano superior, aún cuando los efectos jurídicos lesivos afectaren al órgano inferior dado que es aquél, el órgano superior, el titular legal de la competencia para emitir tal declaración (19).

d) *Plazo.*—En nuestro Derecho el plazo se computa desde la emisión del acto reputado lesivo. La declaración de lesividad no interrumpe ni suspende el curso de la prescripción. Además, tampoco es aplicable la regla de caducidad del sistema español, que interpreta que hay cuatro años para la declaración de lesividad, pero dos meses para la interposición de la acción una vez formulada la declaración. Alguna jurisprudencia de aquel país ha entendido que ese plazo es de caducidad y si no se interpone la acción virtualmente se extingue la acción, porque no podría reproducirse un acto consentido.

En nuestro sistema, en tanto lo que se impugna es siempre el primer acto considerado «estable» y «lesivo», el acto de declaración no

(19) GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, en el núm. 2 de esta REVISTA, página 87, y *El proceso de lesividad*, en el núm. 25 de esta REVISTA, pp. 143-144.

tiene más efectos que los procesales aludidos y la acción sólo se extinguirá por prescripción, pues no hay plazos procesales de caducidad para su interposición.

e) *Dictamen previo y notificación.*—El acto administrativo de declaración de lesividad requerirá el dictamen previo de los servicios de asesoramiento jurídico, toda vez que afecta derechos subjetivos (20).

Se ha planteado el problema de si es necesario *notificar* la declaración de lesividad a los interesados. La doctrina (21) y la jurisprudencia extranjera (22) se han expedido negativamente, invocando que se trata de un acto interno de la Administración de efectos puramente jurídicos formales y procesales. Por nuestra parte, discrepamos con tal criterio y entendemos que es un recaudo esencial del «acto declarativo de lesividad» su notificación al interesado. No es, como se dice, un acto de trámite o interno; por el contrario, es un típico acto administrativo que afecta derechos subjetivos en forma cierta, directa e inminente y como tal debe notificarse en mérito a lo prescrito por la ley de procedimiento administrativo a efectos de que el administrado afectado pueda plantear los recursos consiguientes, pues la declaración de lesividad opera como un *reclamo administrativo contra el administrado* y en esa misma instancia y oportunidad podría el administrado declinar su situación aceptando la revocación o sustitución del acto.

f) *Efectos.*—Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de la misma. Por tanto, si la declaración de lesividad padece de algún defecto, propio de los actos administrativos, en su objeto, competencia, voluntad o forma no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, bien de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal defecto procesal hará inadmisibile el proceso (23).

(20) DROMI: *El dictamen y la formación de la voluntad administrativa*, «RADA», número 3, Buenos Aires, 1972.

(21) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, en el núm. 25 de esta REVISTA, p. 147.

(22) T. S. España, Sentencia del 21 de abril de 1952, cit. por GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, *supra*, p. 147.

(23) La doctrina indica que se trata de un defecto procesal susceptible de subsanación.

8. REQUISITOS FORMALES

a) *Procedimiento*.—La demanda por la que se promueve el ejercicio de la acción se ajusta en sus principios y condiciones a los recaudos establecidos para las acciones procesales administrativas ordinarias, vale decir, plena justificación y anulación. El trámite de admisión es el mismo y se rigen por las reglas del proceso ordinario en la materia: intervención de coadyuvantes, defensas previas, contestación de demanda, prueba, costas, etc.

b) *Prueba de la lesividad*.—La lesión ño debe estar referida exclusivamente a los intereses económicos privativos del Estado, debe consistir también —y primordialmente— en el propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de Derecho. En principio es conveniente que la Administración, al interponer la acción, adjunte como prueba el expediente administrativo de declaración de lesividad. 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 (24).

c) *Pretensión procesal*.—La petición esgrimida por el actor (Estado y entidades descentralizadas) es la *anulación* por ilegitimidad de actos administrativos, por cuanto él carece de facultades para disponerlo en sede administrativa. Estimamos impropio que la Administración puede petitionar la *modificación o sustitución* del acto, pues ello violaría el principio de división de poderes y significaría casi conferirle la administración general a los mismos jueces (25).

d) *Término*.—Los códigos de Mendoza (art. 21) y Corrientes adoptan al respecto una solución novedosa, estableciendo como plazo para que la Administración pueda impugnar el acto administrativo estable *el término establecido para la prescripción del vicio*.

(24) Véase en tal sentido, en el núm. 52 de esta REVISTA, Madrid, 1967, notas de jurisprudencia sobre lo contencioso-administrativo, pp. 384-385.

(25) En tal sentido que calificamos erróneo, art. 72 del Anteproyecto Nacional de 1974-75. La Administración demandante de sus actos lesivos sólo puede deducir las pretensiones admisibles en los supuestos generales (Cfr. arts. 18, 59 y 60, CPA de Mendoza, Ley 3918).

ACCION DE LESIVIDAD

La solución adoptada es lógica y razonable, supera a la seguida por algunas leyes, como la española, que sólo fija un término de cuatro años para la declaración de lesividad a contar de la fecha en que hubiere sido dictado (art. 56). Por otra parte, el Anteproyecto Nacional de 1965 (art. 41) fija como plazo para impugnar el acto irrevocable por parte de la Administración el término de dos años a contar desde que fue dictado.

e) *No es necesario que el acto agote la vía administrativa.*—El requisito exigido para la promoción de las demás acciones procesales administrativas a cargo de los administrados (plena jurisdicción, anulación, etc.) de que el acto no sea susceptible de ulterior recurso administrativo en sede administrativa, vale decir que cause estado por haber sido emitido por la máxima autoridad administrativa, no es recaudo necesario en el proceso de lesividad.

