080

DICTAMEN N° _____
Ref: A.S. N° E48-2018-3119-A
S/ Revisión Decreto N° 2977/18
Nombramiento de Sáenz María
Celeste D.N.I. N° 36.973.484.-

A LA SUBSECRETARIA LEGAL Y TECNICA:

La actuación referenciada es elevada a efectos de emitir opinión en relación a la posibilidad de revisión en sede administrativa, del Decreto N° 2977 de fecha 14 de diciembre de 2018, por el cual se dispone el nombramiento de la Sra. María Celeste Sáenz como Personal de Planta Permanente en el Instituto del Deporte Chaqueño, encuadrándose dicha designación en el artículo 13 de la Ley 292 A.

A fs.01/10, la Sra. Sáenz requirió su incorporación a la administración pública con motivo del fallecimiento de su madre, la Sra. Mabel Noemí Ramírez (ex agente del estado provincial), alegando haber quedado a cargo de la crianza de sus hermanos menores de edad, debiendo solventar los gastos que devienen del deceso de la misma, a cuyo fin solicitó la aplicación del art. 13 de la Ley 292 A que establece: "*Cuando un agente cese por fallecimiento ... siendo la única fuente de ingreso de su familia... el Estado podrá designar dentro de un plazo máximo de treinta (30) días corridos de decretada la baja, al cónyuge o a un familiar de primer grado de consanguinidad...*" citándolo textualmente.

Si bien en informe de fs. 14 se emitió opinión favorable respecto la prosecución del trámite por resultar tempestivo y haberse acreditado el vínculo de consanguinidad y grado con la causante, sumado al hecho de la presencia de sus dos hermanos menores de edad, a posteriori de la suscripción del acto administrativo pertinente (Decreto N° 2977 de fs.26), se advirtió que el sueldo activo de la ex agente no era la única fuente de ingresos como requiere la norma, ya que el grupo familiar cuenta con los haberes de su progenitor, el Sr. Julio Cesar Sáenz de quien se agregó copia certificada del mensual 12/2018 a fs. 38 y además se acreditó, que percibe por sus hijos las asignaciones familiares de ley, quedando desvirtuados los fundamentos esgrimidos por la interesada.

A fs. 39 y vta tomó intervención el servicio jurídico del Instituto del Deporte Chaqueño en cuyo dictamen manifestó que "...los falsos invocados han conducido al dictado de un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, dada la gravedad del vicio introducido por la propia interesada, que termino con el dictado del Decreto N° 2977/18, observando de esta forma como única posibilidad de revisión del decreto en cuestión, en sede administrativa, dado que el error sin lugar a dudas ha sido introducido por la interesada, no necesitando acudir en estos casos a la acción de lesividad..."

Compartiendo parcialmente dicha opinión, entendemos que la cuestión planteada encuadra en el artículo 126 de la Ley 179 A que reza: "*El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente, o simulación absoluta...*".

Ahora bien, el artículo 128 del mismo cuerpo legal establece: *"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser anulado por razones de ilegalidad en sede administrativa, previo dictamen jurídico y con intervención y conformidad de*

COPIA DIGITAL

Fiscalía de Estado. No obstante, cuando el acto estuviere firme y consentido, y hubiere generado derechos subjetivos que estén cumpliendo, deberá peticionarse la declaración judicial de nulidad, en los términos del artículo siguiente".

Así, dentro de nuestro ordenamiento público local, tanto el Código de Procedimientos Administrativos - Ley N° 179-A (antes Ley N° 1140)- como también el Código Contencioso Administrativo -Ley N°135-A (Antes N° 848)- otorga a la Administración la facultad de revocar sus propias resoluciones, antes de ser notificadas a los interesados (artículo 124) y por razones de legalidad (art. 125).

El principio general de la procedencia de la declaración de invalidez del acto afectado de vicios graves que afecten sus elementos esenciales tiene como contrapeso, que dicha prerrogativa se encuentra vedada en su ejercicio si se presentan determinadas circunstancias que configuran la excepción a la regla: que el acto se encuentre firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

Entonces, teniendo en consideración los lineamientos hasta aquí esgrimidos cabe desentrañar si el Decreto en pugna adquirió estabilidad, esto es, si el acto aun viciado, por nulidad absoluta, alcanzó a generar derechos subjetivos que se estén cumpliendo o en vías de cumplimiento, esto es que el acto haya sido ejecutado o haya comenzado a ejecutarse, situación que impide que el titular de la potestad revocatoria lo sea ya la Administración, y deba entonces perseguirse la anulación en sede judicial.

