

EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO Y EL INSTITUTO DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

ESTEBAN CARLOS FURNARI
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal;
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

ROBERTO OSCAR FURNARI
Docente de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. Particularidades del proceso. III. Lesividad y estabilidad del acto. IV. Previsión normativa. V. Cuestiones previas. VI. Sujetos legitimados. VII. Actos susceptibles de impugnación. VIII. Alcance de los efectos de la acción. IX. La acción de lesividad y la reconvencción. X. Jurisprudencia actual. XI. La causa “Kek”. XII. Algunas cuestiones particulares.

I. INTRODUCCIÓN

Podemos sostener que 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.

El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública con relación a un acto de la misma que no puede revocar per se. La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro.

La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas

disposiciones se le aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida¹.

II. PARTICULARIDADES DEL PROCESO

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

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

III. LESIVIDAD Y ESTABILIDAD DEL ACTO

Con relación a la regulación del acto administrativo, se presenta la necesidad de conciliar dos principios, los cuales a su vez se encuentran consagrados con el fin de proteger sendos valores esenciales en todo ordenamiento jurídico moderno.

En efecto, el reconocimiento de la estabilidad del acto administrativo responde a la finalidad de alcanzar la “seguridad jurídica”. Este razonamiento advierte que, en el supuesto de que la Administración se encontrase ilimitadamente autorizada a modificar y/o extinguir sus pronunciamientos anteriores, se estaría habilitando a que adoptase todo tipo de comportamientos erráticos, contradictorios y, en definitiva, impredecibles en demérito de los particulares cuyos derechos e intereses jurídicamente relevantes se encontrarían sometidos al arbitrio caprichoso u oportunista de las autoridades públicas.

En el ámbito del Derecho Privado, la necesidad de otorgar previsibilidad a las relaciones jurídicas se ha visto, en gran medida, satisfecha mediante la adopción de la regla de los “actos propios”, la cual proscribe a los individuos adoptar conductas contradictorias, respecto de los actos jurídicos que han celebrado con anterioridad.

Por su parte, dentro del Derecho Público, la regla de los actos propios igualmente reviste vigencia, aunque en cuanto respecta a la inmutabilidad de los actos administrativos dictados por la Administración, su aplicación se ve morigerada por la necesidad de asegurar otro valor igualmente relevante, cual es la legitimidad que debe ostentar la actividad de toda autoridad pública. Esto impide que pueda tolerarse la existencia de actos administrativos que contraríen el

1 Cfr. DROMI CASAS, JOSÉ R. *Acción de Lesividad*, RAP, N° 88, p. 209 y ss.

ordenamiento jurídico por presentar graves vicios. Frente a tal estado de cosas, la Administración tiene la obligación de emplear todos los medios que la legislación pone en sus manos, a fin de subsanar tal irregularidad, de allí que se le haya otorgado la facultad de revocar por sí los actos administrativos afectados por vicios que determinen su nulidad.

En esta pauta ha sostenido el Alto Tribunal que como natural correlato del principio de legalidad, resulta la potestad de que disponen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores emitidos de manera irregular, vale decir, aquellos que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido².

IV. PREVISIÓN NORMATIVA

La tensión que, según hemos expuesto en el acápite que antecede, se suscita entre sendos principios, igualmente imprescindibles a efectos de asegurar la vigencia del Estado de Derecho y el debido proceso sustancial, pretendió ser resuelta merced a la regulación que se efectúa en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) sobre la facultad revocatoria de la Administración.

Así las cosas, el artículo 17 de la mencionada norma establece:

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

Como puede observarse, la norma consagra la regla general que plasma la procedencia de la declaración de invalidez del acto afectado de vicios graves que afectan sus elementos esenciales. Asimismo, como contrapeso, dicha prerrogativa se encuentra vedada en su ejercicio si se presentan determinadas circunstancias que configuran la excepción a la regla.

Esto es, en primer término, que el acto se encuentra “firme y consentido”. El acto administrativo se reputa firme cuando se ha operado el vencimiento de los plazos previstos para su impugnación, mientras que se encontrará consentido cuando ha mediado una manifestación de parte del particular interesado en tal sentido. De todas formas, en rigor de verdad ambos supuestos producen el mismo efecto.

