

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS LIMITACIONES A LA REVOCACIÓN DE ACTOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

(A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)



Dr. Gustavo E. Silva Tamayo

La revocación por razones de ilegitimidad es un medio con el que cuenta la Administración para preservar el imperio de la juridicidad afectada por un vicio de tal importancia que determina la nulidad absoluta del acto administrativo¹. Como dice MARIENHOFF, a través de ella, el órgano administrativo “*ejerce una potestad de policía sobre sus propios actos, restableciendo, así, el orden jurídico violado*”².

El artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 (en adelante la “LNPA”) establece, en su primera parte el, deber y la obligación de revocar, o sustituir, en su propia sede (por sí y ante sí) los actos portadores de ese tipo de vicios, a los que considera “irregulares”.

Pero, a continuación, en su segunda parte aclara que, si este tipo de actos se encontrare firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, es necesaria la intervención del juez para obtener su anulación. Este supuesto de la necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad a través de la denominada “acción de lesividad”, trasunta un límite a la potestad revocatoria de la Administración frente a actos nulos de nulidad absoluta.

Es criterio jurisprudencial, seguido por numerosos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que la existencia de un vicio grave en alguno de los elementos del acto administrativo lo torna nulo, de nulidad absoluta en tanto un vicio de menor entidad provoca solo la anulabilidad (que algunos autores denominan “nulidad relativa”, pese a que la LNPA no utiliza tal *nomen iuris*).

1. Fallos , 314: 322, “S.A. Furlotti Setien Hnos”, entre otros.

2. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo* , Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4° edición, Tomo II, ps. 630-631.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en autos “ Pustelnik “³ que “...una de las categorías de la invalidez de los actos administrativos es la concerniente al acto irregular, en el cual luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley. Dicho acto irregular no ostenta apariencia de validez o legitimidad en virtud de su título y ha de ser calificado como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene (Fallos, 164:140; 179:249; 185:177; 250:491; 253:15, entre otros)” .

Hemos señalado en otra oportunidad que, con la doctrina de “Pustelnik”, la Corte Suprema había “ampliado” el elenco de actos regulares -y consecuentemente con presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, artículo 12, LNPA- a los actos: válidos, anulables y nulos portadores de vicios no manifiestos⁴.

Por su parte el asesor jurídico máximo del P.E.N. ha sostenido sobre el particular que la nulidad absoluta sólo se configura cuando ha mediado una grave violación del derecho aplicable, y que en caso de duda sobre la entidad del vicio debe optarse por afirmar la existencia del vicio menor por afirmar la existencia del vicio menor “con fundamento en el principio de la conservación de los valores jurídicos”⁵. Y ha enfatizado que aun cuando una interpretación puramente literal pudiera conducir a otra conclusión, correspondía optar por la gravedad o importancia del vicio como criterio distintivo entre actos nulos y anulable⁶.

En el dictamen⁷ que es objeto de este breve comentario, la Dirección de General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Transporte consultó a la Procuración del Tesoro de la Nación: a) si la ex Secretaría de Transporte había incurrido en un exceso reglamentario al dictar la Resolución ST N° 187/06 y si; b) correspondía iniciar la acción de “nulidad” respecto de ese acto reglamentario.

3. Fallos, 293:133.

4. SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad en los actos administrativos*, RAP, Buenos Aires, 1° edición, 2012, p.

5. *Dictámenes*, 146:364, entre otros.

6. *Dictámenes*, 198:042; 198:115 ; 234:156.

7. *Dictámenes*, 307: 167, del 29 de Octubre de 2018.



En opinión del servicio jurídico, cabía revocar en sede administrativo dicho reglamento por cuanto, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema, mediaría un presunto conocimiento del vicio.

Cabe aclarar que, mediante el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1683/05, el P.E.N. aprobó un Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes para garantizar la rehabilitación de los servicios interurbanos ferroviarios de largo recorrido, incluyendo jurisdicciones provinciales y para fortalecer el Programa de Obras del Sistema de Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires. Dicho decreto de sustancia legislativa instruyó a la ex Secretaría de Transporte del ex Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios a aplicar el régimen de contratación establecido en los contratos de concesión, en sus *adendas* y la normativa reglamentaria y complementaria respectiva, aplicándose la Ley de Concesiones de Obra Pública por Peaje, N° 17. 520 (artículo 2°).

La ex Secretaría de Transporte, como se dijo, dictó la Resolución ST N° 187/06 que aprobó un procedimiento especial para llevar a cabo las contrataciones.

