DICTAMEN N 091
Ref.: Expte. N° E29-2016-117/E s/declaración de Lesividad- Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología.----------

DE: ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JORGE PABLO ALEGRE

A: SR. MINISTRO DE EDUCACIÓN, CULTURA, CIENCIA Y TECNOLOGÍA:

De mi consideración

1. Arriba nuevamente el presente expediente a esta Asesoría General de Gobierno, a los fines de emitir dictamen en relación a la intervención que se nos requiere a fs. 805 en aras de la declaración de lesividad de la Disposición 1375/15 y de la Disposición Nº 1856/0848/2016 ambas de la Dirección Regional Educativa II y Resolución N° 5142/2016 del M.E.C.C y T.

De acuerdo con lo requerido, me expediré sobre el marco de las normas legales aplicables al caso, aún cuando el asunto planteado evidencia aristas opinables, las que merecen un análisis despojado de cualquier subjetividad que tiña la opinión que en términos estrictamente jurídicos debe emitirse, esto es, acerca de la procedencia o no de la declaración de "lesivo público" y consecuente ejercicio de la acción judicial de nulidad, no sin antes recordar que para así proceder, debe contarse con la conformidad del Fiscal de Estado.

2. Para una mejor comprensión de lo traído a examen, corresponde reseñar previamente el procedimiento administrativo que pretende nulificarse judicialmente mediante el denominado *"proceso de lesividad"*, que tramitó bajo el expediente de referencia, cuya foliatura citaré en adelante. De su lectura se desprende que:

Surge de las actuaciones que: a fs. 4 obra Disposición Nº 1856/1428/2014 de la Dirección Regional Educativa Polinivel II por la cual se inicia Información Sumaria en la Escuela de Formación Agrícola, a fs. 759/760 se agrega Disposición 1371/15 del mismo órgano por la cual se determina en su Art. 2º *que "el Sr. Walter Raúl Brassart con su accionar no incurrió en transgresiones al Reglamento de Sumarios, Decreto Nº 1311/99. Ley 3529 – Estatuto del docente y su reglamentación y toda otra normativa a considerar, correspondiendo restituirlo a su cargo ..."*, siendo notificado el agente en fecha 18-12-2015. Posteriormente, la Dirección Legal del M.C.C.C. y T. (fs. 764/765) emite Dictamen en el cual señala las falencias en la tramitación

COPIA DIGITAL

de la mencionada Información sumaria que culminara con a la Disp. N° 1856/1371/15 y remite nuevamente a la Dirección Regional II a fin de que se deje sin efecto la Disposición de cierre de la Información Sumaria, se sanee el proceso, se encause una investigación independiente por las denuncias del Director sin perder de vista que es parte responsable, como órgano de contralor de los hechos contenidos en la denuncia.

Por ello, la Directora Regional II dicta Disposición Nº 1856/0848/2016 (fs. 766/767), por la cual deja sin efecto la Disp. Nº 1856/1371/15, da por concluida la Información sumaria y se sugiere la Instrucción de Sumario. Así a fs. 772/775, el M.E.C.C. y T. dicta resolución Nº 5142/2016 por la cual se instruye sumario administrativo al sr. Walter Raúl Brassart, separándolo de su cargo y asignándole tareas en otro lugar.

La dirección de sumarios docentes, se expidió a fs. 782, devolviendo las actuaciones al ministerio actuante por considerar que al cerrarse la información sumaria por Disp. 1856/1371/15, y siendo esta notificada al interesado, el dictado de disp. N° 1856/0848/2016 (por la cual se dejaba sin efecto la anterior) resulta contrario a lo normado por el art. 127 de la ley N° 179-A, lo cual ya fue advertido por este organismo en intervenciones anteriores (fs. 788/789 - Providencia Nº 10/2017 de la AGG) basando nuestro criterio en la Teoría de los actos Propios, a la cual nos remitimos.

A fs. 803, asumió intervención el señor Fiscal de Estado mediante providencia N° 0781/2019 en el marco del control de legalidad que le compete, prestando su conformidad para la declaración de lesividad de la disposición N° 1856/1371/2015 y de los actos administrativos dictados en su consecuencia.

3. En este sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho que el ejercicio de la potestad anulatoria de las resoluciones notificadas a los interesados y de las que se derivan derechos subjetivos, se halla necesariamente vinculado a la dilucidación de la regularidad del acto administrativo (Causas "Lauria", sent. del 5-X-1993, "Orellano" sent. del 16-II- 2000), regularidad que no equivale a la ausencia de vicios.

Asimismo, se ha definido la acción de lesividad como el "proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto que la misma no puede revocar per se y que consiste, fundamentalmente, en legitimar como sujeto activo de la Administración, para demandar la anulación de actos lesivos al ordenamiento jurídico que fueran irrevocables en sede administrativa en la medida en que la insusceptibilidad revocatoria y la demandabilidad de la anulación se refieran,

COPIA DIGITAL

respectivamente, a la insusceptibilidad de la revocatoria con ejecutoriedad propia a la demandabilidad de la ejecutoriedad judicial de la anulación no ejecutoria dispuesta administrativamente" (Comadira, Julio R.; "La anulación de oficio del acto administrativo", 2ª edición actualizada, Bs. As., 1998, págs. 89/90).