En segundo lugar, se requiere que el acto irregular “... hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo...”. La condición de que el acto administrativo hubiere generado derechos subjetivos, a efectos de imposibilitar su revocación en sede administrativa, obedece a una modificación efectuada en la norma. El artículo 17, en su redacción original, señalaba “... si el acto hubiere

2 Cfr. CSJN, 22/12/1993, “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”.

generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad”.

Referido a la manera en que debe interpretarse esta causal impeditiva de la potestad revocatoria de la Administración, ha sentado la jurisprudencia del Máximo Tribunal “... que la limitación impuesta por el art. 17 *in fine*, de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente”³.

Por otro lado, también debió especificarse que significa que los “derechos subjetivos” reconocidos por el acto irregular “se estén cumpliendo”. La Corte resaltó, en un caso, que “las constancias de la causa (...) permiten sostener que la Disposición S.S.A. y N.P. n° 3/03 no generó en favor de la actora derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo al momento de su revocación, pues es a todas luces evidente que dicho acto no fue ejecutado o, tan siquiera, tuvo principio de ejecución. Esta afirmación no se ve afectada por el hecho de que Astilleros Mestrina S.A. haya suscripto un requerimiento de pago en títulos de la deuda pues tal conducta sólo significó un paso en el procedimiento de cobro que en manera alguna resulta suficiente para tener por consolidada una situación patrimonial en su favor. En razón de ello, la Disposición S.S.A. y N.P. n° 35/09 no significó una incursión coactiva de la administración sobre bienes incorporados al patrimonio del particular y, por lo tanto, pudo ser dictada en los términos que autoriza el citado art. 17 de la ley 19.549”⁴.

En la causa referida, la empresa actora había obtenido el reconocimiento de un certificado de obra e instado su cobro, primero administrativa y luego judicialmente, sin embargo, dicho reconocimiento administrativo de su crédito fue posteriormente dejado sin efecto toda vez que se encontraba alcanzado por la caducidad que disponía, respecto a estas obligaciones del Estado, la Ley de Consolidación.

Por su parte, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo un criterio similar en un pronunciamiento cercano en el tiempo al referido en el párrafo que antecede. Para fundar su decisión, primeramente indicó que “... en el particular supuesto configurado en autos, los

3 CSJN, 05/12/1983, “Hernández, María Elvira Julia c/ Escuela Nacional de Bellas Artes <Manuel Belgrano> s/ amparo”. En el mismo sentido, CSJN, 22/06/1982, “Rodríguez Blanco de Serrao, I. C. s/ recurso c/Resolución del Ministerio del Interior s/ pensión”.

4 CSJN, 14/09/2010, “Astilleros Mestrina S.A. de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/cobro de sumas de dinero”.

actos en cuestión (...), en modo alguno alcanzaron a generar derechos subjetivos en curso de cumplimiento a favor del beneficiario de los reconocimientos en ellas contenidos (...). Es que al margen de la declaración de la existencia de créditos a favor del contratista que surge de dichos instrumentos, resulta que a partir de su suscripción no se alcanzaron a dar siquiera los primeros pasos en orden al cumplimiento o concreta ejecución de los créditos reconocidos...”. Luego, concluyó, en base a la circunstancia apuntada, que “[t]odo lo cual permite aseverar que en el supuesto bajo análisis, al no haber mediado actos explícitos y positivos enderezados al cumplimiento de las previsiones contenidas en las Actas-Acuerdo –que por contener el reconocimiento de derechos creditorios, sólo son susceptibles de ser cumplidas mediante la concreta ejecución (pago) de las obligaciones pertinentes–, tampoco se verifica la configuración del supuesto a que alude el art. 17 LNPA (“derechos subjetivos que se estén cumpliendo”), cuya concreción exige ciertamente la invalidación del acto por vía de la acción judicial pertinente”⁵.

Finalmente, aun cuando se encuentren presentes todas las condiciones enumeradas en la segunda parte del artículo 17 de la LNPA, la excepción allí contemplada no será oponible frente a la potestad revocatoria de la Administración “... si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”⁶.

Ocurre que estos supuestos se encuentran incluidos en el artículo 18 de la misma ley, el cual regula la revocación del acto regular⁷. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia entendió que los casos allí previstos debían ser igualmente aplicables al supuesto de revocación de actos administrativos irregulares.

El fundamento de este criterio consiste en que “... las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 de la ley 19.549 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17 –primera parte– del mismo cuerpo pues, de lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de

5 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 11/02/2010, “Valitutto, Pierina Pantaleoni de y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos– (Ente Residual)”.