La fórmula legislativa común respecto de la determinabilidad de los actos impugnados por vía de lesividad es que debe tratarse de «actos que la Administración no puede revocar por sí», pero ello no habilita para decir que deban tratarse de actos emitidos por la máxima autoridad administrativa. Aquellos actos estables pueden emanar no sólo de los órganos que por su posición jerárquica implican la inimpugnabilidad en vía administrativa, sino también de órganos inferiores. Pues bien, si en estos casos los actos de los órganos inferiores declarativos de derechos no son impugnados por los administrados o interesados dentro del plazo, devienen en firme y, como tales, no susceptibles de revocación por la Administración.

En este sentido la S. C. J. de Mendoza en la causa «Fiscal de Estado contra Partido Justicialista por acción de lesividad» ha admitido el proceso directamente contra actos estables sin otra actuación administrativa que la declaración en esa sede de la lesividad por ilegitimidad.

9. COADYUVANTES

Creemos que puede existir el coadyuvante de la Administración actora, aunque el pretendido coadyuvante si tiene realmente interés directo puede impugnar el acto por el proceso administrativo ordinario. Los Códigos generalmente admiten la intervención de coadyuvantes como «colaboradores de algunas de las partes» sin hacer distinción alguna. Por otra parte, se debe tener en cuenta que se extienden las

normas del proceso de plena jurisdicción al de lesividad, aunque con una cláusula de reserva: «con todo lo que no sea incompatible con su naturaleza» (26).

10. ALLANAMIENTO

En el proceso de lesividad, a diferencia del contencioso de plena jurisdicción, el allanamiento del demandado produce los mismos efectos que en el proceso civil ordinario y, desde luego, lleva consigo la extinción del proceso de lesividad. En cambio, cuando la demandada es la Administración (proceso de plena jurisdicción), en principio el allanamiento no está permitido sin autorización expresa, pero no por ello se extingue el proceso, pues la ley, velando por los intereses públicos, requiere que el tribunal dicte sentencia según justicia.

11. SUSPENSIÓN

La interposición de la acción de lesividad no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. El principio general es que «la promoción de las acciones o recursos previstos en los códigos no interrumpe la ejecución de las disposiciones administrativas». Por otra parte, las excepciones al principio exigen ciertos recaudos que evidentemente no pueden darse nunca en la acción de lesividad, como son haber solicitado previamente a la Administración pública la suspensión del acto, requisito que se necesita acreditar conjuntamente con otros: verosimilitud de la irregularidad, daño irreparable y urgencia notoria.

12. IMPUGNACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN SUPERIOR DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN INFERIOR, PROVINCIAS Y MUNICIPIOS

En alguna legislación extranjera, por ejemplo España, se admite la facultad gubernativa de supervisión e impugnación de actos emitidos por entidades locales en caso que aquéllos sean manifiestamente ile-

(26) ABAD, Hernando, e ILDARRAZ: *Op. cit.*, p. 6. LÓPEZ RODÓ: *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, pp. 76-77. GALLOSTRA: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881. GUAITA: *Op. cit.*, p. 94. ALVAREZ GENDÍN, pp. 175-176. GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, en el núm. 25 de esta REVISTA, p. 135.

gales (27). Trátase de una resultante dada por la tutela que ejercen los entes estatales jerárquicos superiores, lo que obviamente tiene aplicación, por ejemplo, respecto de las administraciones «locales» o «municipales».

Así, en nuestro Derecho público provincial el fiscal de Estado tiene «el deber de promover juicio contencioso-administrativo contra aquella Administración en el caso que se produjera por alguna municipalidad u otra autoridad administrativa una resolución contraria a los intereses del Fisco provincial o que afectare el patrimonio del Estado» (28).

13. LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD DEL JUSTIPRECIO EN LA EXPROPIACIÓN

En la legislación española se admite la declaración de lesividad del justiprecio acordado por el Jurado de Expropiación, un equivalente de la Comisión o Tribunal de Tasaciones (29).

En el acto administrativo se exige la concurrencia conjunta de: a) la lesión económica, y b) la infracción legal. Tal supuesto es también, creemos, aplicable incluso en nuestro país en aquellos regímenes en que las *tasaciones expropiatorias* expedidas por organismos administrativos o mixtos fuesen de valor vinculante para la jurisdicción o el mismo Estado y, además, que tal acto administrativo de justiprecio fuere lesivo a los intereses económicos y jurídicos, con la consiguiente declaración administrativa en tal sentido.

(27) BOQUERA OLIVER, José María: *La facultad gubernativa de suspensión e impugnación de acuerdos locales manifiestamente ilegales*, en el núm. 38 de esta REVISTA, Madrid, 1961, pp. 109-130.

(28) Cfr. Ley núm. 728 de 1918 en Mendoza, reglamentaria de las funciones del *Fiscal de Estado*. El texto responde literalmente al artículo 7.º de la citada Ley. Por su parte, el artículo 8.º de la misma dice que cuando las autoridades de un municipio estén en pleito contra la provincia, el fiscal del Estado deberá defender los intereses generales de la provincia. Cfr. Ley Orgánica de Tribunales de Mendoza, 1962, p. 374.

(29) MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: *La declaración de lesividad del justiprecio acordado por el jurado provincial de expropiación*, en el núm. 30 de esta REVISTA, Madrid, 1959, pp. 167-187.