En el caso concreto, según constancias de fs. 26, la Sra. María Celeste Sáenz se encuentra debidamente notificada desde el 26 de diciembre de 2018 y si bien conforme informe de la Dirección General de Finanzas y Programación Presupuestaria de fs. 23, donde manifiesta que "El programa 11 – Promoción del Deporte – Actividad específica 01 –Dirección y Coordinación de la Jurisdicción 48 – Instituto del Deporte Chaqueño no cuenta con el cargo vacante en el presupuesto vigente.." y advertido el vicio no se llegó a la suscripción del proyecto de Resolución obrante a fs. 31/32 por el cual se creaba el mismo, la Sra. Sáenz había comenzado a prestar regularmente su debito laboral hasta ser suspendida temporalmente conforme acta de fecha 04 de febrero de 2019 obrante a fs. 44, donde también se notifica que el acto administrativo de su nombramiento se encuentra en revisión por no encuadrarse en la normativa invocada, otorgándole plazo a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa, razón por la que se considera que el derecho otorgado por el Decreto N° 2977/18 ha tenido principio de ejecución, y -por tanto- correspondería para su revocación, recurrir al procedimiento normado en el artículo 129 de la ley local (acción de lesividad).

Bajo tal marco, conviene recordar que el derecho subjetivo es comunmente definido como el interés de un sujeto sobre un objeto determinado con carácter exclusivo y excluyente respecto de terceros, esto es, el interés individual y exclusivo del titular sobre el objeto -material o inmaterial- (Carlos F. Balbín. Tratado de Derecho Administrativo. 2ª Edición actualizada y ampliada. Tomo III. LA LEY. Año 2015. Página 313). Además, resulta necesario que la prestación estuviere en vía de cumplimiento.

La Corte Suprema recientemente sostuvo que: "el artículo 17 de la ley 19.549 establece expresamente la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que ese acto se encontrara "firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo",

COPIA DIGITAL

supuesto en el cual "sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad" (Fallos 314:322). Por lo tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el párrafo anterior" (CSJN, Tallares Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N. s/ concurso preventivo", 21/11/18).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia 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.

En ese marco, 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, 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).

En nuestro ordenamiento, a partir de la modificación del Código de Procedimientos Administrativos (según Ley Nº 5759), 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 esos casos, la potestad anulatoria de oficio cede, y 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) o en caso de verificarse la configuración de los graves e insanables vicios tipificados en el art. 126 de la misma ley.

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 término 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 848 y sus modificatorias para el juicio de ilegitimidad"* (art. 129, Ley 1140).

Ahora bien, más allá de que el proceso de lesividad conlleva la revisión del acto administrativo 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 Ley 179 A, que establece: *"Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas*

COPIA DIGITAL

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. Jesús González Perez, "La buena fe en el derecho administrativo", 1983, pág. 101 y siguientes), obligando 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.

En conclusión, es opinión de este organismo asesor que la estabilidad del acto administrativo de nombramiento, mediante su notificación y principio de ejecución (cumplimiento de servicios a su cargo), impiden el ejercicio de la facultad anulatoria de la Administración, por lo tanto, desde tal perspectiva, al tratarse sin dudas de un acto emitido mediando error esencial, manifiestamente nulo, deberá evaluarse la oportunidad, mérito y conveniencia de promover acción de lesividad tendiente a la declaración judicial de nulidad conforme a los previsto por los art. 126 t cc de Ley 179 A, previa intervención de la Fiscalía de Estado y ulterior declaración de lesivo público en sede administrativa .

En merito a la singularidad e importancia que reviste la cuestión aquí planteada se solicita se otorgue a la presente el carácter de muy urgente.

Atentamente

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

Dra. Cintia C. Marún
ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

Dr. MIGUEL ARMANDO GARRIDO
Asesor General de Gobierno
Provincia del Chaco

19 FEB. 2019

COPIA DIGITAL