6 Cfr. artículo 18 de la Ley 19.549.

7 “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

mayor estabilidad que el regular, en la medida de que una inteligencia meramente literal y aislada de las regulaciones involucradas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”⁸.

Cabe señalar que la mayor parte de las etapas a seguir en estos procesos (demanda –admisión de la demanda y emplazamiento de la accionada–, defensas previas, contestación de demanda, procedimiento probatorio, etc.) se rigen por el trámite previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) para el procedimiento ordinario.

Seguidamente, señalaremos ciertas particularidades distintivas de índole procesal.

V. CUESTIONES PREVIAS

En los litigios donde el particular ocupa el rol del accionante, los presupuestos que habilitan la instancia del proceso administrativo son el agotamiento de la instancia administrativa y la presentación de la demanda dentro de los plazos de caducidad previstos normativamente (si es que existen). Por el contrario, tales recaudos no pueden resultar exigibles cuando tal rol es desempeñado por la propia Administración. Sin perjuicio de ello, tampoco podría concebirse razonablemente que un letrado perteneciente al cuerpo de letrados de algún organismo o ente pudiera deducir, ante la Justicia, la pretensión de declaración de nulidad de un acto irregular, sin otro fundamento que su voluntad subjetiva de así hacerlo.

Es por ello que el acto inaugural del pleito debe estar precedido por cierta actuación del órgano de la Administración activa con competencia como para haber revocado dicho acto administrativo por ilegitimidad, de no haber mediado la causal limitante prevista en la LNPA, así como también la intervención del correspondiente órgano de asesoramiento –mediante la emisión de su dictamen jurídico previo–.

De tal manera, se puede adelantar que la mentada “declaración de lesividad” deberá ser precedida por un procedimiento administrativo y, finalmente, se materializará a través del dictado de un acto administrativo. Aunque, en realidad, la calificación de “acto administrativo” de dicha declaración procede sólo en un sentido relativamente laxo. Esto por cuanto, si bien por un lado deberán cumplirse los extremos mencionados en el artículo 7 de la LNPA, por el otro resulta indudable que sus efectos difieren de aquellos propios de la naturaleza del acto administrativo. Vale decir, a la hora de formular una definición del “acto administrativo”, la amplia mayoría de los autores coinciden en incluir como uno de sus rasgos distintivos el que éste produzca efectos jurídicos para el particular.

8 CSJN, 17/02/1998, “Almagro, Gabriela c/ Universidad Nacional de Córdoba”. En el mismo sentido, C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 08/04/1998, “Villalonga Furlong S.A. c/ Comisión Nacional de Correos y Telégrafos”.

Pues bien, claramente parece ser que los efectos de la declaración de lesividad se agotan en exteriorizar la irregularidad del acto y autorizar –verdaderamente, obligar– al servicio jurídico a iniciar la pertinente acción, no revoca el acto irregular y, en consecuencia, no modifica la realidad jurídica preexistente a su dictado. En forma mediata, podrá además sostenerse que los fundamentos invocados para sostener la irregularidad del acto delimitarán asimismo la cuestión litigiosa.

A su vez, tampoco puede asimilarse a un mero acto preparatorio, como es el dictamen jurídico previo, puesto que su contenido sí resulta vinculante para el servicio jurídico, el cual no puede obviar su consecuente deber de iniciar el proceso ante la Justicia.

Por último, resta indicar dos cuestiones. Primeramente, que la competencia para producir la declaración se atribuye al órgano que dictó el acto que se cuestiona, o sus superiores jerárquicos, ascendiendo hasta el titular del ministerio o del ente autárquico o autónomo. En segundo lugar, hay que tener presente que este requerimiento se justifica cuando la pretensión se plantea por vía de acción. Más adelante veremos que la misma pretensión puede plantearse como defensa o excepción al contestar demanda. En estos últimos supuestos, carecería de toda lógica pretender que el letrado del Estado debiera obtener una autorización expresa de la Administración activa para efectuar los planteos que hacen a la adecuada defensa de su caso.

VI. SUJETOS LEGITIMADOS

Lo primero que corresponde señalar, con criterio general, es que la legitimación procesal activa recaerá sobre las mismas reparticiones enumeradas en la última parte del acápite que antecede. Esto es quien dictó el acto irregular y/o sus superiores jerárquicos.

