

LA POTESTAD REVOCATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Luis Eduardo Rey Vázquez

Profesor de Derecho Administrativo - UNNE y UCP

Resumen: El análisis de la potestad revocatoria de la Administración respecto de los actos administrativos ilegítimos, involucra necesariamente la tensión entre dos principios generales del Derecho, con especial gravitación en el Derecho Administrativo, cuales son los principios de legalidad y el de seguridad jurídica.

Palabras clave: Revocación - Administración - Ilegitimidad.

Summary: The analysis of the repeal power of the Administration regarding unlawful adjudications, necessarily involves the tension between two general principles of law, with particular gravity in Administrative Law, which are the principles of legality and legal certainty.

Keywords: Repeal- Revocation - Administration - Illegitimacy.

Recibido: 12 de mayo de 2015 Aceptado: 8 de julio de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. El punto de máxima tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. El caso de la potestad revocatoria de actos administrativos ilegítimos
 - II. Posibilidad de suspender cuando no se puede revocar
 - III. Revocación y suspensión en tres casos paradigmáticos
- Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

El análisis de la potestad revocatoria de la Administración respecto de los actos administrativos ilegítimos, involucra necesariamente la tensión entre dos principios generales del derecho, con especial gravitación en el Derecho Administrativo, cuales son los principios de legalidad y el de seguridad jurídica.

Previo al ingreso al tema, resulta necesario señalar que todo sistema jurídico está compuesto por normas jurídicas, las que se integran, a su vez, de reglas y principios¹.

1 Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Revista DOXA* 5, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Valencia, 1988, p. 139 y ss. El autor, refiere que a la pregunta de si existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta, que produjera uno de los problemas más discutidos, centralmente por Hart y Dworkin, existen dos posiciones: "...Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Sin un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer". Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un

En tal sentido, siguiendo la posición de autores como Alexy o Dworkin, entiendo que el Sistema Jurídico está compuesto por normas, y estas son comprensivas tanto de reglas como de principios².

Pero no obstante revestir ambos la categoría de norma jurídica, presentan diferencias bastante importantes, las que han hecho que durante mucho tiempo, los principios fueran identificados con los que derivan de la razón natural, más no como integrantes del ordenamiento jurídico.

Estas diferencias están dadas, en primer lugar, por la “generalidad” de los principios, frente a la mayor “especificación” de las reglas³.

modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes...”.

- 2 Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre Principios Y Reglas”, *Revista DOXA 10*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Valencia, 1991, p. 101 y ss.
- 3 “Dworkin –Citado por Alexy, en “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” cit, p. 141–, emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en forma todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada la decisión. En cambio, los principios, aún cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimension of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de

También se señala que en caso de existir “contradicción entre dos reglas” del sistema, y a fin de mantener su coherencia, la solución se logra expulsando o invalidando una de las reglas; en cambio, cuando de principios se trata, se habla no de contradicción, sino de “tensión”, que no determina la validez universal de un principio respecto de otro, sino que a través de una “ponderación”, se determinará en cada caso concreto qué principio ha de prevalecer, por corresponderle un peso relativamente mayor ⁴.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha hecho aplicación de tales conceptos en el caso “*Gualtieri Rugnone de Prieto*”⁵, expresando en el Voto de la Mayoría lo siguiente:

“18) La identificación precisa de los derechos en conflicto efectuada en los considerandos anteriores, conforma un campo de tensión que obliga a adoptar una decisión basada en la razonable ponderación de principios jurídicos. Toda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable. La prioridad argumentativa de la deducción se basa en que si existe una regla válida para solucionar el caso, esta debe aplicarse, ya que de lo contrario se dictaría una sen-

manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe ser siempre inválida...”

4 Sobre el punto, puede abundarse en la obra de Aleinikoff, Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la Ponderación*, Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra Editores, Lima, 2010; en el ámbito del Derecho Administrativo, puede verse Rodríguez De Santiago, José Ma., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000. Dicho autor ha sido citado –entre otros– por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, CSJN, del 15-06-2010, Considerando 10º, 3er. Párrafo, Nota 1.

5 CSJN, 11-08-2009; *Gualtieri Rugnone de Prieto*, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa nº 46/85 A- G. 1015. XXXVIII; RHE; Fallos 332:1835.

tencia “contra legem”. En el presente caso, delimitados los hechos y el derecho conforme surge de los considerandos anteriores, no es posible deducir de ellos la solución de la controversia porque surge un campo de tensión entre derechos de rango similar. El conflicto ocurre cuando la plena satisfacción de un derecho conduce a la lesión de otro igualmente protegido. Como se ha señalado, es lo que ocurre en el caso, puesto que si se hace lugar a la búsqueda de la verdad perseguida por la familia biológica, se lesiona la autonomía personal de quien se niega a la extracción de sangre. Por esta razón es que la dogmática deductiva no brinda soluciones y debe recurrirse a la ponderación de principios jurídicos. Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”⁶.

6 Por su parte, haciendo aplicación estricta del principio de razonabilidad, ha dicho en su Voto en disidencia el Dr. Maqueda:

“16) Que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y de éstos entre sí, y en ese sentido el Estado debe respetar, garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial. Con el propósito de cumplir con ese mandato, esta Corte entiende que el derecho a la intimidad -tutelado por el artículo 19 de la norma fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos reconocidos por el texto constitucional, como en relación a la facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen (Fallos: 326:3758, considerando 26, disidencia parcial del juez Maqueda). En definitiva, se sostiene, que es deber de este Tribunal, como custodio de los derechos y garantías constitucionales, intentar una composición, a fin de lograr un equilibrio justo entre los intereses en juego”. “17) Que el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad...”

Se ha señalado entonces, que el núcleo de la diferencia entre reglas y principios, es que las primeras son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. En cambio, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la medida de lo posible, fáctica y jurídicamente, siendo por ello mandatos de optimización. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario⁷.

Sin embargo, la mayor indeterminación de los principios respecto de las reglas, no parece ser una razón suficiente como para fundar una distinción en función del grado, puesto que también en las reglas, la indeterminación está presente en menor medida. Si a ello sumamos que la “vaguedad semántica” predicada de los principios, también es inherente a las reglas, podemos concluir en la identidad de ambos, alojados bajo el seno de la noción de “norma jurídica”.

Sobre el punto, véanse entre otros, Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª Edición actualizada, 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002; Cianciardo, Juan, *El Principio De Razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, 2ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2009; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 2007.

7 Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit, p. 143. Agrega este autor, en la p. 144, que: “... Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla...”.

I. EL PUNTO DE MÁXIMA TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. EL CASO DE LA POTESTAD REVOCATORIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS

Cuando del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración se trata, se esgrime que ésta actúa en resguardo del interés público comprometido en la vigencia del principio de legalidad o juridicidad, quebrada merced al dictado de un acto administrativo nulo en contravención a las normas imperativas aplicables, ejercitando así una potestad que en forma reglada se estatuye como “deber” a la autoridad administrativa⁸.

Se ha invocado incluso el principio de “confianza legítima”⁹ como límite a la potestad invalidatoria de actos administrativos firmes de la Administración¹⁰, por sí y ante sí, cuando se hubieren generado derechos subjetivos en cumplimiento. En el

8 CSJN, 17-12-2013. A. 212. XLVII. “AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo”. Se sostuvo allí: “... Al respecto corresponde recordar que la acción de lesividad prevista en el art. 17 in fine de la ley de procedimientos administrativos tiene por objeto esencial el establecimiento 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 sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (Fallos: 314:322, entre otros)...”.

9 Al citado principio lo he analizado en Rey Vázquez, Luis Eduardo, “El principio de confianza legítima. su posible gravitación en el derecho administrativo argentino”, publicada en el *Anuario da Faculdade de Direito Da Universidade da Coruña* N° 17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 259-282.

10 Al respecto, García Macho, Ricardo, expresa que “...El principio general de la confianza legítima juega también un rol considerable cuando se plantea la revocación de los actos administrativos irregulares, que han creado una situación favorable para el interesado. La doctrina y jurisprudencia tradicionales establecieron que no planteaba dificultades la revocación de estos actos administrativos. Lo único que planteaba cierta discusión era si la revocación se realizaba con efectos *ex nunc* o bien *ex tunc*. La base de la revocación de estos actos era la infracción del principio de legalidad de la Administración, señalando como referente de la tesis tradicional a E. FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1973, pág. 260 y sigs.” (“Contenido y Límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista*

supuesto, casualmente se invoca como fundamento la seguridad jurídica, además de la observancia estricta del principio de legalidad o juridicidad, que impide a la Administración mantener subsistente un acto gravemente viciado, del cual no podrán nacer –por ello– derechos subjetivos en cabeza del particular.

Tal atribución, no obstante, se ve restringida en los supuestos en los que del acto viciado hubiesen nacido derechos subjetivos, en cuyo caso la invalidación deberá procurarse en sede judicial¹¹.

Conectando lo expuesto con el principio de confianza legítima, que anida en el principio de “seguridad jurídica”, se ha fundamentado para rechazarlo que no podría nunca ser invocado cuando se halle en juego el principio de legalidad, puesto que nadie podría invocar ignorancia de las normas jurídicas para hacer prevalecer la confianza generada por un proceder calificado de ilegal¹².

Española de Derecho Administrativo, N° 56, octubre-diciembre de 1987, Civitas, Madrid, p. 557).

11 La pretensión judicial de nulidad del acto administrativo irrevocable en sede administrativa puede plantearse por la Administración por vía de acción (de lesividad), o también como reconvencción o defensa de fondo. Al respecto, CSJN, 23/4/91, “Furlotti Setien Hnos. S.A. v. Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 314:322; LL 1991-E-238, Considerando 11°) del Voto de la Mayoría.

Por vía de reconvencción, CSJN, 17/02/1998, S 1713 XXXII; “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174, “...El contrato de prórroga fijando un precio máximo que significaba un incremento del 858% era irregular y, por tanto, susceptible de ser revocado, sin que obste a ello que se estuviese cumpliendo ya que, además de declararlo lesivo en su propia sede, la administración solicitó la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvencción...”.

12 En tal sentido, Coviello expresa –citando a Calmes, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, París, 2001, p. 265 y sigs. y nota 196– respecto del principio de confianza legítima, que: “... con el principio de legalidad no puede existir enfrentamiento o contradicción, porque la confianza legítima se da en el marco de la legalidad y no fuera de ella, de modo que el peligro de que la protección de la confianza legítima se constituya en un elemento perturbador de la unidad y armonía del ordenamiento jurídico por oponerse al principio de

En tal sentido, se ha dicho que:

“En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio que, aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento Jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio, si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de las que forma parte España, y que consiste en el “principio de protección de la confianza legítima” que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego – interés individual e interés general –, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica” (Sentencia de 1 de febrero de 1990, Sala 3.a, Sección 3.a, Ar. 1258)¹³.

la legalidad, pierde virtualidad en la medida que se entienda, insisto, que concebir una protección semejante fuera del orden jurídico constituiría un contrasentido lógico...” (Coviello, Pedro J. J., “Contrato administrativo y confianza legítima”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 348, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 303). En su tesis doctoral, (*La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, LexisNexis - Abeledo - Perrot, 2004, p. 460), expresó que la protección de la confianza alcanza a los comportamientos ilegales.

13 *Revista de Administración Pública* N° 125, Mayo-Agosto 1991, Sección Notas Contencioso Administrativo En General, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 425.

El error de quienes se oponen, radica en no tener en cuenta que no se puede predicar en abstracto, de modo absoluto, el predominio del valor legalidad respecto del valor seguridad, puesto que en caso de tensión, el principio de confianza legítima, ajustado a sus estrictos contornos, seguramente relativizará el aparente predominio del valor legalidad, pues no es posible una contradicción entre ellos, sino una tensión¹⁴. Además, es de destacar que ambos derivan de la concepción del Estado de Derecho.

En aquellos casos que, por aplicación del principio de confianza legítima, prime el valor seguridad por sobre el de legalidad, seguramente observaremos que el caso merece una solución que implicará, bien desplazar una regla, bien hacer prevalecer un principio¹⁵.

Analizaré primeramente “el caso” en la materia, donde la CSJN forjara en su día, de modo pretoriano, los contornos de lo que se dio en llamar la “*cosa juzgada administrativa*”¹⁶.

14 Al respecto, Maurer, Hartmut, *Introducción Al Derecho Administrativo Alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 56, dentro del capítulo III titulado “El principio de la protección de la confianza en el derecho público”, expresa que “...El principio de protección a la confianza se sitúa en una relación de tensión entre estabilidad y flexibilidad. A pesar de que propende por la estabilidad, no obstante, debe ceder siempre a las exigencias de la flexibilidad...”.

15 Expresa Valbuena Hernández, Gabriel, que: “En la práctica, el principio de confianza legítima ha sido utilizado para proteger determinadas situaciones jurídicas surgidas al margen del ordenamiento jurídico, ante la necesidad de amparar las expectativas plausibles y justificadas propiciadas o promovidas por el propio Estado. Por esa vía, se ha reconocido la intangibilidad de determinados beneficios, favores o ventajas otorgados contra *legem* y cuya tutela, si bien genera encendidas controversias, se inspira en el interés de mantener la fiabilidad de la palabra empeñada por las autoridades y en el propósito de evitar la defraudación intempestiva de la confianza generada, todo lo cual es compatible con la filosofía del Estado social de derecho...” (*La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 216).

16 Sobre el instituto, véanse entre otros Linares, Juan Francisco, *Cosa Juzgada Administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, Editorial

1. El caso “Carman de Cantón”¹⁷

Los hechos de la causa¹⁸ son los siguientes: Elena Carman de Cantón promovió una acción contencioso administrativa contra un decreto del Poder Ejecutivo Nacional del año 1933, el cual dispuso dejar sin efecto la jubilación otorgada a su marido el doctor Eliseo Cantón, con fundamento en que existieron errores de hecho en el cómputo de los servicios prestados en su condición de Decano y Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

En el año 1912, el doctor Cantón solicitó su jubilación ante la Caja respectiva la cual, previo a los trámites de rigor, declaró acreditados los requisitos pertinentes, acordándole la jubilación ordinaria el 7 de febrero de 1913, la que resultó finalmente aprobada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 28 de febrero de 1913.

Al comprobarse errores de hecho en el cómputo de los servicios y sin valorar los elementos que había aportado el doctor Cantón cuando en una oportunidad anterior pretendió revisarse su jubilación y pese a la opinión contraria de la Caja y del Procurador General de la Nación, el Poder Ejecutivo declaró procedente la revisión de la jubilación y mediante decreto de fecha 20 de junio de 1933 dejó sin efecto el Decreto dictado veinte años antes y mandó formular cargo por las sumas percibidas por el beneficiario.

Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1946; Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”*, 2ª Edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

17 CSJN, 14/08/1936, “Carman de Cantón, Elena c. Estado Nacional”, Fallos 175:368.

18 Sigo aquí en la exposición efectuada por CASSAGNE, Juan Carlos, “El fallo “Carman de Cantón”: Un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del derecho administrativo argentino”, *LA LEY* 2002-B, 19.

O sea que la viuda del doctor Cantón, que había gozado en forma pacífica de su jubilación durante dieciocho años, se encontró de pronto no sólo sin derecho a la pensión que había solicitado sino frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas anteriormente por el causante.

Ello motivó que la actora promoviera una acción contencioso administrativa de nulidad contra el Decreto que había revocado la referida jubilación, sosteniendo el carácter irrevocable e irrevocable del derecho jubilatorio que había gozado durante tantos años el doctor Eliseo Cantón. Así, el fundamento central de su pretensión se basó en la configuración de la llamada “cosa juzgada administrativa”.

La Corte Suprema hizo lugar a la demanda de la actora declarando *“que Elena Carman de Cantón tiene derecho a la pensión que le corresponde como esposa del doctor Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida de acuerdo con el decreto de febrero 7 de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo”*.

En cuanto a los fundamentos, la Corte se planteó que correspondía averiguar si en las Leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia -judicial o administrativa- existían fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al doctor Eliseo Cantón el derecho a su jubilación en febrero 28 de 1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en junio 20 de 1933, o si, como sostuvo la actora, el acto administrativo de 1913 *“era irrevocable e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el doctor Cantón”*. (Considerando 2°).

A partir de ese primer considerando nuestro Alto Tribunal pasa a exponer los argumentos que fundan la decisión contraria al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, expresando que *“no existe ningún precepto de ley que declare*

inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades...”

Fue, pues, en este precedente – expresa Cassagne –, donde se postuló por primera vez el principio de la estabilidad o irrevocabilidad de cierta clase de actos administrativos y siempre que se dieran las características que a continuación pasaremos a enumerar:

- 1º) que se trate de actos dictados en ejercicio de facultades regladas que hubieran dado lugar al nacimiento de derechos subjetivos (Considerandos 4º, 5º y 6º);
- 2º) que no exista una ley que autorice la revocación de esta clase de actos en sede administrativa;
- 3º) dichos actos, cuando sean regulares y causen estado, generan una situación de cosa juzgada administrativa que impide su revocación por parte de la Administración Pública (Considerando 5º). El concepto de acto regular, que se define como aquel “que reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia)” constituye también otra innovación en la jurisprudencia de la Corte, que toma directamente de la obra de Félix Sarría, catedrático de la Universidad de Córdoba;
- 4º) el acto que contiene un vicio de error en el cómputo de los servicios de una jubilación se considera regular y la acción para demandar su invalidez prescribe a los dos años (art. 4030 del Cód. Civil) afirmándose que la prescripción constituye una institución de orden público que, como tal, es irrenunciable;
- 5º) se extienden, en definitiva, los efectos de la cosa juzgada judicial a los actos jurisdiccionales administrativos,

entre los cuales la Corte ubica al del Poder Ejecutivo que otorga una jubilación o pensión. Aunque, como luego veremos, la calificación del Alto Tribunal no era compatible con el sistema del derecho público argentino, lo cierto es que en la evolución posterior alcanzó a proyectarse a la mayor parte de los actos regulares dictados en ejercicio de funciones materialmente administrativas.

Si para la época -como apunta Cassagne- supuso una novedad, lo cierto es que con la consagración del instituto en las normas de procedimiento administrativo, su referencia ha quedado como un hito histórico, y la jurisprudencia de la Corte ha sido zigzagueante luego como veremos seguidamente¹⁹.

2. El caso del nombramiento o promoción ilegítimos de empleados públicos

Analizaré el caso respecto de la revocación de actos administrativos que deciden la designación de un agente público en

19 No puedo dejar de advertir el sustrato similar existente entre el caso "Carman de Cantón", con el caso de la "Viuda de Berlín" del 14/11/56 del tribunal administrativo superior de Berlín, citado por Coviello, Pedro, José Jorge, ("La Confianza Legítima", E.D. 177-894), y con el caso "Coughlan" de la Corte de Apelación Británica, que refiere Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, ("El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114/2002, Estudios, Civitas, Madrid, abril 2002, p. 233), que consagra el principio de confianza legítima «sustantiva» como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el *standard* de control de razonabilidad utilizado tradicionalmente por los Tribunales. También ha sido comentado por Craig, Paul; Shonberg, Soren, "*Substantive Legitimate Expectations After Coughlan*", *Public Law*, 2000 *Sweet & Maxwell Limited and Contributors* (P.L. 2000, WIN, 684-701), Nota al Case: R. v. North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622 (CA).

Pero en el nuestro, encontró -y encontraría actualmente- solución mediante institutos autóctonos, sin necesidad de acudir al principio de confianza legítima, más allá de compartir idéntica raíz en punto al Estado de Derecho, la Legalidad y la Seguridad Jurídica.

un cargo, o bien su promoción en una categoría superior, sin que concurran los requisitos esenciales para ello.

A. El ejercicio de la potestad revocatoria y la cesantía

En tal sentido, debemos distinguir el supuesto del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, revocando por nulos los actos administrativos gravemente viciados, con el instituto de la cesantía como sanción disciplinaria.

Así, cesante sólo puede quedar quien pertenecía a la planta de personal legítimamente; quien no lo estuvo sino de manera irregular, y revocado que fuere el acto de designación, no puede “técnicamente” ser calificado como cesantía. Por la diametral diferencia entre “cesantía” y “revocación de acto nulo” de designación irregular, entiendo que resulta improcedente intentar derivar derechos de lo ilegal²⁰.

La doctrina se ha expedido al respecto. Así, Mercado Luna²¹, al referirse a las causas extintivas menos frecuentes, en el punto²⁰ “Revocación y Rescisión”, expresa:

20 Tempranamente, ha dicho la Suprema Corte de Santa Fe que: “El nombramiento efectuado en violación de las disposiciones de la Ordenanza de Estabilidad y Escalafón de la Municipalidad de Santa Fe, no confiere derecho subjetivo a la conservación del cargo (CS Santa Fe, abril 17-964.- Antonucci, Juan c. Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, pág. 105, sum. 8).

También ha dicho que: “La estabilidad del empleado público requiere entre otros presupuestos la legitimidad de su nombramiento, extremo que no se cumple cuando el mismo se efectúa contraviniendo disposiciones legales sobre incompatibilidad (Voto del doctor Larguía. Adhirió el doctor Barraguirre). (CS Santa Fe, marzo 13-964. - Chort, Rodolfo A. c. Provincia de Santa Fe), p. 410 (LL, 116, pág. 106, sum. 12).

Igualmente sostuvo que: “No importa sanción disciplinaria la cesantía del agente dispuesta en razón de la ilegitimidad del acto de nombramiento; en consecuencia, no es menester seguir el procedimiento estatutario previsto para la aplicación de esas medidas (CS Santa Fe, abril 17-964. - Antonucci, Juan c. Municipalidad de Santa Fe), p. 88 (LL, 116, pág. 106, sum. 14).

21 Mercado Luna, Ricardo, *Estabilidad del Empleado Público*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 70.

“Constituyendo el nombramiento un acto administrativo, nada obsta en principio la decisión de revocarlo, sólo que ésta debe fundarse en razones de legalidad. Así, si el nombramiento se efectuó violando normas vigentes en la Administración, el acto naturalmente se encontrará viciado dando lugar, en consecuencia, a la revocación...” “... conviene diferenciarla de la cesantía que puede fundarse en faltas disciplinarias, en tanto que la revocación solamente en circunstancias directamente relacionadas con la designación que afectan su validez”.

Y agrega:

“... En conclusión, la revocación del nombramiento sólo afecta la estabilidad cuando se adopta alegando razones de conveniencia y oportunidad que en el fondo envuelven una motivación arbitraria de separación de funciones. En cambio, cuando la revocación se produce durante el período de prueba resulta legítima; de igual manera que en los supuestos de nombramientos hechos en contravención con las prescripciones legales. En este último sentido algunos fallos han decidido que “la revocación por carecer de uno de los requisitos para el ejercicio del cargo (en el caso, título profesional habilitante) no es una medida disciplinaria que requiera instrucción de sumario”. “También se ha declarado procedente la revocación del nombramiento cuando el agente no ha cumplido con las condiciones o exigencias y aún con los compromisos asumidos formalmente ante la Administración”.

En tal sentido, la Ley Marco de Empleo Público vigente en el orden federal, N° 25.164²², prescribe en su artículo 6° que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° o de cualquier otra norma vigente, *podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido, sin per-*

22 Boletín Oficial del 08-oct-1999.

juicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de sus funciones”.

Por su parte, Diez²³ cuando se refiere al concurso para el ingreso a la función pública, expresa que: “... Mientras que en la empresa privada, para elegir aspirantes que deben desempeñar funciones en la misma, se tiene libertad de adoptar cualquier criterio y cualquier medio para su determinación, en los entes públicos debe recurrirse al sistema de concurso...”. Agrega en su p. 518, citando a Jèze, que: “... Establecido por la reglamentación que el nombramiento debe hacerse por concurso, la omisión de realizarlo vicia de invalidez el acto...”.

Luego, cuando explica las causales de extinción de la relación funcional por actos de los órganos competentes, “1) Actos de la administración”, expresa como inciso a) Cesantía o exoneración... (p. 683), y luego en la p. 685 y ss., ubica como supuesto totalmente diferente en el inciso b) Revocación:

“... Si el nombramiento del funcionario se hizo violando normas legales, el acto estaría viciado. En esta hipótesis, si la administración comprueba con posterioridad la ilegalidad del acto, corresponde la revocación de la designación, eliminando así el acto irregular que es contrario a derecho. Por supuesto, la revocación de un nombramiento por razones de ilegalidad o de ilegitimidad es un acto completamente distinto de la cesantía. La revocación se funda en circunstancias directamente relacionadas con la designación, que afectan su validez, mientras que la cesantía se decreta por hechos funcionales posteriores e independientes del nombramiento considerado en si mismo... La revocación corresponde efectuarla al órgano competente para hacer la designación...”.

23 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo III, 2ª Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 516.

El correlato es que quien ha sido designado por un acto viciado, es lo que la doctrina ha denominado un “funcionario de facto”.

Apunta Diez²⁴ que “la diferencia fundamental entre el funcionario *de facto* y el funcionario *de iure* radica en el título originario. Mientras que el *de iure* lo tiene de la Constitución escrita o de la ley, el *de facto* lo posee irregularmente o sea con vicio. El carácter de facto surge de haberse prescindido o violado el procedimiento legal previsto para el acceso al cargo o de existir una irregularidad de investidura²⁵”. Continúa el autor de la siguiente manera:

“En cuanto al funcionario de facto, es aquel que no siendo de iure está en posesión y ejercicio de una función pública²⁶. Es el que en ciertas condiciones de hecho ocupa la función, ejerce la competencia y realiza el acto como consecuencia de una investidura irregular. La investidura irregular puede serlo desde el origen si se hubiera producido como conse-

24 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit., p. 696.

25 Cita el autor que la Corte Suprema estableció que los funcionarios o magistrados dotados de una investidura irregular, dentro de ciertas condiciones son magistrados o funcionarios de facto, sea que la irregularidad provenga de vicios atribuibles al nombramiento o la elección, sea que resulte del incumplimiento del requisito constitucional o legal de juramento impuesto como previo al desempeño de la función (Fallos 244:321). Asimismo, la CSJN se expidió sobre el tópico en fecha 23/05/2007 en la causa “Rosza, Carlos A. y otro s/rec. de casación” (Fallos 330:2361), donde luego de declarar la inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura, consideró no obstante válidas tanto las actuaciones cumplidas por el suplente como los nombramientos realizados en virtud de aquél.

26 Citando a De la Vallina Velarde (“Sobre el concepto de funcionario de hecho”, en *Revista de Administración Pública* N° 29, p. 115 y sig.), define al funcionario de hecho como aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un cargo público, le falta un requisito fundamental para hacer de él un funcionario de jure. Dice que es funcionario de hecho aquella persona física que con un nombramiento aparentemente regular y, sin embargo, jurídicamente nulo, o la que en circunstancias excepcionales, aún faltando esto, ejerza de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada.

cuencia de un nombramiento o elección irregular o puede referirse al supuesto de una investidura que ha cesado...”.

Expone como características del funcionario de facto:

“a) El desempeño anormal de un cargo público, ya sea por su ingreso irregular en un cargo legalmente creado, ya por permanencia en un cargo creado en forma legal más allá del término normal de su desempeño; b) El desempeño plausible del cargo, es decir la quieta y pacífica posesión del mismo por su aparente legalidad para el público y sus superiores, o por el beneplácito con que la colectividad ve que el funcionario lo desempeña”.

Al analizar los distintos supuestos en que se presenta un funcionario de facto, expresa Diez²⁷ lo siguiente:

“... e) Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento conocidos pero que han omitido cumplir con las formalidades que exige la ley. f) Funcionarios bajo apariencia de una elección o nombramiento irregular...”.

Precisamente –agrega– *“la apariencia de legitimidad es la que distingue al funcionario de facto de un usurpador...”*²⁸.

Entre los derechos de los funcionarios de facto, apunta Diez²⁹ que sólo podrían aspirar al cobro de los sueldos por el período de desempeño, pero nunca invocando como título el nombramiento irregular, sino por aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa, lo que obviamente no les asigna derecho a la reincorporación luego del cese dispuesto por revocación de su designación³⁰.

27 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 699 y ss.

28 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 704.

29 Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit, p. 710 y ss.

30 Una interesante comparación entre el funcionario de facto y el pretor romano, vinculados con el principio de confianza legítima, efectúa Fabrè,

Con lo expuesto, quiero evidenciar que no está en juego la garantía de estabilidad en el empleo, pues esta sólo es predicable de quienes ingresaron conforme a derecho en condiciones de igualdad con otros potenciales aspirantes (art. 16 C.N.).