En su parecer, la Procuración entiende que por “acción de nulidad” el consultante quería aludir a la denominada *acción de lesividad*, por darse los presupuestos previstos en la segunda parte del artículo 17 de la LNPA, según nos hemos referido más arriba.

La Procuración recuerda que las prerrogativas de la Administración deben ejercerse dentro de un procedimiento, su *cauce formal*⁸, de resultas del cual se pueda revocar el *acto irregular estable* o bien, de no ser así posible, se lo declare lesivo al interés general.

Esta declaración de nulidad, o anulación “no ejecutoria” es, como señala el órgano asesor, el presupuesto lógico previo a iniciar la acción de lesividad, un requisito de admisibilidad para la pretensión anulatoria judicial.

8. Cfr. Por todos: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1° edición, 2000, p. 74.

Cuando no es posible para la Administración ejercer su potestad revocatoria, parece de toda lógica y así lo destaca el dictamen en comentario, que se disponga la suspensión de los efectos del acto (artículo 12, LNPA). No obstante que, sobre esta cuestión, la Procuración no ha mantenido un criterio uniforme (pues en algún asesoramiento consideró que era improcedente la suspensión en sede administrativa y debía solicitarla cautelarmente al juez⁹) creemos que es el criterio correcto para preservar el interés público afectado.

También el organismo rector en asesoramiento jurídico puntualiza que, en obsequio a su inveterada doctrina, la Administración cuenta con un cierto margen de apreciación para decidirse por la deducción o no deducción de la acción de lesividad, en tanto ella “... *tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia*”¹⁰, agregando que la evaluación puede reclamar que los potenciales afectados sean citados confiriéndoles intervención para que sean oídos (artículo 1º, inciso f, LNPA).

En torno a esta doctrina de la Procuración entendemos necesario aclarar que, en toda actuación administrativa aparecen entremezclados, en mayor o menor medida, aspectos reglados y discrecionales, por lo que lo correcto es hablar de actos predominantemente reglados o predominantemente discrecionales¹¹.

A nuestro modo de ver, el deber, según el caso, de revocar o requerir la declaración judicial de invalidez de un acto afectado de nulidad absoluta, integra la categoría de actos predominantemente reglados, por lo que el margen de apreciación discrecional o la oportunidad (sea que se asimilen ambos conceptos o que se trate a la segunda de una especie del primero) puede encontrar confines muy estrechos, especialmente cuando los vicios que lo aquejan superan lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley y no ostentan apariencia de validez o legitimidad según lo decidido por nuestro Alto Tribunal en “Pustelnik”, ya citado.

9. *Dictámenes*, 259: 011.

10. *Dictámenes*, 214: 68; 246:125, entre otros.

11. **CSJN**, in re, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos”, Fallos , 315: 1361. En idéntico sentido: BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, 2º edición, Tomo I, p. 876 al señalar que “...las potestades estatales son más o menos regladas y más o menos discrecionales. Es decir, los actos son casi siempre en parte reglados y en parte discrecionales”.



Aunque obviamente la Procuración no se pronuncia sobre el carácter (manifiesto o no manifiesto) del supuesto exceso reglamentario en el que habría incurrido la ex Secretaría de Transporte al dictar la Resolución ST N° 187/06, aduna otro argumento para considerar cuanto menos inviable su revocación administrativa: el paso del tiempo.

En efecto, desde su dictado hasta el momento en que se solicitó el asesoramiento han pasado más de doce años, por lo que estrictas razones de seguridad jurídica -señala el organismo asesor- desaconsejan esa alternativa. Pudiendo, agregamos nosotros, incluso, resultar afectada la *confianza legítima* de los contratantes si es que no se pudiese acreditar el conocimiento del vicio o alguna connivencia dolosa con los órganos de la Administración.

Por último, la Procuración pone hincapié en una cuestión que no ha sido objeto de consulta pero que el órgano activo debe considerar, que es la facultad de derogar *en cualquier momento* el acto de alcance general, en tanto el mismo participa de la esencia de las leyes y teniendo en consideración que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos¹².

En conclusión, más allá de que las prerrogativas que se conceden a la Administración en el artículo 17 de la LNPA, tienen un predicamento loable, pues su ejercicio es revelador de que el Estado Nacional se encuentra al servicio de toda la comunidad y pregona la legalidad de su actuación, ellas reconocen los límites que este conciso pero categórico dictamen de la Procuración del Tesoro marca.

Y esos límites contribuyen a mantener el siempre dificultoso equilibrio entre prerrogativa y garantía, que hace a la esencia misma del derecho administrativo.

12. CSJN, in re, "Arenera El Libertador SRL s/cobro de pesos", Fallos , 314: 595.