Sobre los indicados precedentemente no existe controversia. Se ha suscitado sí la discusión en torno a si puede admitirse que otro ente requiera, ante la Justicia, la declaración de nulidad de un acto que no fue dictado por sí mismo. Tal hipótesis fue descartada por el Alto Tribunal al fallar en la causa “Inadi c/ Ministerio del Interior”⁹. En cuanto aquí importa, la Corte allí manifestó:

“Que en este último sentido cabe señalar que tampoco es posible reconocer legitimación al interventor de la entidad recurriendo analógicamente a los principios relativos a la potestad revocatoria, esto es, a la facultad de la administración de dejar sin efecto sus propios actos, declararlos lesivos del interés público y, en su caso, demandar judicialmente su anulación. Ello es así pues, en primer lugar,

9 CSJN, 14/12/2004, “INADI c/ Ministerio del Interior s/ amparo”, considerando 7. En esta causa, El interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo promovió acción de amparo con el fin de impugnar la legitimidad del decreto 957/2001. Mediante dicha norma, se habían reducido en un treinta por ciento (30%) los haberes de los funcionarios y del personal de planta del ente.

la potestad de revocar el propio acto compete únicamente al mismo órgano que lo dictó o, en todo caso, al órgano jerárquicamente superior; nunca a un órgano inferior (conf. arts. 3º, 17 y 19 de la ley 19.549) salvo que existiera una delegación específica a tal efecto. En segundo término, porque en el juicio de lesividad la administración demandante de la nulidad de su propio acto lesivo tiene por contraparte a un sujeto extraño a ella que, beneficiado por los efectos de dicho acto, invoca la validez de éste en defensa de su propio interés particular; razón por la cual en dicho supuesto claramente existe un caso o controversia susceptible de ser resuelto por los tribunales de justicia”.

La excepción prevista en el artículo 17 de la LNPA supone que no puede la Administración revocar los actos irregulares firmes a través de los cuales se hubieran reconocido derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

Consecuencia necesaria de tal aseveración resulta ser que entonces será legitimado pasivo en el litigio el o los particulares que ostenten la titularidad de aquellos derechos subjetivos, sin perjuicio de que pueda proceder la citación (o admitirse, en su caso, la presentación voluntaria al proceso) de aquellos terceros que vean sus intereses afectados por los alcances de la nulidad del acto.

VII. ACTOS SUSCEPTIBLES DE IMPUGNACIÓN

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 de la impugnabilidad por vía de lesividad de los contratos y reglamentos administrativos.

Es también requisito que tal acto estable cause una lesión jurídica a la Administración, causal de su invalidez y nulidad, Se ha considerado insuficiente el requisito de la pura lesión para entender en la acción, pues necesita además de la violación jurídica una lesión económica.

El acto administrativo, en la medida en que interviene en un ámbito social, debe tener una cierta duración; por ello es en principio irrevocable, estable, inamovible, inmutable, o sea, que tiene cosa juzgada administrativa, como dicen los autores clásicos.

Los actos son, en principio, inextinguibles en sede administrativa y solo 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.

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, lo protege de la sustracción de una situación jurídica que le está garantizada (acto administrativo favorable) o del incremento de las obligaciones que le están impuestas (acto administrativo oneroso).

Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones jurídicas favorables del destinatario del acto administrativo.

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 conforme las previsiones normativas de los artículos 17 y 18 de la Ley 19.549.

La jurisprudencia y la doctrina antes, y posteriormente la Ley 19.549, consideran que son requisitos esenciales que hacen a la existencia del acto administrativo estable los siguientes: a) que declare derechos subjetivos; b) que haya sido notificado; c) que sea regular; y d) que no haya ley que autorice la revocación.

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

No hay estabilidad de los actos que reconocen un interés legítimo o un simple interés, ni de los actos que crean o declaran deberes de los administrados frente a la Administración. De ello se desprende que la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado, pues el acto es estable, y por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida en que reconoce o declara derechos subjetivos a favor de los administrados, no en la medida que impone sanciones o deberes, o niega derechos tácita o expresamente.

Así, la jurisprudencia de la CSJN 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. La CSJN, desde antiguo sostiene 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 (reglamentos).

Es requisito el que haya sido notificado, dado que causa estado, es la expresión impropia que utilizó la CSJN, dado que tiene una significación propia y específica en el proceso administrativo.