Analizando la Ley que rige el empleo público en la Provincia de Corrientes, la Ley 4.067, en su Capítulo VI, prescribe los recaudos de “Admisibilidad de ingreso”³¹, y establece que “Pre-

María Carolina, “Funcionarios de facto: de roma a nuestros días. Los casos Barbario Filipo y Rosza”, en *UNLP 2008-38*, p. 558. Allí expresa la autora que: “...en los caso del esclavo-pretor y en el de los jueces subrogantes, en tanto sus actuaciones no deben ser atribuidas a las personas que ocupan tales cargos, sino a los órganos que ellos integran, es en definitiva el Estado (poder público) el que con su accionar (pretor y jueces subrogantes solucionando conflictos) evidencia una línea de actuación que lo compromete frente al resto de la sociedad, que posee la expectativa legítima de que las decisiones tomadas por los mencionados funcionarios mantendrán su valor a pesar de la irregularidad (desconocida para los sujetos pasivos de las actuaciones de los agentes públicos) acaecida en sus designaciones. “La confianza legítima, en su dimensión subjetiva, se presentaría como una forma de flexibilizar la legalidad objetiva con ocasión del examen de los casos particulares... Se presentaría así la confianza legítima como un principio que permite interpretar, modelar o conferir, en los casos concretos, las reglas de derecho objetivo”. Esta última cita permite explicar por qué los actos de los funcionarios de facto se consideran válidos a pesar de la irregularidad en la designación o nombramiento, pues si bien la lógica del derecho objetivo indicaría que el vicio en la designación del Pretor-esclavo o del juez subrogante debe traer como consecuencia la nulidad de lo actuado por éstos, a la luz del principio de confianza legítima esa lógica resulta torcida para validar tales actuaciones en pos de la seguridad jurídica, la buena fe y la equidad”.

31 Expresa en su Art. 18: “Son requisitos para la admisibilidad en la Administración pública provincial:

- a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado con la excepción establecida por el segundo párrafo del art. 24 de la Constitución de la Provincia, respecto a extranjeros.
- b) Tener dieciocho años como mínimo y sesenta años de edad como máximo; salvo cuando por razones de servicios debidamente fundadas lo justifique, podrá designarse fuera de los límites mencionados con autoridad del Poder Ejecutivo.
- c) No ser infractor a disposiciones vigentes sobre leyes electorales enrolamiento y servicio militar, salvo rehabilitación legal.
- d) Poseer aptitud psicofísica para la función o cargo a desempeñar.
- e) Poseer buena conducta.

via a la designación, el interesado deberá presentar en tiempo y forma que determine esta ley y su reglamentación, los documentos y certificaciones que corresponda, sin las que no se podrá dictar instrumento de designación” (art. 19), remarcando que “El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios establecidos en la presente ley, cuyo ingreso se realizará conforme a lo dispuesto en esta ley y su reglamentación” (art. 21), agregando rotundamente que “No se podrá designar nombrar o contratar a agentes sin que previamente existan vacantes y/o partidas presupuestarias disponibles” (art. 22).

Las consecuencias de la inobservancia de los recaudos para el ingreso se encuentran previstas en el art. 20 del Estatuto, que prescribe categóricamente que:

“Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 24 de esta ley o cualquier otra norma vigente podrán ser declaradas nulas, en cualquier momento”. La Reglamentación agrega en su artículo homónimo que: “Corresponde a la autoridad que dispuso la designación, sin perjuicio del derecho de avocación por la autoridad superior, declarar su nulidad cuando fuese efectuada en violación a lo dispuesto por los arts. 18, 19 y 24 de la ley o de cualquier otra norma vigente”³².

En punto a la relevancia del procedimiento de concurso exigido en las normas aplicables al caso como modo de acreditar la idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, el Alto

f) Cumplir los requisitos particulares que para cada grupo ocupacional establezca el régimen escalafonario pertinente.

g) Acreditar domicilio real en la provincia de Corrientes”.

32 A ello deberá sumarse al ingreso por los niveles previstos en el escalafón, en un cargo vacante y contando con partida presupuestaria (prevista además en el art. 20 de la Ley 5.571), debe efectuarse previo concurso de antecedentes y oposición, previsto en el articulado del Estatuto en sus distintos niveles (art. 215 y ss., 233 inc. e), 265), y cuya inobservancia torna operativo lo establecido en el art. 20 referenciado, cuando refiere a “cualquier otra norma vigente”.

Tribunal³³, remitiéndose por mayoría a lo Dictaminado por el Procurador General, expresó que “... *al disponer el llamado a concurso para cubrir una vacante, coadyuva a garantizar la condición de idoneidad para ocupar empleos o cargos públicos, principio de rango constitucional consagrado en el art. 16*”, remitiendo asimismo al precedente de Fallos 321:703.

Comentando la norma análoga del art. 9º de la Ley Nº 22.140 de empleo público nacional –ya derogada–, Guillermo Pose expresó que “... *queda claramente establecida la facultad de la Administración Pública para declarar por sí y ante sí la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se hubieran efectuado designaciones de personal contraviniendo el régimen legal establecido, “cualquiera sea el tiempo transcurrido”... No se distingue entre actos nulos y anulables, comprendiendo por tanto a ambos, es decir, cualquiera sea la gravedad del vicio puede ser dejada sin efecto la designación, quedando implícitamente sin aplicación las normas que sobre revocación de actos contiene la Ley 19.549, de procedimientos administrativos, modificada por la ley 21.686, en sus arts. 17 y 18...*”³⁴.

En idéntico sentido se expresó Belisario J. Hernández, quien comentando la misma norma legal, expresara bajo el título “IV. Revocación de nombramientos nulos por violatorios a las disposiciones de los arts. 7º y 8º del Régimen Jurídico”, que:

“...En muchas oportunidades en la Administración pública se han presentado casos de designaciones de personas que no contaban con los requisito de idoneidad “*lato sensu*” exigidos por las normas vigentes o bien que se encuadraban en alguna de las prohibiciones para el ingreso. Trátase de los llamados nombramientos nulos. La solución se hallaba en

33 CSJN, 08-05-2007, O. 656. XL. Recurso De Hecho “Olavarría y Aguinaga Jesús María c/ Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 330:2180.

34 Pose, Guillermo, *Régimen jurídico de la función pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 46.

la revocación del correspondiente acto administrativo. Pero en tales casos y con posterioridad a la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos y en especial a partir de la reforma de su art. 17, la Administración encontró una valla insalvable en el citado art. 17 que obliga a iniciar un verdadero proceso o acción de lesividad dirigido a obtener la anulación judicial del acto de designación por ser irrevocable en sede administrativa cuando se dan los requisitos impuestos por la aludida disposición legal. El problema de marras encuentra solución en lo estatuido por el art. 9° del Régimen Jurídico, al disponer que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7° y 8°, o a cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido” y por supuesto, “sin perjuicio de la validez de los actos y de las prestaciones cumplidas durante el ejercicio de las funciones...”. Obvio es destacar, que en la materia de que trata este art. 9° torna inaplicable lo dispuesto por el art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos”³⁵.

Ello significa que, por aplicación del principio *lex specialis derogat generalis*, es que la norma del art. 20° de la Ley 4.067 desplaza, por su especialidad, a las normas que de manera general regulan lo relativo a la revocación de actos administrativos (Arts. 175 a 184 de la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos).

La interpretación se ve respaldada por lo que decidiera el Alto Tribunal en un caso análogo, cuando dijera que: “*A fin de resolver si procede la revocación en sede administrativa del acto afectado de nulidad no basta considerar el art. 17 de la ley 19.549, que es de carácter general -regulador del acto administrativo como género- sino que es menester su relación con normas de carácter particular que establecen el régimen aplicable a una especie de actos administra-*

35 Hernández, Belisario J., “Algunos aspectos del régimen jurídico básico de la función pública”, en *ADLA 1980-A*, p. 21.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

tivos y que, por su carácter particular deben prevalecer sobre el citado art. 17”³⁶.

Idéntico temperamento sostuvo la CSJN en materia jubilatoria, al expresar que: “... El Art. 15 de la ley 24.241 constituye una excepción a lo dispuesto por el Art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en tanto amplía las facultades de la administración en materia de revisión de sus propios actos e indica que sólo es procedente cuando exista una nulidad absoluta y manifiesta que resulte de hechos probados, como únicos presupuestos que habilitan la vía para anular un acto...”³⁷.

Aún así, la norma en cuestión no contradice, antes bien, reafirma el criterio mentado por las Leyes generales de procedimiento administrativo sobre esta cuestión³⁸, por caso, la Ley 3460 de Corrientes prevé que podría válidamente el Poder Eje-

36 CSJN, S. 142/87. “Cabanas, Ramón s/ regularización del pago del haber”. 23/02/88. Fallos 311:160.

37 CSJN -06/02/2004, B. 826. XXXVII- “Bruzesi, Nazareno c/ ANSeS s/ cargo contra beneficiario”. Fallos 327:30. Allí no obstante se declaró nula la actuación administrativa, por violación del derecho de defensa del administrado, en base a las siguientes consideraciones: “La ANSeS no podía invocar genéricamente la existencia de un “error de cómputo de servicios en relación de dependencia”, sino que debía indicar expresamente en qué consistía dicha equivocación, por lo que la referida omisión resta fundamento válido a la resolución revocatoria y produce una violación al derecho de defensa del administrado...” “la declaración de voluntad que se expresa en un acto administrativo aparece como un conjunto de formalidades que no han respetado en debida forma el derecho de defensa, pues lo manifestado por el beneficiario al momento de formular su descargo, en el sentido de que no se le permitió tomar vista de las actuaciones y de que el empleado que lo atendió se limitó a hacerle entrega de fotocopias del trámite, no ha merecido refutación por parte de la ANSeS y pone de manifiesto que existió la irregularidad de procedimiento invocada...” “Ello es así pues la demandada no ha posibilitado al apelante ejercer en plenitud su derecho a ser oído y producir prueba en su descargo, como tampoco ha podido hacer valer todos los medios conducentes a su defensa de conformidad con las leyes de procedimiento administrativo, por lo que resulta claro que se ha lesionado el debido proceso adjetivo.”

38 No obstante, existiendo normas especiales que regulan el punto, resulta improcedente la aplicación supletoria de la Ley general de procedimientos administrativos.

cutivo por sí y ante sí dejar sin efecto y declarar nulos los actos dictados en contravención a las normas, y que el art. 184 de dicha ley estatuye como “deber”, como facultad “reglada”, dado que no obstante haberse generado prestaciones, exceptúa – y por ende restituye la potestad en cabeza del Ejecutivo – cuando el particular conocía el vicio.

Así lo ha entendido, entre otros, García Pullés³⁹, a la hora de interpretar similares preceptos de la ley nacional 19.549, y no obstante que en ese ámbito se habla de que se hubiesen comenzado a generar derechos subjetivos, y que no está prevista de modo expreso la aplicación de las excepciones del acto anulable al acto nulo, como sí lo está en la norma provincial.

No obstante, la aplicación de las excepciones del acto anulable al acto nulo en el orden federal, ha sido sostenida por la CSJN en la causa “Almagro”⁴⁰, cuando entendiera lo siguiente: “...5°) *Que una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, parte 1a. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inte-*

39 García Pullés, Fernando (Director), “Régimen de Empleo Público”, en *La Administración Nacional*, Serie de Legislación Comentada, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 114 y ss.

40 CSJN, 17/02/1998. A-1136.XXXII-R.H. “Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 321:169, ED 178:676, en esta última con Nota a fallo de Diez, Horacio Pedro, “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la corte suprema de justicia de la nación en el caso ‘almagro’”. Se trataba casualmente de un supuesto de designación irregular, donde las agentes de la planta de personal no docente de la Universidad Nacional de esa ciudad interpusieron recurso directo -previsto en el art. 32 de la ley 24.521 -, contra la resolución N° 374/95 por la que el consejo superior había dejado sin efecto la designación de aquéllas, y que fuera declarada nula por la Cámara Federal de Córdoba, luego revocada por la CSJN.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

ligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas 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...”.

La alternativa más conservadora sería la que establece que no pudiendo ser revocado el acto en sede administrativa por haber generado derechos subjetivos, aún derivados de un acto nulo, es promoviendo la acción de lesividad para revocar su designación⁴¹. Especialmente, ello procederá cuando existan dudas fundadas acerca de si el beneficiario del acto nulo conocía el vicio que lo afectaba, obrando con un grado de prudencia que dependerá del grado de formación que posea la persona⁴².

No obstante, García Luengo ha señalado la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, pues lo que se consigue con la generalización de aquélla es disminuir la eficacia de la labor de la Administración sin que el ciudadano mejore su situación ya que se verá inmerso en un costoso y largo pleito a cuyo final puede ver cómo los beneficios derivados del acto le son arrebatados con efecto retroactivo⁴³.

En el ámbito del Poder Judicial, merece destacarse lo resuelto en el caso “Peña Onganía”⁴⁴, en el cual se rechazó la demanda deducida por un agente del Poder Judicial contra la

41 Se ha insinuado que ello constituye un excesivo rigorismo formal (Disidencia de los Dres. Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez). (CSJN, 17/09/96. B. 544. XXIV. “Benítez, Eduardo Alcides c/ Municipalidad de Concepción del Uruguay”. Fallos 319:2005).

42 Veremos luego que el estándar difiere entre el simple ciudadano y el comerciante calificado, calidad que invisten quienes contratan con la administración en vínculos distintos al empleo público.

43 García Luengo, Javier, *El Principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 260 a 262.

44 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 26-03-2009, “Peña Onganía, Matías G. v. Estado Nacional - Ministerio de Justicia”, Consid. VII, último párrafo. (JA / Jurisprudencia Anotada, 26 de mayo de 2010).

resolución de la Corte Suprema que revocó el anterior acto de la Dirección de Administración Financiera que había reconocido el derecho a que en la bonificación por antigüedad le sean computados los años que se desempeñó en el Colegio Militar de la Nación, dado que ese acto fue ilegítimo por tener un grave error de derecho al no encontrar sustento en la normativa que resulta aplicable -la resolución del Ministerio de Defensa 186, que establece que no son computables como años de servicio-; razón por la que se sostuvo que:

“... debe concluirse que podía ser revocado en sede administrativa, en tanto que aun suponiendo que no se trataba de un vicio manifiesto que pudo no ser conocido por el actor, y estando demostrado claramente, incluso en esta instancia judicial, que el actor no tenía derecho al cómputo pretendido, declarar la ilegitimidad de la resolución de revocación del primitivo reconocimiento por la omisión en iniciar la correspondiente acción de lesividad sería apegarnos a un criterio formalista que no conllevaría beneficio alguno para el actor más que postergar la resolución final del conflicto suscitado ...”.

En otros casos, se convalidó la potestad revocatoria con fundamento en que el acto no había generado aún derechos subjetivos⁴⁵.