Como corolario de lo hasta aquí descripto, en nuestro ordenamiento -Código de Procedimientos Administrativos- la "acción de lesividad" procede tanto en los supuestos de nulidad absoluta como de nulidad relativa, cuando el acto –no obstante la irregularidad- fue notificado y ha generados derechos subjetivos que se estén cumpliendo (en el caso particular el sobreseimiento del sr. Brassart); cediendo la potestad anulatoria de oficio frente al deber de la administración debe acudir al mentado proceso judicial sea que "se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales" (art.127, ley 179 A)

Sin pretender sustituirnos a la valoración final que a ese Ministerio compete, como superior jerárquico del organismo actuante, a los fines de proseguir el presente y elevar el proyecto de Decreto a consideración del Señor Gobernador, resulta oportuno recordar que para demandar la anulación, debe cumplirse el siguiente procedimiento: *"a) previo dictamen jurídico y con intervención y conformidad de Fiscalía de Estado la administración formulará declaración de lesividad por razones de ilegitimidad, lo que será irrecurrible en sede administrativa; b) en el mismo acto, se requerirá de Fiscalía de Estado que en el termino de 60 días hábiles, contado desde la vigencia de la medida dispuesta, demande ante la Cámara Contencioso Administrativa la anulación parcial o total del acto administrativo (aplicándose al trámite, en lo pertinente, lo dispuesto en la Ley 135-A y sus modificatorias para el juicio de ilegitimidad"* (art. 129, Ley 179-A).

Como es de ver, entre otros recaudos, constituye un requisito de validez del acto declarativo de lesividad, la conformidad previa de la Fiscalía de Estado, la que se vislumbra en autos, desde que –como se lee a fs. 803- su titular solicitó se expida *"la declaración administrativa previa de lesividad requiere que en forma fundada, y respetando el debido proceso adjetivo, provea a la futura demanda de razones legales suficientes y sustento fáctico convincente en punto a los intereses que alega la Administración pública afectados por el acto administrativo cuya petición de nulidad incoada..." "... En consecuencia deberá "esmerarse" al extremo al*

COPIA DIGITAL

tiempo de motivar el acto de lesividad toda vez que en ello van afectados derechos de rango constitucional ...".

4. Ahora bien, mas allá de que el proceso de lesividad conlleva la revisión del acto administrativo (presumiblemente nulo o anulable) por parte del órgano jurisdiccional, antes de ello, es la propia Administración quien pondera la existencia y entidad de los eventuales vicios, de donde se sigue que la declaración administrativa previa, y consecuente autorización para iniciar la acción contencioso administrativa especial, traduce una pretensión anulatoria por razones de ilegitimidad a la cual también resulta aplicable, ya sea por analogía o como norma supletoria, la disposición del actual art. 132 de la l179-A, que establece: *"Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes".*

Cuando la ley incorpora a la equidad en su texto expreso como valor natural que adquiere una dimensión jurídica, imponiendo un límite al ejercicio de las potestades públicas, autoriza a revisar si en tal ejercicio se ha cumplido el límite impuesto (conf. Jesus González Perez, "La buena fe en el derecho administrativo", 1983, pág. 101 y siguientes). A su vez, el factor tiempo desempeña un papel esencial en la ponderación de las circunstancias que justifican el ejercicio de la potestad anulatoria en defensa del interés público que lo autoriza (conf. Fiorini, "Teoría Jurídica del Acto Administrativo").

La ley obliga necesariamente a buscar un equilibrio entre la preservación del orden jurídico comprometido ante la vigencia de un acto para cuyo dictado no hubiere un estricto ajuste a la ley y la equidad frente a los derechos emergentes de ese acto y las prestaciones en vías de cumplimiento.

Desde tal perspectiva, se deberá considerar si ambas circunstancias (tiempo y equidad) militan mas bien a favor de la estabilidad del acto, no pudiendo omitirse su consideración al momento de justificar debidamente el interés público que se encuentre comprometido en la declaración de lesividad propiciada.

5. Por todo lo expuesto, y atento las nuevas autoridades, se devuelven las actuaciones para intervención del servicio jurídico del área, como así también, para conocimiento y consideración de esa autoridad ministerial, quien –en caso de mantener el criterio hasta aquí sustentado, deberá emitir la correspondiente resolución ministerial debidamente

COPIA DIGITAL

fundada e invocando las razones legales y fácticas suficientes, a efectos de declarar la lesividad pública de la disposición N° 1375/15 de la Dirección Regional Educativa II- del M.E.C.C.Y.T. y de los actos administrativos posteriores dictados en su consecuencia, y en este caso, remitir nuevamente el expediente junto con el mencionado instrumento a este organismo asesor, a efecto de continuar con el trámite de ratificación y remisión de las actuaciones a Fiscalía de Estado, para la interposición de la correspondiente demanda de anulación del acto administrativo cuestionado mediante juicio de lesividad; no sin antes recordar que *"el funcionario competente para decidir la promoción de la acción de lesividad, debe tener en cuenta para ello, los aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia relativos a la misma"* (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 214:68).

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

27-02-2020

Dr. Jorge Pablo Alegre
Asesor General de Gobierno
Provincia del Chaco

COPIA DIGITAL