Que el acto administrativo cause estado quiere decir que el acto se haya notificado al interesado, que haya sido completado el proceso de formación del acto en su plenitud, haciéndosele saber al administrado. Recién allí se perfecciona técnicamente el acto; antes no era tal, no era perfecto, no producía efectos jurídicos (artículo 11, Ley 19.549, y artículos 39 a 45, Decreto 1759/72). En el proceso administrativo, que “cause estado” implica que haya emanado de la autoridad superior, agotando los remedios administrativos y habilitando las acciones judiciales.

Tampoco es exigible como condición de estabilidad que el acto sea ejecutorio, consentido, etc. Los conceptos de acto firme, definitivo, ejecutoriado, significan otra cosa. Así el 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”.

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: *a*) no se presumen legítimos, *b*) son irregulares, *c*) por imperativo legal la Administración debe revocarlos (artículo 17, Ley 19.549)¹⁰.

Por último podemos mencionar que es un presupuesto del acto administrativo estable que no haya ley que autorice a la Administración a su revocación; de no existir tal norma sigue imperando el principio de estabilidad. Una ley de orden público puede válidamente producir una modificación del *status* creado

10 La jurisprudencia de la CSJN 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 (CSJN, “O Brien” Fallos: 255:231; “Blas Cáceres Cowan”, Fallos: 250:491).

al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la 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 refrenda legislativa, tiene derecho a una indemnización, salvo que el acto inválido se revoque por razones de legitimidad¹¹.

VIII. ALCANCE DE LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN

Según la sentencia admita o rechace la pretensión, los efectos variarán. Si la decisión del tribunal es desestimatoria con respecto a lo solicitado por la Administración, el alcance de la cosa juzgada impedirá que la cuestión pueda ser reeditada en cualquier otro tipo de litigio o actuación administrativa. Si, por el contrario, el juez de la causa hace lugar a la demanda, los efectos de la declaración de nulidad operarán en forma retroactiva, pues tal es la regla cuando se trata de la nulidad.

IX. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD Y LA RECONVENCIÓN

Hasta aquí hemos dedicado el presente trabajo al análisis de la denominada “acción de lesividad”, que no es otra cosa sino aquel proceso en el marco del cual la Administración, como parte actora, puede introducir una pretensión de declaración judicial de nulidad respecto del acto irregular que ella misma ha dictado, mas se encuentra vedada de dejar sin efecto por sí.

Ahora bien, no podemos dejar de dedicar este acápite a señalar que esta vía no resulta ser la única por medio de la cual dicha pretensión de declaración judicial de nulidad del acto administrativo puede ser ingresada a la litis por parte de la Administración.

En efecto, el Alto Tribunal ha admitido que tal pretensión deberá ser igualmente tratada por el órgano judicial, aun cuando su planteamiento hubiera operado por vía de reconvencción o, incluso, como defensa.

En el caso “Furlotti”¹² la Corte dejó sin efecto la sentencia de la anterior instancia (la cual, a su vez había confirmado el pronunciamiento del juez de grado), en la cual el Tribunal a quo se había limitado a dejar sin efecto la declaración, en sede administrativa, de nulidad de un acto administrativo favorable a la accionante, por considerar que se encontraba configurada la causal impeditiva del artículo 17. Sin embargo, en ninguno de los pronunciamientos dejados sin efecto se había tratado la petición de declaración judicial de nulidad del mismo acto, efectuada por la vía procesal de la reconvencción.

En punto al particular, la sentencia del Máximo Tribunal puntualizó que “... la sentencia recurrida incurrió en igual error que el cometido por el juez de

11 Cfr. DROMI CASAS, op. cit.

12 CSJN, 23/04/1991, “Furlotti Setien Hnos. S.A. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura”.

primera instancia al omitir considerar la petición de nulidad interpuesta en forma subsidiaria por el ente demandado. En este aspecto, debe destacarse que si bien la acción de lesividad presupone la existencia necesaria de un juicio pleno con amplio debate y prueba –difícilmente admisible en un proceso de revisión limitada como son los existentes, en general, contra la imposición de sanciones administrativas– la tramitación otorgada en el sub examine se diferencia notoriamente de otros supuestos. En efecto, tal como surge de la providencia de fs. 61, el trámite impuesto a la presente causa fue el del proceso ordinario, apto para tratar –como defensa o reconvencción– la pretensión anulatoria de la administración, con independencia de la calificación dada a ésta por las partes”.

Se desprende de lo expuesto que el Tribunal ata la procedencia de la reconvencción por nulidad a que ésta se plantee en un proceso plenario, lo cual no siempre ocurre (según cada regulación específica) en los casos de “recursos directos”.