Al respecto, se expresó lo siguiente:

“... El acto administrativo notificado al agente dado de baja por el cual se había ordenado la cancelación de su crédito indemnizatorio conforme a una determinada liquidación,

45 La Ley Federal de Procedimientos Administrativos 19.549, prescribe en su Artículo 17 “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y *hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo*, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.-

la cual luego fue revocada por la Administración por contener un vicio grave en su causa legal al haber omitido considerar la base de cálculo prevista en el art. 17 del decreto 1226/89, no generó derechos subjetivos a favor del actor que se hubieren estado cumpliendo, en la medida en que la deuda todavía no había sido cancelada, siendo el requerimiento de pago suscripto por el actor insuficiente a tales efectos..."⁴⁶.

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) ha sostenido que, pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular⁴⁷. En otros casos, ha dicho que la circunstancia de que el interesado pudo no haber obrado de mala fe, no impide la revocación del acto administrativo, ya que sólo basta para que esta medida proceda que el beneficiario hubiera tenido conocimiento del vicio⁴⁸.

46 CN. Fed. Contencioso administrativo, Sala II, 14/03/2006. Gordillo, Jorge H. "c. Administración Nac. de la Seguridad Social", *La Ley 2007-b*, p. 452, con nota de Susana E. Vega - *La Ley 2008-A*, p. 35, con nota de Fernanda Crespo.

En idéntico temperamento, se pronunció la CSJN fecha 08/09/2003, causa "Miragaya, Marcelo Horacio c. Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo -ley 16.986" (M.530.XXXVII), Fallos 326:3316- [EDA, 2003-315], al expresar que "...La revocación de licencia de radiodifusión dispuesta por la resolución se ajustó a lo dispuesto en el art. 17 de la ley 19.549 y no violó los límites del acto irregular en sede administrativa impuestos por aquélla, pues aun cuando se juzgare que dicho acto se encontraba firme, al momento en que se dispuso la revocación no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo, ya que la autoridad competente no había todavía dispuesto la fecha de comienzo de las transmisiones".

47 Cita a Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Tomo I, p. 373) (Dictámenes 233:240; 235:326).

48 PTN, Dictámenes 237:512. Acerca de las distintas doctrinas elaboradas sobre el particular, puede verse el artículo de Comadira, Julio Pablo, "¿Cuándo el particular "conoce el vicio" del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA", *EIDial.com*, Suplemento de Derecho Administrativo, 19.11.2002.

En el asesoramiento señalado en el párrafo precedente, invocando doctrina de la CSJN, se expresó que *“la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles, y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario”* (conf. Fallos 265:349).

La CSJN ha expresado, además del ya citado caso *“Almagro”*, 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”*⁴⁹.

Con un criterio similar, expresó el Organismo asesor que, desde el momento que en nuestro derecho la ley se presume conocida, si el acto se encuentra afectado de un vicio que conlleva su nulidad absoluta, la Administración debe revocarlo ya que se encuentra en juego el interés público, que está por encima del interés del particular⁵⁰.

Por su parte, la Subsecretaría de la Gestión Pública dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, órgano rector en materia de empleo público nacional, apoyándose en dictámenes de la PTN, ha expresado que: *“La omisión del cumplimiento del sistema de selección no se subsana con el paso del tiempo y, a su vez, dicha circunstancia es plenamente conocida por los agen-*

49 CSJN, 23-4-91, *“Furlotti Setien Hnos. S.A. c/Instituto Nacional de Vitivinicultura”*, LL 1991-E: 238, Fallos 312:322; v., en igual sentido, CSJN, 9-6-87, *“Budano R. c/Facultad de Arquitectura”*, LL 1987-E:191, Fallos 310:1.

50 PTN, Dictámenes 236:91; 265:349.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

tes así designados: quienes transitoriamente se ven beneficiados con designaciones directas y sin oposición de otros aspirantes conocen, pues lo impone la ley, que carecen del derecho a los beneficios que la Carrera consagra para el personal permanente. Es que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional” (cfr. PTN Dict. 202:151; 233:94, 400 y 408)⁵¹.

Resulta concordante la jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, de conformidad a los criterios que, en materia de empleo público, ha venido sosteniendo a lo largo del tiempo⁵².

Allí, en el Punto 1.3. Nombramiento irregular, se expresa:

“Del modo que se tratara, básicamente, el derecho a la estabilidad del agente en su empleo se vincula al de la carrera administrativa. En dicha télesis los nombramientos efectuados en transgresión a las normas estatutarias que rigen la relación de empleo, como cuando el ingreso no se produce en una categoría correspondiente a la clase inicial –que involucre a la función a cubrir o cuando se efectúa directamente en un cargo jerárquico–, se denominan “irregulares” y, por tanto, no confieren el derecho a permanecer en el cargo. Así pueden ser dejados sin efecto por la sola comprobación en el acto de designación de dicho vicio (B.52.049 “Ghedin”, sent. 10-06-97). La autoridad administrativa se encuentra facultada a anular sus propios actos cuando se hubieren dictado contra legem (Art. 117, Ley N° 7.647; B.51.891 “Grabois”, sent. 03-03-92).

Por lo tanto la irregularidad en el acto de nombramiento torna legítimo aquel otro por el cual se dispone la cesantía del

51 Dictamen de la Oficina Nacional de Empleo Público N° 1332/06 del 28-03-2006.

52 Condensados en artículo publicado en la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, titulado “El ingreso, la carrera y la extinción de la relación de empleo público. análisis de fallos relevantes de la suprema corte de justicia de la provincia de buenos aire” (1ª Parte) (RAP BA, N° 5, p. 17 y ss.).

agente designado en virtud del acto irregular. Dicha circunstancia no resulta violatoria del derecho a la estabilidad del empleado, como se señalara, pues la garantía que sólo ampara a las designaciones efectuadas conforme a la carrera administrativa (B.49.724 “Requejo”, sent. 16-06-87; B.49.764 “Serrantes” sent. 05-04-88; B.52.270 “Martinez”, sent. 13-02-96; B.49.776 “De Lillo”, sent.23-06-87).

Derivado de tales premisas, puede apuntarse que no existe infracción a la garantía apuntada cuando, no obstante el transcurso del plazo de seis meses en el ejercicio de la función, el agente no ingresó en el plantel permanente de personal (B.56.138 “Moya”, sent. 29-08-01). Ello por cuanto la irregularidad de la designación impide al accionante adquirir ese status, resultado del incumplimiento de la norma estatutaria que rige el ingreso de los agentes a sus respectivos cargos. Por lo tanto no pueden invocarse derechos subjetivos al amparo de la idoneidad personal. Ello así porque la adquisición de los derechos resulta del proceso impuesto por la normativa aplicable para tales menesteres (B.51.891, cit.)“..., entre ellos, agrego, el ingreso por la categoría inicial, mediante un riguroso concurso de antecedentes y oposición.

En sentido concordante, otros tribunales han decidido que:

“Resulta legítima la actividad revocatoria de la Municipalidad que dejó sin efecto la resolución por la cual se incluyó al actor como personal de la planta permanente sin que haya participado en concurso o evaluación alguna, dado que aquella designación conlleva un vicio que determina su nulidad absoluta, pues, fue dictada en violación a lo dispuesto por la ley 643 de la Provincia de La Pampa”⁵³.

53 Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A(STLaPampa)(SalaA), 28/02/2006: “Balda, Néstor A. c. Municipalidad de Macachín”, LLPatagonia 2006 (junio), 377).

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

Merece igualmente destacarse el caso fallado por el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en la causa “Miño”⁵⁴, en el cual sostuviera que:

“... la designación directa no otorga derecho a la estabilidad en el cargo pues trasunta un obrar del Estado contrario al procedimiento instituido por el plexo normativo, lo cual lleva a recordar el principio de legalidad que necesaria e ineludiblemente debe guiar el proceder del Estado”. Agregó que en punto a la irregular designación del actor, que se deriva de su oposición al régimen jurídico vigente, (...) “el mantenimiento de las irregulares designaciones de otros agentes, no puede conducir a la repetición de igual práctica respecto al actor pues implicaría su lisa y llana convalidación”.

Sobre la prevalencia del “Principio de Legalidad”⁵⁵, estimó que “...debe prevalecer el principio de legalidad en el desempeño de los órganos del Estado”, pues “la acogida de la presente acción tornaría ilusoria la doctrina de este tribunal varias veces reseñada, que sentó como inexcusable compromiso del Estado el cese de una práctica contraria a la ley, cuya paradójal validez reclama el actor”.

54 STJ, Prov. Tierra del Fuego, “Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo”, del 2 de octubre de 2009, publicado en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 382, Julio 2010, Ediciones RAP, Buenos Aires, p. 93, con nota de Sánchez Caparrós, Mariana, “El cumplimiento de los requisitos para el ingreso a la administración y para el otorgamiento de ascensos como condición para la adquisición de la estabilidad propia o absoluta. A propósito de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego en los autos Miño, José Cristian c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Sumarísimo”.

55 Abundó sobre el principio de legalidad expresando que “constituye el axioma sobre el cual se edifican y tutelan los derechos esenciales del ciudadano a partir de la sujeción de la premisa menor a la mayor. Esa es la manera de salvaguardar los derechos individuales y sociales de los intereses del poder cuyo ejercicio merece el necesario control jurídico. En ello reside el juego de mutuos controles y de “pesos y contrapesos” inherente a la forma republicana de gobierno”.

Puntualizó respecto de “la doctrina de los propios actos”, que

“La regla venire contra factum proprium nulli conceditur no juega igual respecto de la conducta del Estado que del comportamiento de particulares [...]. Si contra la Administración no rige la prohibición de alegar la propia torpeza, ya que salvo disposición en contrario debe revocar o demandar la anulación de sus actos viciados, menos aún cabe impedirle que, al advertir las graves deficiencias de su obrar en algunos casos, las corrija razonablemente en otros semejantes”.

Precisamente, una de las prerrogativas formidables con que cuenta la Administración Pública en nuestro país y en el derecho comparado, es la de poder alegar su propia torpeza, es decir, volver sobre sus propios actos cuando estos son ilegítimos⁵⁶, pues las potestades otorgadas a los órganos estatales los son en aras al bien común, y es ese interés de la comunidad el que ha validado el otorgamiento de tales prerrogativas. Bien podría entonces actuar como celosa guardiana de las formalidades – recordamos que impuestas por normas imperativas, no disponibles por ningún funcionario de turno –, volviendo contra los actos palmariamente ilegítimos, respecto de los cuales ningún ciudadano pudo haber abrigado expectativas “legítimas” de un comportamiento futuro.

Tampoco cabe hablar de vulneración de la seguridad jurídica, pues precisamente, fue este principio el que gravita necesariamente para disponer la nulidad de los actos gravemente viciados.

Respecto a ambas cuestiones, sostuvo la PTN que: “La teoría de los actos propios no puede ser, en el caso, invocada en contra

56 El punto he analizado en Rey Vázquez, Luis Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el Derecho Administrativo”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 89, Septiembre/Octubre 2013, Editorial Abeledo-Perrot, ISSN 1851-0590, pp. 1535/1561.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

de la Administración, pues la conducta anterior no ha sido válida y plenamente eficaz, en tanto se trata de un acto que no ha emanado de un órgano competente”.

Y que

“El principio de seguridad jurídica no puede ser invocado para sustentar la ilegitimidad de la revocación del acta de acuerdo sub examine, pues justamente la necesidad de preservar la seguridad jurídica alterada fue lo que condujo a la Administración a revocar el acto nulo de nulidad absoluta oportunamente analizado” 57.

Finalmente, y en punto a la potestad revocatoria de designaciones irregulares ante la inobservancia del recaudo del concurso para el ingreso, resulta relevante traer a colación lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en el caso “Masuero”⁵⁸, donde sentó las siguientes reglas: “El procedimiento de selección por concurso de los empleados públicos es un elemento de juridicidad, que condiciona la validez del acto de nombramiento y la posibilidad de ingreso en calidad de personal de planta permanente (art. 17 de la Constitución Provincial). En otras palabras, es un elemento constitutivo del derecho a la estabilidad amparado por el artículo 23 inciso 13 de la Constitución Provincial, en concordancia con los artículos 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Por ello, la naturaleza precaria de una designación en planta permanente que no observa la legislación vigente, es inhábil para generar por sí derechos adquiridos, salvo en lo que se refiera a la retribución por los servicios efectivamente prestados e ingresados al patrimonio de cada agente”.

57 PTN, 23 de Enero de 2001, EDA, 01, p. 00J11286.

58 STJ de Cordoba - Sala Contencioso Administrativa - 15/04/2014, Sent. N° 16 - “Masuero, Paola Daniela C/ Municipalidad De Malagueño - Plena Jurisdicción - Recurso Directo” (Expte. N° 1774680) - en *EIDial.com*, Edición Córdoba, 06-06-2014.

También efectuó las diferencias entre lo aquí resuelto y el precedente “Madorrán”⁵⁹ de la CSJN, diciendo que: *“La doctrina del precedente “Madorrán” no es aplicable al caso de autos donde la actora no incorporó a su patrimonio el referido derecho a la estabilidad, ya que el acto de designación en planta permanente estaba condicionado en su validez, a la observancia del procedimiento previo y regular de selección por concurso, lo que ha quedado de manera incontrovertida que no se verificó respecto del Decreto 176/07 de nombramiento, por lo que su ulterior revocación deviene legítima. Mientras en “Madorrán” la actora era titular del derecho a la estabilidad por un acto de designación legítimo, en autos, precisamente, lo debatido es el carácter irregular de la designación en planta permanente dispuesta por el Decreto 176/07 que al no haberse llevado adelante el procedimiento de selección por concurso, no tiene aptitud jurídica para conferir en propiedad el derecho a la estabilidad y, la nulidad absoluta podía ser declarada de oficio por la Administración, tal como lo hizo mediante el dictado del Decreto Número 007/08. En “Madorrán” la Corte analizó si la norma que sometía a la actora a un régimen de inestabilidad laboral resultaba compatible o no con la estabilidad del empleado público, que prescribe el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, concluyendo en sentido adverso a la validez constitucional de la normativa del convenio colectivo de trabajo. En cambio, en el sub examine, los artículos 174 de la Constitución Provincial y 17 de la Carta Orgánica Municipal armonizan con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, al establecer las condiciones esenciales previas que debe satisfacer un acto de designación para conferir en propiedad el derecho a la estabilidad”.*

La propia CSJN en el citado caso “Madorrán” dejó claramente establecido que lo allí resuelto no resulta predicable sin más a cualquier tipo de agentes públicos y en cualquier ámbito.

59 CSJN, 03-05-2007, “Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas”, Fallos 330:1989. Allí sostuvo la Corte que la estabilidad propia reconocida al empleado público por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa el derecho a no ser segregado de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, acreditada justamente en el procedimiento tendiente a hacer efectiva su responsabilidad disciplinaria. Pero eso en caso de designaciones legítimas.