Tampoco debe pasar desapercibido que, tangencialmente, en el párrafo transcrito la Corte señala que la pretensión será admisible así sea planteada “como defensa o reconvencción”. Si bien en el caso en concreto se trataba del segundo supuesto, más cerca en el tiempo podemos señalar un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del Fuero Federal que profundiza sobre la procedencia de estos planteos en forma de defensa¹³.

Allí se ha dicho:

“Que establecida la nulidad absoluta de los actos administrativos mencionados, y según la secuencia lógica que se impone conservar (...), corresponde ahora analizar la posibilidad de disponer su invalidación en esta sede judicial, aun cuando no se hubiere formulado el planteo invalidante por vía de acción o reconvencción en tanto el mismo sólo fue articulado como defensa en oportunidad del responde a la demanda.

Al respecto debe destacarse que si bien es cierto que la administración no ha solicitado la invalidación por vía judicial (como acción o reconvencción) de las Actas-Acuerdo tantas veces referidas (en base a las cuales se dedujo la pretensión y que comportan el sustento de la condena dictada), también es correcto reconocer que la explícita articulación de su nulidad absoluta en esta sede, importa en sus consecuencias la explícita voluntad de la administración en punto a la revocación de aquellos acuerdos en cuanto irregulares, por haber generado reconocimientos que no poseen sustento legítimo (por vicios esenciales en los actos que les dieran lugar), por manera que aquella circunstancia en modo alguno comporta un impedimento formal al planteo, ni justifica la admisión del reclamo del contratista...”.

Seguidamente, el fallo argumenta en torno a los fundamentos que justifican la adopción de este temperamento:

13 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, “Valitutto, Pierina Pantaleoni de y otros...”, op. cit.

“De otra parte, ha de considerarse también que el ejercicio por parte de la Administración de la acción de lesividad –prevista en el citado precepto– tiene por finalidad asegurar la intervención judicial en orden al debate y decisión en torno de la invalidez del acto revocado, la legitimidad de su revocación o sustitución y la valoración de las consecuencias de todo ello en la esfera de derechos del administrado (respecto de quien el acto originariamente inválido generó derechos), asegurando de tal modo un pleno control judicial de la administración a la vez que la tutela integral de las prerrogativas de rango constitucional del particular involucrado.

Y si de lo que se trata precisamente es de cumplir con tal finalidad, parece obvio que en el caso de autos la misma ha de considerarse satisfactoriamente verificada, habida cuenta que en el trámite de autos, el interesado (causahabientes del contratista respecto del cual se emitieron los actos de reconocimiento de derechos), ha promovido la presente acción para obtener el efectivo cumplimiento de las prerrogativas en ellos reconocidas; frente a lo cual la autoridad estatal ha cuestionado la validez de dichos dispositivos, bien que por vía inversa, como defensa de fondo al contestar la demanda, todo lo cual en definitiva implica someter a plena revisión judicial el juzgamiento de las decisiones administrativas y sus consecuencias en el plexo de derechos del interesado”.

X. JURISPRUDENCIA ACTUAL

Es válido mencionar que en la causa “Kek”, en contraposición con la opinión analizada anteriormente, la CSJN consideró que la exigencia de concurso para acceder a cargos de planta permanente del municipio demandado no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la Administración comunal.

Ello así, pues el artículo 60, inciso e), de la Ley Orgánica de Municipalidades 4233, que establece que el Concejo Deliberante sancionará ordenanzas que aseguren el ingreso a la Administración municipal por concurso, no ha sido reglamentado en la Municipalidad de Du Graty y no hay una norma específica en esta comuna que imponga tal requisito.

En este sentido, y desde esa hermenéutica, el Máximo Tribunal concluyó que la decisión de incorporar a los agentes –actores en autos– a la planta permanente sin concurso previo no podía ser calificada, en los términos utilizados en los precedentes citados (Fallos: 175:368 y 327:5356, entre otros), como “dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados”, motivo por el cual no pudo ser anulada en sede administrativa, sin violar el principio de estabilidad de los actos administrativos y con ello los derechos subjetivos incorporados al patrimonio de los particulares.

En tales condiciones cabe preguntarnos si se ha abandonado la doctrina del caso “Furlotti” con la resolución de la referida causa “Kek”.

Para ello, es válido recordar que en autos “Furlotti Setien Hnos. SA c. Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 314:322, sentencia del 23/04/91, el Tribunal expresó, básicamente, que supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio, salvo la excepción prevista en el artículo 17 *in fine* de la Ley 19.549 (Adla, XXXIX-C, 2339), legítima la actividad revocatoria de la propia Administración. Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad. Respecto de la limitación impuesta por el artículo 17, *in fine* de la Ley 19.549, consideró que en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como principio general de la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto, toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta, hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente.

XI. LA CAUSA “KEK”¹⁴

Resulta conveniente explayarnos sobre si este decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantiene la doctrina perfilada *in re* “Furlotti” –reiterada hasta la emisión del fallo en comentario– o si, en rigor, la altera. Es del caso tener presente que la Corte ha expresado que un acto administrativo para ser inmutable debe ser regular y que no lo es cuando carece de uno de los requisitos fijados por la ley, lo que determina su nulidad absoluta y por lo tanto, la posibilidad de revocar en sede administrativa por razones de ilegitimidad (v. en tal sentido, CSJN, 23/2/1988, “Cábanas Ramón”, Fallos 311:160, considerando I, párrafo 2).

Esta doctrina fue precisada en el mencionado precedente de “Furlotti”, oportunidad en la que el Tribunal entendió que supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta, en principio, salvo la excepción prevista en el artículo 17 *in fine* de la Ley 19.549, legítima la actividad revocatoria de la propia Administración.

Esa facultad –remarcó–, encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad.

¹⁴ CSJN, 25/03/15, “Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa”.

Respecto de la limitación impuesta por el artículo 17, *in fine* de la Ley 19.549, manifestó que “... en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general de la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto, toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta, hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente”.

La citada jurisprudencia fue exactamente replicada más recientemente por la Corte, *in re* “Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c/Estado Nacional- Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero”¹⁵. Por su parte, también la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional, se ha pronunciado en similar sentido al sostener que la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer, sin dilaciones, la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad (conf. Dict. 235:326; 249:547; 260:336; 277:196).

Ahora bien, en el caso “Kek”, el Máximo Tribunal establece con contundencia que el principio es la estabilidad del acto, y la excepción, la revocabilidad; es decir, consagra la regla opuesta a la de los precedentes citados. Así, expresa: el *a quo* no tuvo en cuenta que el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de “restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad”. Tal como lo dijo esta Corte, “no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo” (Fallos: 175:368). Lo expuesto implica que la excepción –la facultad revocatoria de la Administración ante la existencia de “un error grave de derecho”– debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356).

XII. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES

El acto del cual la Corte Suprema en su sentencia predica la estabilidad, la Resolución 375/03 –por la que se designó en planta permanente del municipio a los actores, sin concurso previo– ¿reviste el carácter de acto regular o irregular? Nótese que según el dictamen de la Procuradora Fiscal, los agravios dirigidos a

15 Cfr. CSJN, 14/09/2010, “Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c/Estado Nacional- Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero”, A. 414. XLIV.

cuestionar la sentencia por la interpretación dada al marco legal aplicable no son aptos para suscitar la apertura de la instancia del artículo 14 de la Ley 48, toda vez que el Tribunal, más allá del acierto o error en la ponderación de las constancias de la causa, concluyó –con argumentos jurídicos suficientes– que pudo la Administración legítimamente dictar el acto por el cual se dejaban sin efecto las designaciones, con lo que no encuentro que se haya conculcado derecho alguno; máxime si se tiene en cuenta que el acceso a los cargos de planta también fue inmotivado en tanto los actores no habrían accedido a ellos por concurso, como sucedió en el caso juzgado en el precedente de la Corte Nacional en el caso “Schneiderman”–, requisito ineludible según fundamento del acto revocatorio para la designación en planta permanente.

Podría sostenerse que desde la mirada del Estado Constitucional Social de Derecho, el requisito del concurso resultaba esencial en mérito al debido respeto a la igualdad de oportunidades prevista en la Constitución Nacional y a los resguardos de transparencia e igualdad de acceso a la contratación pública, imperados por normas que gozan de supralegalidad. De ello se podría discrepar con la solución del fallo de la Corte Suprema y considerar que en el actual estado de evolución de la conciencia jurídica, el acto de designación sin cumplir con la aludida exigencia no podría reputarse “regular”.

Sería conveniente analizar si la existencia del conocimiento del vicio por parte de los agentes posibilitaría la revocación en sede administrativa.