En tal sentido, Considerando 10º), segundo párrafo del Voto de la Mayoría expresó:

“... En cuanto al primer aspecto, debe señalarse, por un lado, que considerar el derecho a la estabilidad de relativo, tal como ocurre con otros derechos constitucionales, tiene como finalidad esclarecer su contenido en términos generales, a fin de advertir que éste no comprende, sin más, todo supuesto de separación del agente de su cargo. De no ser esto así, debería entenderse, vgr., que el art. 14 bis protege incluso a los agentes que fueran objeto de dicha medida por causas razonables y justificadas de incumplimiento de sus deberes, conclusión sin duda insostenible (v. Fallos: 270:69, 72, considerando 3º, y 275:544, 547, considerando 10). A ello se suma, por el otro, que tampoco resulta dudoso que del carácter antes señalado no se sigue, necesariamente, que el art. 14 bis excluya la estabilidad propia. La norma, en suma, hace acepción de situaciones y circunstancias, que el intérprete deberá desentrañar en cada caso, y sobre las cuales no corresponde que esta Corte se pronuncie pues, como órgano jurisdiccional, su cometido debe circunscribirse a resolver la precisa contienda llevada ante sus estrados...”⁶⁰.

Una modulación reciente se ha dado en la jurisprudencia del Alto Tribunal, al revocar una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que había convalidado una Ordenanza municipal por la que se anularon en sede administrativas designaciones de agentes en planta per-

60 De manera más contundente aún, en el voto de la señora vicepresidenta doctora doña Elena I. Highton de Nolasco y del señor Ministro doctor don Juan Carlos Maqueda, Considerando 10) expresó la Corte: “... Que, no obstante lo señalado, es preciso destacar que lo aquí resuelto no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración Pública Nacional. La solución de cada caso está condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración y requiere, en consecuencia, el *examen de la forma de incorporación del agente*, de la normativa aplicable y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación...”.

manente sin previo concurso, considerando que en el caso no aparecía como una exigencia clara la obligatoriedad del referido procedimiento para el ingreso a los cargos.

Así, en el caso “Kek”⁶¹, recordó:

“... 6º) Que esta Corte tiene dicho que los actos administrativos firmes, que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó si generaron derechos subjetivos que se incorporaron al patrimonio de sus destinatarios (Fallos: 175:368; 285:195; 308:601; 310:1045; 327:5356, entre muchos otros). También ha señalado el Tribunal que este es un principio “de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es la seguridad” (Fallos: 310:1045 y 327:5356)...”.

A renglón seguido, expresó:

“...7º)” Que, de todas maneras, la regla no es absoluta, como tampoco son absolutos los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional (artículos 14 y 28 de la Carta Magna). En este sentido, la Corte ha manifestado reiteradamente que la estabilidad de los actos administrativos cede cuando la decisión revocada carece de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectada de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido; fue dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados; o, en otras palabras, fue dictada a raíz de un error grave de derecho (Fallos: 258:299; 265:349; 285:195; 316:3157; 327:5356, entre muchos otros). En estos casos, la facultad

61 CSJN, 25-03-2015, “Kek, Sergio Leonardo y otros e/ Municipalidad de Coronel Du Graty”, CSJ 35/2013 (49-K)/CS1.

revocatoria encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares (Fallos: 314:322, considerando 70 y sus citas)..”.

No obstante, luego de señalar que el Superior Tribunal de Justicia provincial interpretó y aplicó mal la doctrina de la CSJN, al no tener en cuenta que “... 8º) ... *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, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo*” (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)..”.

En el caso, sostuvo la Corte que no se encuentra probado que la ordenanza 375/03 exhiba vicios “graves y ostensibles”, en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, pues “...la norma reúne todos los requisitos esenciales de forma y competencia que hacen a sus condiciones validez (doctrina de Fallos: 175:368). A su vez, en cuanto a su contenido, no puede afirmarse que el acto haya sido dictado con “grave error de derecho”.

En efecto, tuvo en cuenta el Alto Tribunal que “... *Por un lado, la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal...*”, y además, salvo una agente que tuvo cuatro años de antigüedad, los restantes empleados se habían desempeñado en planta transitoria durante más de ocho años...”, por lo que estima que “... la ordenanza 375/03 tuvo la intención de cumplir con la manda cons-

titucional del artículo 14 bis de la Constitución Nacional teniendo en cuenta que, según el criterio adoptado por esta Corte en Fallos: 333:311 (“Ramos”), la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la administración...”, por lo que no pudo revocarse en sede administrativa el acto de designación (Considerandos 8° a 10°).

Con lo resuelto en el caso, se altera la regla que expresara en anteriores precedentes acerca de que la garantía de estabilidad en el empleo jamás puede derivarse de una designación irregular⁶².

B. Promociones irregulares

Acerca de los casos de promociones irregulares, en la medida en que se encuentra previsto en los diversos regímenes de empleo la observancia del concurso, existen pronunciamientos análogos a los que recayeron en supuestos de designaciones irregulares.

En un caso se rechazó parcialmente la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por un empleado municipal con la finalidad de obtener la declaración de nulidad del decreto por el que se dejó sin efecto los actos mediante los cuales el mismo agente dispuso su ascenso a la mayor categoría -en el caso, refrendaba los decretos como secretario de Gobierno-, sosteniendo en tal sentido “... pues no pueden invocarse derechos subjetivos adquiridos cuando el bien común ha sido lesionado a través de un acto adminis-

62 Incluso ha dicho reiteradamente la Corte que “Ningún derecho puede “adquirirse” sin cumplir con la totalidad de las condiciones sustanciales y de los recaudos formales” (Fallos: 178:431; 238:496; 298:472; 307:305; 317:1462, entre otros).

trativo generado por el futuro beneficiario, creando privilegios individuales irritantes que debe soportar la sociedad toda..."⁶³.

Comentando el fallo, GUSMÁN expresa que "... A tenor de las circunstancias del caso⁶⁴, pareciera confirmarse el criterio de un autor⁶⁵ respecto a que las designaciones políticas deberían limitarse a los niveles más directamente conectados con los cargos de gobierno y durar solamente el tiempo que permanezca en funciones quien hizo las designaciones. Frente a estructuras administrativas con las patologías que relatan la sentencia glosada y sus antecedentes fácticos, el procedimiento que debe seguirse como regla general para la selección y promoción de los recursos humanos es el concurso. La carrera administrativa presupone, como derivación necesaria de las condiciones en que se desenvuelve, el derecho a la equivalencia de oportunidades. Nuestra Constitución Nacional, en su art. 16, consagra el derecho a la igualdad para acceder a los cargos públicos sin otra condición que la idoneidad. La frustrada reorganización administrativa comienza con la selección y promoción de los mejores. Los marcos regulatorios del derecho a la carrera de los agentes públicos deben prever procesos de selección tanto para el ingreso como para la promoción..."

Finalmente, en un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se resolvió que "...

63 CCivCom. Familia y Trab. Marcos Juárez, 13/12/2001, "Cesano, Alfredo F. c. Municipalidad de Colonia Bismarck", LLC 2003 (marzo), 255 - LLC 2003 (setiembre), 934, con nota de Gusman, Alfredo Silverio, "La potestad revocatoria de la Administración en el contrato de empleo público".

64 Los hechos que describe al autor son los siguientes: Ingresa en el año 1980, hasta que en el año 1983 es designado en calidad de Secretario de Gobierno, primero en forma interina y luego en forma titular. Cuando se lo titulariza, retiene un cargo jerárquico. Durante el ejercicio de su rol de Secretario (de naturaleza política y por ende sin estabilidad), diversos actos administrativos provenientes del Ejecutivo municipal (que el actor integraba y hasta refrendaba) fueron concediéndole ascensos en su carrera administrativa (cargos que en principio se encuentran amparados por la garantía de la estabilidad). Cesada su actuación en el cargo político, su pretensión es retornar su carrera administrativa desde la máxima categoría que prevé el estatuto, conforme a los ascensos dispuestos.

65 Se refiere a Carlos NINO, en su obra *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, ps. 234/235.

Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad articulado contra la resolución de Cámara que consideró que el conocimiento del vicio habilita la revocación administrativa del acto que disponía ajustar la situación de revista del actor, independientemente de la mala fe de este -en el caso, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó un decreto revocatorio del decreto de promoción que omitió el concurso para el cargo-, pues aquella para llegar a su decisión analizó las normas que regulan la promoción de empleo público, la validez de los actos administrativos y las reglas de revocación de la Administración, sin haber logrado el actor demostrar el desapego constitucional en dicha resolución...”⁶⁶.

3. La potestad revocatoria en otros contratos administrativos

Cabe recordar que en materia de contratos administrativos, y el de empleo público es una de sus especies⁶⁷, la jurisprudencia de la CSJN reafirmó con mayor rigor la vigencia del Principio de Legalidad, fulminando con nulidad absoluta los actos dictados en contravención de las formas esenciales regladas para su validez y eficacia.

66 TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09/04/2003, “Labayru, Julia E. y otros s/queja en: Labayru, Julia E. y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley 2004-A*, 325, con nota de Carrillo, Santiago R., “¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto”, *LA LEY 2004-A*, 324.

67 No es unánime dicha posición. Apunta BIANCHI al respecto que “... Es perfectamente conocido el debate entre los contractualistas y los estatutarios acerca de la naturaleza de la función pública. Para los primeros se trata de un contrato administrativo celebrado por acuerdo de partes. En opinión de los segundos, se trata de una relación de tipo reglamentario...”, señalando como referente de la primera al Profesor Marienhoff, y de la segunda, al Profesor Manuel M. Diez, así como que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido sinuosa, aceptándose en algunas ocasiones la tesis contractual (Fallos 194:111) y en otros la estatutaria (Fallos 220:383), inclinándose el autor por la tesis estatutaria (Bianchi, Alberto B., “Notas acerca de la función pública y su función constitucional”, En Young, Carlos A. M. y Bianchi, Alberto B., *Régimen jurídico básico de la función pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, p. 18).

Respecto a la gravitación del Principio de Legalidad, y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos⁶⁸, ha dicho el Alto Tribunal:

“En materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal”⁶⁹.

También se ha sostenido que: *“La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (...) La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que éste queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”*⁷⁰.

Siendo el contrato de empleo público una especie del género “contratos administrativos”, donde las formalidades resultan esenciales para la existencia del contrato, y habiéndose omitido

68 CSJN, 17/02/1998, S 1713 XXXII; “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174. “El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa”.

69 CSJN, 22/12/93, E. 286. XXII. “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”, Fallos 316: 3157.

70 CSJN, 01/06/2000. “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)”. Fallos 323:1515; CSJN, 11/07/2000, “Servicios Empresarios Wallabies S. R. L. c. Provincia de Salta”, LA LEY 2000-F, 373 - Fallos 323:1841.

el procedimiento imperativamente fijado –concurso de antecedentes y oposición– resulta palmaria y evidente la ilegitimidad de las designaciones efectuada prescindiendo de aquél, que tratándose incluso de otros contratos y ante la omisión del procedimiento imperativamente fijado –licitación o concurso públicos– ha postulado directamente su inexistencia.

Corresponde recordar que el procedimiento de concurso para el acceso a la función pública es un correlato de los principios de transparencia, publicidad e igualdad en las contrataciones públicas en general, que vienen impuestas – antes que nada – por normas supranacionales, como ser la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759, que establece como medidas preventivas a observar por los Estados, entre otras, la existencia de “sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

Al respecto, ha señalado Gordillo, al referirse al impacto en el orden interno de la incorporación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y su incidencia en las contrataciones administrativas:

“...Es fundamental destacar una fuerte limitación a la discrecionalidad administrativa que la CICC incorpora al derecho supranacional, ergo también interno: varios nuevos principios o conceptos jurídicos vigentes, que son obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales y municipales, rentados y ad honorem u honorarios. Especialmente en materia de contrataciones públicas, la publicidad, la equidad y la eficiencia. No se trata de “palabras” sin connotación jurídica, son principios jurídicos indubitables cuyo incumplimiento comporta violación del orden jurídico interno y supranacional”⁷¹.

71 Gordillo, Agustín, “Un corte transversal al Derecho Administrativo: la Convención Interamericana contra la corrupción”, *La Ley* 1997-E, 1091.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

De manera aún más explícita se pronuncia la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –aprobada mediante Ley 26.097–, que en su Art. 7º expresa:

“1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos...”.

Entiéndase bien: ello no pasa por la decisión caprichosa de funcionario alguno, sino que constituye un imperativo reglado impuesto como “deber” por las normas jurídicas, desde la Constitución Nacional cuando en su art. 16 establece que “todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad...”, la cual se acredita a través de los procedimientos de selección establecidos por las normas reglamentarias⁷².

El Alto Tribunal volvió sobre la temática en análisis en la causa “El Rincón de los Artistas”⁷³, en la cual, luego de recordar

72 La Constitución de la Provincia de Corrientes prescribe en su art. 24 que “los empleos públicos se concederán a todas las personas bajo el sistema del mérito...”, que se acredita obviamente por los procedimientos de selección reglados por las normas.

73 CSJN, E. 441. XXXVIII.; 30-09-2003, “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”. Fallos 326:3700.

La actora, en su calidad de adjudicataria de la licitación pública convocada por el Hospital Profesor Posadas para otorgar la concesión del servicio de comedor y cafetería por medio del “sistema de anticresis”, inició demanda contra dicho Hospital pretendiendo obtener la declaración de nulidad de la resolución por la que este había dejado sin efecto aquella licitación con fundamento en las irregularidades detectadas. Por su parte, el Hospital

la gravitación del principio de legalidad en los contratos administrativos, y de la posibilidad de aplicar las disposiciones del acto individual, expresó lo siguiente:

“... no resulta reprobable que el a quo no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis”..., ya que esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de condiciones generales revisten condición de reglamentos (Fallos: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones”⁷⁴.

Añadiendo que “... los agravios referentes a la supuesta auto-contradicción de la sentencia apelada se desvanecen si se advierte que, en atención a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, no era imperativo para el hospital iniciar la acción de lesividad que tramitó en el sub lite para obtener la declaración de nulidad de la Resolución N° 161/92, que podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (Artículo 17 de la Ley N° 19.549)”⁷⁵.

Con posterioridad⁷⁶, el Máximo Tribunal sostuvo la improcedencia de la potestad revocatoria de la administración respecto de actos firmes y consentidos, así como la procedencia del Recurso Extraordinario Federal contra la Sentencia que validaron tal proceder, en los siguientes términos:

interpuso acción de lesividad a fin de obtener la declaración de nulidad de dicho acto y de los vinculados a él. El juez de primera instancia hizo lugar a esta última acción y rechazó la demanda, decisión que fue confirmada por la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

74 Considerando 19).

75 Considerando 20).

76 CSJN, 2 de Diciembre de 2004, “Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón (P.864.XXXVI)” (publicado en EDA, 2005; LA LEY 2006-A, 78, con nota de Maximiliano Antonietta; Fallos 327:5356.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

“Toda vez que la decisión impugnada importó convalidar las facultades de revocación de la administración municipal, en ella debió ponderarse si tales facultades podían ser ejercidas en el caso sin vulnerar lo previsto en esta materia por el art. 5° del cód. contencioso administrativo provincial y por los arts. 114, 117 de la ley de procedimientos administrativo local, máxime si se repara en el hecho de que antes de concluir el acuerdo celebrado, la administración dio intervención a sus dependencias técnicas, las que, reiteradamente, aconsejaron aceptar la deuda que reclamaba la actora y suscribir el convenio que posteriormente se pretendió desconocer mediante el dictado del decreto 394/96”.

Agregó que

“La potestad que tienen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores, encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares, esto es, los que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido, esta Corte estableció como criterio general “...que los actos administrativos firmes que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho, en uso regular de facultades regladas, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó...” y que “...esa estabilidad cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales, o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados”.

Seguidamente, expresó que

“El contrato administrativo es ley para las partes, la modificación unilateral de lo convenido llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto en el art. 1197 del cód. civil.

Ello no es otra cosa que la aplicación del principio de la legalidad administrativa derivación de los postulados del Estado de Derecho que importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior a partir de la Constitución, art. 31 y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume”⁷⁷.

Finalmente, es destacable lo decidido, recordando el caso “Carman de Cantón”, que:

“No existe ningún precepto de 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 al sostener que el principio de intangibilidad de los derechos subjetivos adquiridos por los particulares, que hace imposible su desconocimiento unilateral en sede administrativa, es de decisiva importancia, porque responde al respeto de la propiedad y de la seguridad jurídica”⁷⁸.

77 Del dictamen del Procurador General que la Corte comparte y hace suyo.

78 Ídem. Agregó que si bien “según reiterada doctrina de la Corte, el examen de cuestiones de hecho, prueba, derecho común y público local, constituyen materia propia de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, ello no constituye óbice para habilitar tal instancia cuando el tribunal a quo prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias del expediente y a las normas aplicables, y cuando formula consideraciones fragmentarias de los elementos conducentes para la decisión del litigio, lo cual impide una visión de conjunto sobre la prueba reunida y frustra el derecho a obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente”, reputando arbitrario el pronunciamiento toda vez que el tribunal a quo, en claro apartamiento de las normas que rigen el caso, omitió aplicar las disposiciones de derecho administrativo invocadas por la actora, con grave menoscabo del derecho de defensa en juicio, pues el razonamiento adecuado para la solución de la causa exigía de manera ineludible recurrir a las normas del Código Contencioso Administrativo Provincial y a la ley de Procedimientos Administrativos Municipal, en particular al

En un pleito que involucrara a dos niveles estadales⁷⁹, la Corte mantuvo dicha posición expresando:

“...13º) Que la autoridad administrativa provincial olvidó que había generado derechos en otro..., por lo que no podía revocar la donación por sí y ante sí como lo hizo... El cumplimiento de la condición resolutoria que invocó requiere que la resolución sea pedida judicialmente, y exige la necesaria sentencia del juez que así lo declare. Una conclusión distinta, que convalidara la conducta referida llevada a cabo..., contrariaría a la ley y sería seriamente lesiva de la seguridad jurídica. Sólo el juez, frente a un acto de donación sometido a la condición antedicha, puede valorar y afirmar, considerando en su caso todas las circunstancias que rodearon aquélla, y su consiguiente aceptación, si la condición que se invoca se cumplió o no. La seguridad jurídica, derivada de actos administrativos firmes, que generaron derechos en la esfera de otros, impone esta solución.”

art. 5º del cód. ritual, en cuanto establece que “las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones, en asuntos que den lugar a la acción contencioso administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, este podrá promover el juicio contencioso administrativo, al solo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada”, reafirmando el principio de estabilidad de los actos administrativos”.

- 79 Del dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte comparte y hace suyo en la causa “E. 254. XXXVI. Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad del 26/06/2007 (Fallos 330:2849). Cabe referir que no obstante tratarse de una donación (contrato reglado por el derecho civil), la CSJN lo calificó como “administrativo” en otro caso anterior que involucrara a dos niveles estadales, en fecha 10/04/2003, causa “Estado Mayor Gral. del Ejército c. Provincia de Salta”, Fallos 326:1263. LA LEY 2003-E, 165 - DJ2003-2, 891, expresando que: “La donación de un inmueble, efectuada por el Estado Nacional a una provincia, con el cargo de su afectación a una determinada obra, se ubica en el ámbito del derecho público, habida cuenta del propósito de fin público perseguido y el carácter de las partes intervinientes, y -ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto- son aplicables por vía analógica los preceptos del Código Civil en materia de donaciones”.

Seguidamente, en el Considerando 14) expuso el Alto Tribunal “... *Que tratándose de actos administrativos producidos contra legem, basta el hecho objetivo de violación legal para que se configure el vicio de ilegitimidad (disidencia de los doctores Aristóbulo D. Araújo de Lamadrid y Julio Oyhanarte, Fallos: 241:384), que en tales condiciones corresponde declarar en autos. Ello, con apoyo en las disposiciones del Código Civil relativas a las nulidades de los actos jurídicos que -entre otras- son aplicables en la esfera del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 304:919 y 310:1578) de resulta de las cuales es claro que la Provincia de Buenos Aires carecía de atribuciones para revocar por decreto la donación realizada al Estado Nacional y dictar los demás actos que son consecuencia del decreto 1848/98...*”.

En punto al estándar agravado que cabe presumir de la conducta de quienes contratan con la Administración, la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación da cuenta de numerosos precedentes en tal sentido. En la causa “Cadipsa S.A. c/ Estado Nacional y otros s/ nulidad de acto administrativo”⁸⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina puntualizó la relevancia de la versación técnica y jurídica de la empresa actora, para desestimar la pretensión de ésta de desconocer, con base precisamente en una Circular ilegítima, el marco jurídico determinante de la invalidez del acto por ella invocado como sustento de su acción, exponiendo: “... 8º Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en el dictamen del señor Procurador General, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos -lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular-, distó de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base en ese conocimiento, debió advertir que el contenido de la circular n° 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia...”.

80 CSJN, C.2238.XXXII. 16/05/00. “Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro” (C.2238. XXXII), Fallos 323:1146, especialmente considerando 8).

También en la causa “Maruba”⁸¹, se puso especial énfasis en la *“suficiente especialización en la materia”* con que contaba la empresa actora respecto a los compromisos que voluntaria y conscientemente asumió al presentar su oferta.

De manera similar, en la causa “Revestek”⁸² se hizo hincapié que el dictado de diversas normas que alteraron la paridad cambiaria del peso con el dólar, “...no es sino la evidencia de la inestabilidad del precio de la moneda extranjera en el mercado argentino, dato que *debió ser advertido por una empresa comerciante dedicada al tráfico internacional...*”.

En otra causa, la Corte Suprema expresó al respecto: “... 19) *Que al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado y los signos de alto riesgo que aquél presentaba con anterioridad a la celebración del contrato. La magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos...*”⁸³.

También dijo la Corte Suprema que: “Debe rechazarse la demanda si el comportamiento de la actora careció de mecanismos de control apropiados para la concreción de la operación y no observó recaudos indelegables tendientes a comprobar la veracidad y eficiencia de los avales y la credibilidad crediticia del librador de los documentos, pues una diligencia razonable apropiada a las circunstancias, la habría convencido de que las

81 CSJN, 30-06-1998, “Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato” (Fallos 321:1784) (Considerando 19°).

82 CSJN, “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario” (Fallos 318:1531) del 15 de agosto de 1995, Considerando 10° del Voto de la Mayoría.

83 CSJN, J. 69. XXVIII.; “J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución”. 27-08-1996; Fallos 319:1681.

apariencias externas no eran suficientes para afrontar el riesgo financiero que supone una operación a “forfait”..., agregando que: *“Tal afirmación no es sino la reiteración del concepto expuesto por esta Corte en Fallos: 308:2461, donde hizo mérito de lo dispuesto por el Art. 902 del Código Civil para juzgar, precisamente, el grado de mayor diligencia exigible a una entidad financiera en la contratación de una operación de mutuo. Ello es así, máxime si se considera la magnitud de los intereses en juego y del compromiso patrimonial en que incurría (Fallos: 316:382, considerando 11)”*⁸⁴.

En materia de contratos celebrados con entes públicos se impone a los contratistas el deber de obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que la índole de los servicios que están llamados a prestar y de los intereses en juego, imponen actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente sobre sus derechos, adoptando a esos efectos las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil) y cualquier error en que pudieran incurrir provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)”⁸⁵. Por lo que *“Si la contratista incurrió en error acerca de las obligaciones contractuales asumidas, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (art. 929 del Código Civil)”*⁸⁶.

Resulta pertinente recordar el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso “Exolgan”⁸⁷, donde sostuvo lo siguiente “... Que para atribuir a la conducta valor de regla -a los efectos de exigir

84 CSJN, D. 583. XXVIII. “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de sumas de dinero”. 18/09/2001. Fallos 324:2826. J.A. 27-02-02.

85 CSJN, N. 132. XXII. “Necon SA. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”. 4/06/91. Fallos 314:491.

86 A. 588. XXII. “Astilleros Costaguta SA. c/ Estado Nacional (PEN. Ministerio de Economía Sec. Int. Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios”. 12/05/92. Fallos 315:890.

87 CSJN, 11/06/2003, “Exolgan S.A. c/Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento”, Fallos 326:1851, Considerando 7°).

un deber de coherencia de comportamiento según el principio de la buena fe-, es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...”.

Merece destacarse la sentencia del Alto Tribunal en la causa “Compañía General de Combustibles”⁸⁸, donde refrenda los conceptos que vengo analizando, al confirmar la sentencia de Cámara que rechazó la demanda interpuesta por varias empresas que comercializan combustible, cuyo objeto era que se condenara al Estado Nacional a cumplir con el “acta acuerdo” suscripta el 6 de enero de 1987, en tanto allí se habría consensuado un aumento del 39% de los márgenes operativos de las empresas dedicadas a la refinación y comercialización del petróleo crudo y sus derivados. Para decidir así, consideró que el acta acuerdo referida carecía de eficacia para obligar al Estado a otorgar el aumento de los márgenes allí previsto porque *el Subsecretario de Combustibles suscribiente no era competente para fijar los precios oficiales de los combustibles ni el monto de las retenciones para las empresas*⁸⁹.

88 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 30/11/2010, “Compañía General de Combustibles S.A. y otros c. Estado Nacional”, Sup. Adm.2011 (febrero), 45 - DJ02/03/2011, 44 - LA LEY2011-A, 278 - AR/JUR/78177/2010.

89 Sostuvo en el Considerando 4º) “...En este punto, la cámara sostuvo que el acta acuerdo no podía considerarse vinculante porque había sido suscripta por un funcionario que no tenía competencia para fijar precios y retenciones en materia de combustibles. Agregó que, más allá de la incompetencia señalada, tampoco podía considerarse que existía un contrato del que derivaran obligaciones para el Estado, en tanto el funcionario firmante sólo se había comprometido a interponer sus buenos oficios ante las instancias competentes. Ahora bien, en lugar de rebatir estos dichos, las recurrentes afirman, en forma dogmática, que ni la naturaleza no contractual del acta ni la incompetencia del funcionario para fijar precios y retenciones tienen relevancia. Por un lado, manifiestan que no es importante que el acta acuerdo no constituya un contrato, porque “no sólo de los contratos nacen relaciones jurídicas susceptibles de engendrar obligaciones” y el acta en cuestión “constituía una clara manifestación de

Finalmente, ha sostenido la CSJN en la causa “*Sedronar*”⁹⁰ que “...la demanda interpuesta por el Estado Nacional con el fin de obtener el reintegro de una suma de dinero que se otorgó a la provincia de Misiones en concepto de “apoyo económico” para equipar y habilitar una sala de desintoxicación de personas con adicciones debe ser rechazada, pues *el convenio que pretende ejecutar el reclamante es nulo por no haber sido celebrado por el Secretario de Estado provincial, autoridad local que no contaba con atribuciones constitucionales o legales para recibir fondos públicos y mucho menos para obligarla a cumplir con el cargo que condicionaba el otorgamiento de la subvención...*”

voluntad del Estado”. Estas alegaciones abstractas son claramente inconducentes para rebatir los fundamentos del a quo. No es suficiente afirmar, en forma general, que existen fuentes de obligaciones no contractuales. Es necesario, además, dar argumentos concretos que demuestren que el acta acuerdo puede ser considerada una fuente de obligaciones vinculante para el Estado. Por otra parte, en cuanto a la incompetencia del funcionario, las recurrentes reconocen que el Subsecretario no era competente para fijar precios y retenciones. Alegan, sin embargo, que estaba facultado para interpretar y determinar con carácter vinculante el alcance del artículo 3° de la ley 17.597. En este sentido, sostienen que “el contenido del acta acuerdo citado no resulta relevante (Y) como fijación de precios y retenciones a los combustibles líquidos (actividad que es ajena a la competencia del funcionario), sino que por su intermedio se alcanzó un consenso sobre la extensión de la obligación emergente de una norma legal [art. 31 de la ley 17.597]”. Este razonamiento es, a todas luces, inválido. El artículo 3° de la ley citada garantiza a las empresas que los valores de retención serán fijados en forma tal que les permitan cubrir sus costos y obtener una utilidad razonable. En tales condiciones, interpretar con carácter vinculante el alcance de esta norma implica, en realidad, determinar si corresponde aumentar las retenciones y, en ese caso, cuantificar el incremento. Estas decisiones forman parte, sin duda alguna, de la competencia para fijar precios y retenciones que es ajena, tal como lo admiten las propias apelantes, al funcionario que firmó el acta acuerdo...”.

90 CSJN, 27/11/2014, “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) c. Provincia de Misiones s/ cobro de pesos”, LA LEY 03/03/2015, 6, con nota de Alfonso Buteler; LA LEY 2015-A, 482, AR/JUR/59905/2014.

II. POSIBILIDAD DE SUSPENDER CUANDO NO SE PUEDE REVOCAR⁹¹

1. Postura que admite la posibilidad

En un caso⁹² en que se consultaba sobre la posibilidad de proceder a la suspensión de oficio, en sede administrativa, de un acto que había otorgado –sin que se hubieran cumplido la totalidad de los requisitos reglados– la concesión de un registro de propiedad automotor, la PTN dictaminó que *“La decisión de suspender los efectos de actos administrativos se inscribe claramente en el deber que recae sobre la Administración Pública de velar por el interés público representado, en el caso, por la necesidad de que a esos actos se les apliquen adecuadamente las normas que condicionan su emisión.”*

En relación a la naturaleza de la Suspensión del acto administrativo, señala Fabián Canda que *“significa la detención temporal de los efectos normales del acto suspendido”* o, en palabras de Marienhoff, la *“paralización transitoria de sus efectos”*⁹³. Agrega el autor citado⁹⁴ que: *“En el caso de la suspensión en sede administrativa, la decisión final y definitiva podrá corresponder a la Administración (si el acto es susceptible de ser revocado en sede propia) o al juez (si procede la anulación)”. Y apunta que *“...La Administración no puede limitarse a suspender y olvidarse del asunto. Su deber es suspender y, transcurrido un breve plazo... levantar la suspensión o iniciar la acción**

91 El tópico está referido a lo que prevé, por ejemplo en el orden federal, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos cuyo artículo 12 in fine prescribe: *“...Sin embargo, 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”*.

92 PTN, Dictámenes 239:169

93 CANDA, Fabián Omar, *“Suspensión de Oficio del Acto Administrativo”*, *Revista de Derecho Administrativo (RDA)*, N° 21/22, Depalma, Buenos Aires, Enero-Diciembre de 1996, p. 409 y ss.

94 CANDA, Fabián Omar, *“Suspensión...”, Op. Cit*, p. 415.

de lesividad”⁹⁵. Más adelante⁹⁶, citando la opinión de la PTN, señala que este Organismo, citando la opinión de Juan Ramón De Estrada, ha decidido que “en los casos en que la Administración no puede revocar los actos irregulares se entiende que al menos debe suspenderse su ejecución a fin de evitar que un acto absolutamente nulo produzca efectos o prestaciones que luego habrán de retirarse” (“Dictámenes”, 195:49, de fecha 24/10/90).

También Julio Comadira⁹⁷ expresa que:

“Las precedentemente señaladas proyecciones fructíferas de la obligatoriedad anulatoria imputada a la Administración, tanto en el caso de la “anulación de oficio” como en aquél en que por no ser ella viable resulta necesario promover la correspondiente demanda judicial, aparecen significativamente evidenciadas cuando se advierte que, precisamente en su virtud, cabe reputar incorporada al esquema de la ley la privación de la presunción de legitimidad a los actos irregulares, es decir, a los actos afectados de nulidad absoluta, toda vez que no es razonable suponer que la Administración pueda estar obligada a anular (ya per se, o demandando la ejecución de la “nulidad” declarada “administrativamente”) actos que se presumen legítimos”. “Como se ve - agrega el autor citado -, esta ausencia de la presunción de legitimidad acompaña, incluso, a los actos que no son anulables oficiosamente, motivo por el cual, y sin perjuicio de que la eliminación definitiva de los efectos del acto sólo pueda lograrse ejecutoriando judicialmente la pretensión anulatoria, se impone en estos casos el deber de suspender provisionalmente los efectos del acto, precisamente porque no sería coherente que siguiera produciéndolos un acto que no se presume legítimo. En esta hipótesis, la Administración debe ejercer la posibilidad sus-

95 Canda, Fabián Omar, “Suspensión...”, Op. Cit, p. 429.

96 Canda, Fabián Omar, “Suspensión...”, Op. Cit, p. 431.

97 Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de Oficio del Acto Administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”, 2ª Edición actualizada*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 184.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

pensiva oficiosa que, por razones de interés público, le autoriza a emplear la segunda parte del art. 12 de la ley”.

También Manuel María Diez y Tomás Hutchinson⁹⁸, con respecto a la suspensión de la ejecutoriedad del acto declarado lesivo, expresan:

“Es lógico suponer que si la Administración inicia proceso de lesividad por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Se entiende que ésta será una facultad discrecional de la Administración, pero parece lógico que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida. Siempre es la Administración la legitimada activamente...”.

La posibilidad de suspender de oficio en sede administrativa actos de igual carácter que fuesen irrevocables en esa sede, ha sido sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes⁹⁹, al expresar

“...No se trata de “revocación” sino de “suspensión” de su propio acto, estando la Administración autorizada a “suspender” la ejecución de un acto administrativo por razones de interés público (art. 143 ley 3460) o cuando se alegare fundadamente una causal de nulidad.- Como lo expresó LUQUI, R.E. (“Revisión Judicial de la Actividad administrativa” -t.2- pag. 373), “Para relevar a la Administración en determinadas circunstancias del deber jurídico de ejecutar los actos que dicta, la ley contempla los supuestos en que está facultada para suspender sus efectos”.- La Municipalidad, en los considerandos de la resolución N° 2205 arrima antecedentes de “suspensión provisoria” de los actos administrativos nulos de

98 Diez, Manuel María; y Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 306 y ss.

99 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Expte. N° 26.673/06 - “Incidente de medida cautelar en autos: Municipalidad de la ciudad de Corrientes c/ Aguas de Corrientes S.A. s/ acción contenciosa administrativa de lesividad” - 10/06/2008, ElDial.com, Año XI - N° 2564, Miércoles, 2 de Julio de 2008.

nulidad absoluta, a fin de no () provocar perjuicios a la Administración o evitar que produzcan efectos que luego habrán de retirarse.- El principio general del art. 184 de la ley 3460 es que "El acto administrativo nulo debe ser revocado o sustituido en sede administrativa "Solamente en caso de generar prestaciones pendientes de cumplimiento debe pedirse su anulación judicial".

2. Postura negatoria

Calificada doctrina, apoyada en precedentes jurisprudenciales mayoritarios, sostiene la imposibilidad de suspender el acto administrativo en sede administrativa cuando resulta irrevocable en esa sede y respecto del que se persigue la declaración judicial de nulidad mediante el proceso de lesividad.

De lo contrario, se estaría logrando "de hecho" algo que *de iure* no se puede, echando así por tierra las opiniones que estiman que la declaración de lesividad no importa la privación de efectos del acto declarado lesivo, ni –mucho menos– su revocación. Ello porque en la práctica, estaría logrando lo que la ley quiso evitar.

Al respecto, expresa Cassagne que *"...no procede la suspensión en sede administrativa del acto que no puede revocarse; en tales casos es necesario que intervenga la justicia para disponer la suspensión del acto..."*¹⁰⁰.

Coincidentemente, en una obra más reciente, Hutchinson expresa –en punto a la declaración de lesividad– que: *"...Dicha declaración no autoriza a la Administración a suspender la ejecución del acto administrativo cuya lesividad se ha declarado administrativamente; ello no es factible atento a que las normas establecen que los actos regulares (perfectos, o anulables) y aún los nulos (en ciertos casos) gozan de estabilidad. Si fuera factible la suspensión se lograría en la práctica, mediante ella, lo que la norma quiso evitar: que los*

100 Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos – Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 386.

*derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior...”*¹⁰¹.

Agrega el autor más adelante expresando que:

*“...Si la Administración no puede revocar per se el acto, tampoco puede suspender sus efectos, por lo que, iniciado el proceso de lesividad, si la aplicación del acto crea perjuicios graves a la Administración, debe petitionar una medida cautelar. Deberá acreditar la verosimilitud del derecho (paradójicamente la ilegitimidad del acto que dictó oportunamente) y el perjuicio al interés público de su cumplimiento en tanto se discute la declaración de invalidez del acto. Debe otorgarse esta cautelar en forma restrictiva...”*¹⁰².

La jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa *“Auzón de Martinelli”*¹⁰³, registra un antecedente claramente expresivo de la posición negativa. En su voto, el Dr. Balbín expresó que:

*“... Si bien el art. 12 ley 19549 reconoce a la Administración la facultad de suspender de oficio un acto administrativo cuando se compruebe fundadamente la existencia una nulidad absoluta, esa facultad debe armonizarse con lo establecido en el art. 17 ley 19549, que impide revocar en sede administrativa tal tipo de actos cuando han sido ejecutados o ha comenzado su ejecución y siempre que hubiesen generado derechos subjetivos”. Se agregó que: “Si no resulta posible revocar de oficio los actos administrativos nulos que reconocen derechos subjetivos en vías de cumplimiento, la Administración tampoco está autorizada a suspenderlos por sí”*¹⁰⁴.

101 Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo III, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 650.

102 Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, ob. cit., ...p. 657.

103 C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1º, en fecha 09/04/2003, causa: *“Auzón de Martinelli, Lía M. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”* (Publicado en J.A., LexisNexis, Suplemento Administrativo del 25/02/04).

104 Se dijo también que: *“Si la resolución por la cual se titularizó a una docente en su cargo generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Adminis-*

También se agregó:

“Para lograr la suspensión de un acto administrativo irregular, que generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Administración debe iniciar una acción de lesividad y solicitar judicialmente como medida cautelar la suspensión de sus efectos, ya que no está autorizada para suspender el acto por sí misma”.

Esa fue la posición de la PTN a partir de Dictámenes 259:11¹⁰⁵.

Sobre el particular, sostuvo el Alto Organismo Asesor que::

“La intención del artículo 17 de la Ley N° 19.549 de prohibir la revocación en sede administrativa del acto que confiere derechos a los particulares, es garantizar el ejercicio normal de esos derechos hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. No sería admisible, en consecuencia de ello, no sólo revocar el acto en cuanto a sus efectos futuros, ni modificarlo o sustituirlo con igual consecuencia, sino tampoco suspenderlo, pues esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior”.

También agregó que:

“... Del examen del expediente surge que el acto administrativo viciado de nulidad contó con los asesoramientos técnicos y jurídi-

tración no puede revocarla, sustituirla, modificarla o suspenderla per se, aun cuando tal acto fuera nulo”.

105 Dict. N° 285/06, 13 de octubre de 2006. Expte. N° 1790/90. Servicio Penitenciario Federal. (Dictámenes 259:11). Dicho dictamen ha sido comentado por AMARO, Alejandro P., “La actual doctrina de la Procuración del Tesoro en materia de revocación de oficio y la consolidación del sistema de garantías”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 351, p. 81 y ss.; también por Alonso Regueira, Enrique M., ¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?, *LA LEY 2007-C*, 376; y por SIERRA LOBOS, María Leticia, “Otra vuelta de tuerca al tema de la suspensión del acto administrativo estable”, en www.ptn.gov.ar, consultado el 13/04/2009.

La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad.

Aálisis a la luz de la doctrinay jurisprudencia argentina

Luis Eduardo Rey Vázquez

cos de las dependencias respectivas, como así también con la aprobación de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal. Asimismo, no existen elementos que permitan suponer que el agente conocía el vicio que afectaba el acto que dispuso incorporar a su haber de retiro, la bonificación por título. Por ello, no corresponde la restitución de las sumas percibidas y consumidas por el agente¹⁰⁶”.

Finalmente, expuso que por aplicación del artículo 17 de la Ley N° 19.549, la Disposición DGA N° 238/92, sólo puede ser anulada mediante decisión judicial y previa deducción de la pertinente acción de lesividad. Asimismo, deberá solicitarse el dictado de una medida cautelar a efectos de obtener la suspen-

106 En la causa: R. 679. XXXVI - “Rossello, Josefa Esther c/ Anses s/ medidas cautelares” - CSJN - 23/09/2003 (Fallos 326:3679), ha decidido que: “Corresponde conciliar las normas generales y las particulares de la materia previsional y atender a los principios que establece el Código Civil, pues aun cuando la ley 24241 no efectúa distingo alguno al autorizar la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se debe discriminar al respecto dado que no se advierte razón para tratar de manera más gravosa a un deudor de buena fe que ha consumido prestaciones de naturaleza alimentaria, que a uno que se encuentra obligado a restituir por causa de otro tipo de relaciones jurídicas (Arts. 738, 786 y 1055 del código citado)”. “La ANSeS revisó los acuerdos de las prestaciones otorgadas a la titular y -atento a los términos del Art. 79 de la ley 18037- restringió la extensión del derecho anteriormente reconocido con invocación de la atribución conferida por el Art. 15 de la ley 24241. Dicha norma constituye una excepción a la regla del Art. 17 de la ley 19549 y faculta a la administración previsional para revocar, modificar o sustituir el acto que estuviere afectado de nulidad absoluta.- Frente a la decisión del a quo fundada en el Art. 14, inc. d, de la ley 24241, que autoriza la formulación de cargos por la percepción indebida de jubilaciones, se admite que la norma citada no realizaba distingo alguno al contemplar la posibilidad de efectuar las deducciones, pero del Código Civil sí surgían limitaciones al derecho de repetición no consideradas por la alzada y que justificaban una interpretación armónica e integrativa de las normas”. “En tales condiciones, y dado que en la causa no está discutido que la beneficiaria consumió de buena fe los haberes de carácter alimentario cuyo reintegro pretende la administración mediante la afectación de las prestaciones subsistentes que también tienen aquella naturaleza, resultan fundadas las objeciones de la apelante a la luz de las precedentes consideraciones.” “Por ello, se declara procedente el recurso ordinario y se revoca la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravios.”

sión del pago notoriamente mal liquidado al ahora recurrente, así como la del pago del adicional legítimamente concedido ya devengado. Dicha medida servirá no sólo para resguardar la legalidad y al erario público, sino que, además impedirá que el administrado vaya sumando, mes a mes, una cifra que luego le resultará traumático devolver, por cuanto ya no podrá afirmarse el desconocimiento del vicio.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en un caso de empleo público sostuvo la postura negatoria, al sostener lo que sigue:

“...La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto (designación de empleado en planta permanente por la anterior gestión) es inválido, y nada le impide pedir judicialmente, como medida cautelar, la suspensión del acto. No se trata que la administración quede inerte frente a eventuales actos nulos de sus predecesores, sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión del acto (Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. 3, Bs. As., 2007, VI-14). Vale decir, que si la norma priva de la potestad revocatoria a la administración para no lesionar derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 184, Ley 3460 de Corrientes), con igual razón no podría suspender sine die el acto, pues de lo contrario llevaría a admitir la posibilidad de violar la garantía que la norma quiso proteger a través de una decisión administrativa “disfrazada” bajo la figura de la suspensión; lo que equivaldría a la revocación misma. En el caso, se advierte que el acto administrativo que se impugna en la demanda de amparo declaró lesivos distintos actos administrativos dictados con anterioridad, entre ellos la resolución por la cual se designó a la amparista en planta permanente de la administración pública municipal; encomendando al servicio jurídico permanente la promoción de la acción judicial de lesividad; y suspendiendo hasta tanto se resuelva la acción judicial de lesividad que se promueva

los efectos de tales resoluciones...". Por ello "...Se rechaza la apelación de la administración contra la cautelar innovativa dispuesta en la acción de amparo, a favor de la actora..."¹⁰⁷.

Vemos aquí que los supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesividad, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, encuentra en el derecho argentino solución a través de institutos propios, donde la utilización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede -y debe- alegar su propia torpeza en estos casos. Aún si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa -en el caso del funcionario de *facto*- sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno¹⁰⁸.

III. REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN EN TRES CASOS PARADIGMÁTICOS

Reseñaré a continuación tres casos en los cuales se ha empleado la doctrina que postula la revocación en sede administrativa de actos administrativos ilegítimos, aun cuando se hubiese promovido la correspondiente acción de lesividad,

107 STJ Corrientes, "Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s. Incidente de medida cautelar en: Stoianoff, Claudia Karina vs. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s. Amparo", 01/03/2011, Rubinzal on line, RC J 8833/11; también en La Ley Litoral: 2011 (agosto), p. 755, AR/JUR/9040/2011.

108 Expresivo resulta lo dicho por García Luengo -Op. Cit., pp. 466-467- en el párrafo final de su obra, refiriéndose a los efectos *ex nunc* como regla en materia de revocación de oficio de actos administrativos viciados, en el sentido que "... si con carácter general, ésta será la consecuencia normal de la aplicación de nuestro principio, no faltan supuestos en los que sería jurídicamente inadmisibles que quien ha generado con un comportamiento, que puede ser claramente doloso, la ilegalidad de un acto, se beneficie de la misma disfrutando de sus efectos mientras la Administración reacciona".

y en algunos casos sus efectos fueron suspendidos cautelarmente por la justicia¹⁰⁹.

1. El caso “Meller”

Mediante Decreto N° 431/2003 del 25/7/2003 (B.O. 31/7/2003), se resolvió lo siguiente:

“Art. 1. Revócase la Resolución N° 146 del 8 de noviembre de 1996, de la ex EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ENTEL), declarándosela nula, de nulidad absoluta e insanable e irregular, en los términos de los Artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por los vicios denunciados en los considerandos del presente decreto, y todos los actos preparatorios dictados en su consecuencia, por sufrir de iguales nulidades”. Seguidamente agregó: “Art. 2. Hágase saber al Señor Juez actuante en la ejecución promovida contra el ESTADO NACIONAL, en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría 3, sobre el contenido de la presente medida, con agregación de copia certificada de la misma”.

Luego de su dictado, el Estado Nacional promovió demanda de lesividad para que se declare la nulidad absoluta de la decisión administrativa de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones (e.l.) que autorizó los pagos efectuados por la Nación a la demandada, como también de las consecuentes órdenes de pago que dan cuenta los recibos ns. 2642, 2649, 3151 y 3175, disponiendo con su anulación que se ordene a la accionada a reintegrar al Estado Nacional las sumas que percibiera como consecuencia de dichos pagos sin causa¹¹⁰.

109 El análisis detallado de tales casos excedería el marco del presente artículo, por lo que remito a los Decretos referenciados, de cuyos considerandos pueden extractarse los hechos relevantes, así como a los pronunciamientos jurisprudenciales vinculados.

110 C. NAC. CONT. ADM. FED., sala 2ª, 01/03/2007 - Estado Nacional v. Meller S.A., JA, Suplemento del 25-07-2007.

Sostuvo la Cámara que:

“... ya sea que el acto impugnado sea tácito o implícito, no parece existir -en principio- una oscuridad tal que no le haya permitido a Meller S.A.- Meller Comunicaciones S.A. UTE. conocer cuál es, en sustancia, la decisión que la Administración pretende que la justicia declare nula y las sumas que petitiona le sean restituidas. El modo como fue propuesta la demanda no le impidió contestarla, oponerse a la pretensión de la contraria y formular formal reconvencción contra el Estado Nacional. Por ello, toda vez que no aparecen reunidos los requisitos necesarios para que prospere la excepción opuesta, en tanto no resulta difícil conocer lo que se pretende, debe confirmarse lo decidido en la instancia de grado...”.

2. El caso “Tandanor”

Mediante Decreto 315/2007 del 30/3/2007 (B.O. 03-04-2007) se decidió –entre otros puntos-:

“Artículo 1º Revócase la Resolución MD Nº 931 del 3 de septiembre de 1991 y el Decreto Nº 2281 del 31 de octubre de 1991, declarándoselos nulos, de nulidad absoluta e insanable e irregulares, en los términos de los Artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, por los vicios consignados en los considerandos del presente decreto, y todos los actos dictados en su consecuencia, por sufrir de iguales nulidades”, agregando en su “Art. 2º Déjase sin efecto el llamado a licitación efectuado por el Decreto Nº 1957 del 21 de septiembre de 1990...”.

En su Art. 3º se Instruyó al Ministerio De Defensa a: “1) realizar todos los actos requeridos para tomar, de inmediato, posesión de Talleres Navales Darsena Norte Sociedad Anónima, Comercial, Industrial Y Naviera (TANDANOR S. A. C. I. y N.); 2) proceder a su reorganización en ejercicio de los derechos que como accionista mayoritario corresponden al ESTADO NACIONAL con facultades para disponer su intervención y 3) adoptar, oportunamente, los recaudos necesarios

para instrumentar el régimen de Propiedad Participada por el diez por ciento (10%) de las acciones correspondientes a los trabajadores de la referida sociedad”.

Respecto de dicho aspecto, se dictó una medida cautelar de no innovar solicitada por el síndico del concurso de la firma Tandanor, a fin de que se suspenda la ejecución de un acto administrativo por el cual se instruyó al Ministerio de Defensa para que tome posesión de la sociedad cuyo paquete accionario había sido adquirido por la fallida pues, siendo éste el único activo que aquélla posee, de hacerse efectivo el referido acto administrativo, se dejaría al concurso liquidatorio sin activo realizable, frustrando toda posibilidad de cobro por parte de los acreedores. Añadió que *“...si bien el juez del concurso no resulta competente para conocer en la acción de lesividad prevista en el artículo 17 de la ley 19.549, se encuentra facultado para suspender en forma cautelar la ejecución de un acto administrativo que podría ocasionar graves perjuicios para los intereses de la quiebra”*¹¹¹.

3. El caso “Sociedad Rural”

Mediante Decreto N° 2552/2012 del 19/12/2012 (B.O. 21/12/2012), se decidió: “Artículo 1° Revócase, por estar afectado de nulidad absoluta, el Decreto N° 2.699/91, así como todos aquellos actos dictados en consecuencia del citado decreto, por adolecer de igual nulidad”. Agregó el Art. 2° “Instrúyese a la Agencia De Administración de Bienes del Estado, organismo descentralizado en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, para que en su carácter de Autoridad de Aplicación del presente decreto, realice todos los actos conducentes a la toma de la posesión del inmueble denominado Predio Ferial de Palermo, ubicado entre las Avenidas Santa Fe y Sarmiento

111 CNCom., SalaA, 20/07/2007, “Inversora Darsena Norte S.A. s/quiebra”, IMP2007-21, 2038 - , 2007 (noviembre) , 87; LA LEY 2008-A , 200, con nota de Cassagne, Juan Carlos, “Potestad jurisdiccional del juez del concurso para dictar medidas cautelares de suspensión de actos administrativos”, LA LEY 2008-A, 199.

y las calles Cerviño y Oro, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, identificado catastralmente como Circunscripción 18, Sección 21, Manzana 16 A, Parcela 2, así como todos aquellos inherentes a la regularización de la situación jurídica resultante de dicha medida”.

La revocación se fundó en que la venta efectuada por el Decreto revocado habría sido efectuada a precio vil.

Frente a dicha decisión, la justicia decretó medida cautelar suspensiva¹¹², en los siguientes términos:

“...Cabe hacer lugar a la suspensión cautelar de los efectos del decreto 2552/12, mediante el cual se revocó la aprobación de venta del Predio Rural Palermo a la peticionante –Sociedad Rural Argentina–, pues se encuentran debidamente acreditados los requisitos para su procedencia. Ello es así, ya que, por un lado, la verosimilitud del derecho de la accionante se sustenta en la propiedad de dicho inmueble adquirida hace más de dos décadas, de modo que el acto impugnado importaría que el Poder Ejecutivo pueda declarar, por sí y ante sí, la extinción de la misma, conculcando prima facie los derechos previstos en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional; y por otra parte, el peligro en la demora que se encuentra acreditado en cuanto la posibilidad de que la Administración Pública pueda despojar a la actora de la posesión que es inherente a la propiedad, podría frustrar las actividades que le son propias a la accionante y ocasionarle perjuicios económicos en virtud de los contratos celebrados”.

Agregó que:

“... La suspensión cautelar de los efectos del decreto 2552/12... resulta procedente, pues la potestad revocatoria ejercida por el Poder Ejecutivo encuentra serias limitaciones –por razones de

112 CNCiv. y Com. Fed., Sala de ferias, 04/01/2013. “Sociedad Rural Argentina c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/acción meramente declarativa” - [EDA, (28/02/2013, nro 13.189)]-

seguridad jurídica y frente a la garantía de los derechos adquiridos- en el principio de división de poderes, en el derecho de propiedad y en el debido proceso legal (arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional), ya que las decisiones que pueden alterar las situaciones jurídicas firmes y consolidadas regidas por el derecho común -como aparentemente serían las del sub judice- en principio, se encuentran reservadas exclusivamente a la intervención de los jueces de la Nación y, por ende, ajenas al Poder Ejecutivo (art. 109, Carta Magna), lo que hace, en definitiva, a la vigencia del Estado de Derecho...".

En los dos últimos casos reseñados, podrá advertirse que entre el dictado del acto primigenio y su revocación, transcurrió un lapso considerable de tiempo -15 y 20 años-, pero dado que la causal invocada es la nulidad absoluta, existe jurisprudencia de la CSJN que ha sostenido el carácter imprescriptible de la potestad revocatoria en tales casos¹¹³.

CONSIDERACIONES FINALES

Los supuestos que involucran el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, sea en su propia sede o mediante la promoción de la correspondiente acción de lesivi-

113 CSJN, C. 2002. XXXII; "Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario", 07/12/2001. Fallos 324: 4199. "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de normas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables para su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original".

Con anterioridad, causas CSJN, 24/11/1937, "Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt c. Provincia de Mendoza". Fallos 179:249; CSJN, 1958, "De Sezé, Román María José c/ Nación", Fallos 241:384.

dad¹¹⁴, incluyendo la suspensión cautelar de los efectos del acto reputado nulo, encuentran en el derecho argentino solución a través de institutos propios, perfectamente reglados, e incluso previstos pretorianamente antes de su regulación legal (vgr., caso “Carman de Cantón”), donde la utilización del principio de la confianza legítima carece de gravitación, y mucho menos la doctrina de los actos propios, pues precisamente la Administración puede –y debe– alegar su propia torpeza en estos casos¹¹⁵. Aún si los efectos de la revocación son o no retroactivos, si no lo fueran, sea por la teoría del enriquecimiento sin causa¹¹⁶ –en el caso del funcionario de facto– sea por la aplicación analógica de normas civiles sobre el principio de buena fe, encuentran en él una respuesta sin necesidad de importar instituto alguno.

Aún asumiendo el carácter relativo de la regla que indica que la ignorancia o error en derecho no sirve de excusa, particularmente severo resulta en el Derecho administrativo ponderar la particular versación técnica y jurídica que cabe presumir de empresarios calificados, sea que se vinculen

114 Recuerdo y comparto plenamente lo que decía García Luengo acerca de la falacia que supone la exigencia de la acción de lesividad, a la que se atribuye un carácter garantista, lo que en realidad constituye un espejismo, a lo que señalo que a la postre, el acto podrá resultar invalidado judicialmente, por lo que se trata de una asignación de competencias, pero no se puede predicar la existencia de un verdadero derecho derivado de un acto ilegítimo, ni tampoco debiera – la jurisprudencia – ser tan rigurosa en tal sentido, pues nadie debería beneficiarse de lo ilegal.

115 Ver sobre el punto, además de la doctrina citada, el trabajo de García De Enterría, Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, *Revista de Administración Pública* N° 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1956, p. 69.

116 Aún en materia contractual administrativa, donde a la rigurosa formalidad exigida en punto a la observancia estricta de la licitación pública parecería haber flexibilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Sentencia de 27/12/2006, in re: “Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 329:5976), sería el principio del “enriquecimiento sin causa” el que solucionaría ese universo de casos donde, no obstante hallarse viciado gravemente por omisión del procedimiento imperativo, se hubiesen realizado prestaciones en beneficio del ente público.

a través de contratos o se encuentren sometidos especialmente, por la índole de la actividad desarrollada, a un contralor más intenso del Estado.

En materia de empleo público, no cabe ser tan riguroso y debe efectuarse un análisis particularizado, aunque es una realidad que la mayoría de los regímenes prevén para el ingreso o el ascenso el procedimiento de concurso público, el que pocas veces se ha utilizado, lo que supone necesariamente un vicio grave en el acto administrativo de designación o promoción, vicio que no obstante ha sido convalidado por la jurisprudencia, haciendo primar en esos caso la seguridad jurídica.

Personalmente comparto los postulados en los que se asienta el principio de confianza legítima, fincados en la idea de Estado de Derecho, en la seguridad jurídica, en la buena fe; no obstante, son tales institutos los que concurren para dar respuesta al universo de casos implicados en nuestro derecho, y no el principio de origen alemán. Lo que no admito, es que se intente –por esa vía– terminar amparando situaciones ilegales, pues aún cuando reconozca la existencia de personas que, por su escaso nivel formativo, pudieran ignorar pormenorizadamente las profusas regulaciones que pudieran dar respuesta real a su eventual reclamo, como abogado debo propender a instaurar la conciencia de acudir a la consulta profesional a fin de despejar las dudas; pero no puede ser la solución que por la subjetiva creencia en la legalidad, el derecho responda otorgando y consolidando un derecho a veces mayor del que se obtendría por los carriles legales. Proceder de ese modo, entiendo, constituye un imperativo ético de todo buen ciudadano.

Incluso, son las normas de ética pública las que debieran operar efectivamente para sancionar a los funcionarios que infrinjan sus deberes de obrar con lealtad y respeto por los derechos de los ciudadanos.