Por otra parte, es necesario establecer el régimen de revocabilidad vigente en el Derecho Público local de la provincia en el momento en que se revocó el acto de designación emitido sin concurso, lo cual ocurrió durante el año 2003.

La respuesta surge tanto del fallo pronunciado por el Tribunal Superior de la provincia, como del dictamen de la Procuradora Fiscal, a cuyo tenor el dictado de la Resolución 375/03 como de su similar 383/03 –que la revocó en sede administrativa–, fue anterior a la creación de la acción de lesividad, introducida recién en el año 2006¹⁶. De tal modo, podría considerarse con arreglo a los artículos 18¹⁷ y 1038¹⁸ del derogado Código Civil que los actos nulos carecen de aptitud para producir efecto alguno. En este contexto normativo, resulta opinable extender la estabilidad del acto administrativo regular al irregular del modo que lo hace la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549. Ello, aun cuando no

16 Ver Ley 5957 de fecha 3 de agosto de 2006, que incorpora la acción de lesividad.

17 Artículo 18: Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

18 Artículo 1038: La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

se nos escapa que la Corte Suprema no invoca esta norma sino que remite a su doctrina.

En este sentido, se debe hacer notar que cuando en la sentencia bajo análisis la Corte Suprema cita la regla de que “no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos...” lo hace con sustento en el precedente de Fallos: 175:368, esto es, el conocido caso “Carman de Cantón”, de 1936. Si bien no se puede desconocer que la Corte y la jurisprudencia siguen citando dicha doctrina actualmente, tampoco es posible obviar que la controversia en el histórico precedente fue resuelta con anterioridad al dictado de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (1972), razón por la cual el Máximo Tribunal se vio obligado a recurrir a normas constitucionales y al instituto de la “cosa juzgada” para consagrar la estabilidad del acto.

Pero la LNPA vigente sí prevé un precepto normativo que declara inestables los actos administrativos irregulares en el artículo 17, cuando establece que “deben” ser revocados “aun en sede administrativa”, en tanto que en el artículo 18 regula lo relativo al acto regular, en el que la regla es la estabilidad.

En síntesis, entendemos que la vigencia de las doctrinas de la jurisprudencia no puede prescindir del contexto normativo en el que fueron elaboradas, máxime cuando se las utiliza como recurso para resolver controversias en las que existen normas que pueden regular soluciones propias, como en este caso. El caso “Kek”, en definitiva, podría albergar un supuesto de inconstitucionalidad por omisión¹⁹.

19 Cfr. Argumentaciones y conclusiones de la revista Carta de Noticias N° 26 de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires del 18/05/2015.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

II

Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - ANDRÉS ASCÁRATE - CARLOS BALBÍN

AGUSTÍN BONAVERI - FABIÁN OMAR CANDA - ARIEL CARDACI MÉNDEZ

PABLO S. CARDUCCI - JUAN CARLOS CASSAGNE - MARÍA ROSA CILURZO

GISELA E. DAMBROSI - ALEJANDRA PATRICIA DÍAZ - SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ

CARLOS MARÍA FOLCO - DIEGO FREEDMAN - ESTEBAN CARLOS FURNARI

ROBERTO OSCAR FURNARI - BELTRÁN GAMBIER - FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS

CARLOS MANUEL GRECCO - ELENA HIGHTON DE NOLASCO - GONZALO KODELIA

AGUSTÍN LÓPEZ CÓPPOLA - PABLO LUIS MANILI - ERNESTO ALBERTO MARCER

LUCIANO MARCHETTI - MACARENA MARRA GIMÉNEZ - SEBASTIÁN JULIO MARTURANO

EDUARDO MERTEHIKIAN - JOSÉ MARÍA MOLTÓ DARNER - MARCOS MORÁN

MARÍA GIMENA OLMOS SONNTAG - MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO - HORACIO ROSATTI - JUAN CARLOS RUA

LEANDRO G. SALGÁN RUIZ - PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO - LISANDRO SANDOVAL

JUAN ANTONIO STUPENENGO - GUIDO SANTIAGO TAWIL - LEONARDO TOIA

JOSÉ MANUEL UGARTE - PATRICIO ESTEBAN URRESTI - JUAN MARTÍN VOCOS CONESA

GRACIELA CRISTINA WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2016

El Control de la Actividad Estatal II / ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. 850 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-0-9

1. Derecho Administrativo . I. ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Director). FERNÁNDEZ SERGIO G. (Prólogo)
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina