



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

**Dictamen Jurídico**

**Número:**

**Referencia:** EX-2021-10441870-ANSES-DGEAJ#ANSES

---

SEÑORA DIRECTORA EJECUTIVA DE LA  
ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

Se ha solicitado la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación con motivo de la sentencia de primera instancia dictada en los autos caratulados *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo* (Expte. N.º 38870/2017), que tramita por ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10, Secretaría N.º 1.

-I-

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. A los fines de una mejor comprensión de las cuestiones objeto de consulta, corresponde comenzar por señalar que con motivo del fallecimiento del doctor Néstor Carlos Kirchner, se le otorgó a la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 4.º de la Ley N.º 24.018 (B.O. 18-12-1991), en su calidad de derechohabiente del ex Presidente de la Nación, mediante la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales.

Posteriormente, concluidos los dos períodos presidenciales para los que fue electa, el Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Resolución N.º 3193/15, le otorgó a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual

vitalicia establecida en el artículo 1.º de la mencionada Ley N.º 24.018, como ex Primera Mandataria.

Ambos actos generaron derechos subjetivos en la esfera jurídica de la doctora Fernández de Kirchner como beneficiaria de ambas prestaciones, las que tuvieron ejecución efectiva y simultánea hasta el momento en el que se dispuso la suspensión del pago de la segunda de ellas, cuestión esta que será objeto de precisiones seguidamente.

Como se verá, el nacimiento y el cumplimiento de derechos generados por aquellos actos resultan de particular relevancia para el encuadramiento jurídico del caso.

2. En el orden 2 obra el dictamen emitido por esta Procuración del Tesoro de la Nación, el 21 de octubre de 2016, registrado como IF-2016-02475535-APN-PTN.

Dicha opinión fue requerida por la entonces titular del Ministerio de Desarrollo Social, quien consultó a esta Casa acerca de la compatibilidad de las dos asignaciones percibidas por la doctora Fernández de Kirchner, derivadas de la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y de la Resolución N.º 3193/15 del Ministerio de Desarrollo Social.

En el asesoramiento antes indicado este Organismo Asesor opinó que ... *la doctora Cristina Elisabet Fernández resulta alcanzada por la incompatibilidad prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, toda vez que percibe la asignación mensual vitalicia que establece su artículo 1.º y, a su vez, goza del haber de pensión otorgado de conformidad con el artículo 4.º del mismo cuerpo legal.*

Dicha conclusión fue precedida por las siguientes premisas: ... *El régimen previsional bajo análisis involucra privilegios que, como tales, son de interpretación restrictiva. Y, tanto la interpretación literal como una hermenéutica finalista de las normas aplicables, conducen a la conclusión de que no procede la acumulación de los referidos beneficios.*

3. En el orden 3 fue agregada una copia de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS mediante la cual se suspendió el pago de la asignación mensual vitalicia otorgada a la doctora Cristina Elisabet Fernández por medio de la Resolución MDS N.º 3193/15; y se la intimó a fin de que en el plazo de diez días ejerciera la opción prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, para la percepción de uno de los dos beneficios reconocidos.

4. En el orden 4 se adjuntó una copia de la RESOL-2017-1-APN-MDS mediante la

cual se rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la interesada contra la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

5. En el Orden 5 se incorporó el texto de la demanda presentada por la doctora Cristina Fernández de Kirchner contra el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación - Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, que originó el expediente judicial caratulado CSS-38870/2017 *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*, en trámite ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10.

La interesada promovió dicha demanda a fin de obtener un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de las Resoluciones registradas como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS, y de todo acto dictado en consecuencia.

A su vez, peticionó que se ordene a la demandada la inmediata devolución de las sumas retenidas en virtud de los referidos actos administrativos, con más sus intereses hasta el efectivo pago.

Asimismo, destacó que con fecha 17 de enero de 2017, presentó un recurso jerárquico por ante el entonces Presidente de la Nación, el cual no había sido resuelto. Por esta razón, consideró vencido el plazo establecido en el artículo 91 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72 T.O. 2017 (B.O. 2-11-2017), y habilitada la vía judicial para presentar su reclamo.

6. En el orden 6 se agregó el texto de la contestación de demanda del Ministerio de Desarrollo Social, con el patrocinio letrado del anterior titular de esta Casa, en la que se opusieron las defensas de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimación pasiva y prescripción. Además, solicitó se citara como tercero a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

7.1. En el Orden 7 se adjuntó copia del dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1, en la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*.

En primer lugar, informó el titular de esa Fiscalía que, al haberse dictado el sobreseimiento definitivo de las personas imputadas en los autos *Niño, Guadalupe Noemí y otro s/a determinar*, no había obstáculos para oportunamente dictar sentencia en esas actuaciones.

En tal sentido, es oportuno recordar que en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2018 dictada en dicha causa, la Sala I de la Cámara de Apelaciones

en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital concluyó que las conductas allí investigadas, vinculadas con el otorgamiento a la doctora Fernández de Kirchner de la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018 cuando ya tenía conferida la asignación contemplada por el artículo 4.º de la ley como derechohabiente del doctor Kirchner, no implicaron la comisión de ilícito alguno de carácter penal.

Asimismo, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que en el dictado de las resoluciones en crisis (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS), se había infringido el derecho a la tutela administrativa efectiva, en especial al "debido proceso adjetivo", al destacar que *De la lectura de las constancias obrantes se vislumbra con suma claridad que las decisiones del Ministerio de desarrollo social en juego infringen el principio general de la estabilidad de los actos administrativos, el derecho a la tutela administrativa efectiva y en especial el derecho al debido proceso adjetivo...*

Concluyó en especial que a través de los actos recurridos:

a) *Se lesionó de manera concreta el derecho a la tutela administrativa efectiva, presente tanto en nuestra Constitución Nacional como en diversos Pactos Internacionales que hoy poseen semejante rango.*

b) *Se han dejado sin efecto resoluciones anteriores, dictadas de acuerdo a derecho y que han generado derechos adquiridos, sin intervención alguna de la beneficiaria.*

c) *A la titular no se la ha convocado en ningún momento a participar en las actuaciones administrativas. No se ha cumplimentado con la "garantía de defensa", como garantía constitucional en el Derecho Procesal.*

d) *De manera especial se ha violentado el art 1º inc. f), apartados 1 a 3... de la Ley N.º 19.549 (B.O. 27-4-1972).*

7.2. Respecto a la suspensión en sede administrativa de la asignación mensual vitalicia que le correspondía como ex Presidenta de la Nación, advirtió que no se indicaron las razones que le permitiesen al Poder Administrador quebrantar una ley nacional ... *que explícitamente le prohíbe afectar la subsistencia de un acto jurídico cuando se encuentra firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo.*

Y agregó que: *Si como señalan los considerandos de la resolución impugnada, el problema de la Res. MDS N º 3193/15 deriva de un "cumplimiento defectuoso", lo que debió hacer la administración era intimar a su correcto cumplimiento y no suspender, arbitrariamente sus efectos, tal como resolvió la Res. 2016-1768-E-APN-MDS (...) Del análisis de los obrados no surgen elementos algunos que justifiquen la revisión de las decisiones administrativas que concedieron a la Ex-Presidenta la asignación vitalicia. Cabe aclarar que tampoco se encuentran vertidos los fundamentos que motivaron solicitar la revisión.*

7.3. Acerca de la garantía de la estabilidad del acto administrativo consagrada en los artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549, indicó que... *frente a un acto administrativo dictado por la propia administración que se considera lesivo a los intereses públicos y que goza de los atributos de la estabilidad, la administración pública debe acudir al órgano judicial a fin de obtener su invalidación.*

Aseveró, también, que no se encontraban configuradas las causales establecidas en el artículo 18 de la referida Ley, que habilitan a la Administración Pública a revocar, bajo ciertas condiciones, los actos administrativos regulares.

8.1. En el orden 8 se adjuntó el fallo de primera instancia del 29 de diciembre de 2020, dictado por el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10 en el citado expediente.

8.2. En términos generales, el sentenciante coincidió con el temperamento plasmado en el dictamen del Fiscal Federal ya reseñado.

Consideró que... *El "Thema Decidendum" troncal de los presentes actuados radica en discernir si resulta ajustada a derecho -con la debida notificación y participación de la beneficiaria que le permitiera ejercer su derecho de defensa-, la RES.-2016-1768-E-APN-MDS dictada el 1º de noviembre de 2016 por la entonces Sra. Ministra de Desarrollo Social... que suspendió el pago de la asignación mensual vitalicia a favor de la doctora Fernández de Kirchner.*

8.3. En ese orden de ideas, sostuvo que dicho acto vulneró el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en especial, el debido proceso adjetivo; y destacó que... *la primer notificación fehaciente realizada a la actora de la RES.-2016-1768-E-APN-MDS fue la llevada a cabo a través de su apoderada Dra. Graciana Peñafort, mediante carta certificada N° EC633004267 con fecha 18/11/2016, esto es que se la emplaza por 10 por diez días a realizar una opción y a oponer defensas.*

Asimismo, indicó que la RESOL-2017-1-APN-MDS, de la entonces Ministra de Desarrollo Social... *reconoce expresamente la falta de notificación fehaciente a la actora de una decisión que se encontraba efectivizándose y, por tanto, ya se había perfeccionado.*

8.4. Destacó que la Resolución MD N.º 3193/15... *es un acto firme y consentido, el cual ha generado derechos subjetivos en pacífico cumplimiento, y continúa en vigencia, y aclaró que si presentaba alguna irregularidad o, como se diera en llamar, un "defectuoso cumplimiento", correspondía aplicar en debida forma la Ley de Procedimiento Administrativo y/o, en su caso, acudir a sede judicial.*

8.5. A tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y su principio general en materia de

nulidades, concluyó que ... el Ministerio no dio participación a la interesada, decisión que refleja las vías de hecho en que incurre la Administración, siendo por ello que en la especie, no se dan las condiciones que habilitan al órgano administrador a ejercer las facultades conferidas por el art. 15 de la ley 24.241, por lo que la resolución impugnada en su forma, no ha sido dictada conforme a derecho.

8.6. Coincidió en que las decisiones cuestionadas infringieron ... el principio general de la estabilidad de los actos administrativos, el derecho a la tutela administrativa efectiva y en especial el derecho al debido proceso adjetivo.

8.7. En sustento de sus conclusiones referidas a que en el caso se violó el derecho de la interesada al debido procedimiento adjetivo, y a que la Administración no estaba facultada para disponer en su propia sede la suspensión del beneficio acordado por la Resolución MDS N.º 3193/15, el sentenciante invocó diversas fuentes doctrinarias (Greco, Carlos M., *Vías de hecho administrativas*, L.L. 1980-C, pág. 1207; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, T. II, pág. 213; y Escola, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Ed. Depalma, 1975, pág. 120).

Y, a la par, se remitió a los criterios plasmados en diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencias dictadas en las causas *Carman de Cantón, Elena c/Nación Argentina s/Pensión; Copa, Diego c/ANSES s/medidas cautelares; Castellanos, Jaime Enrique c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos; y Kek, Sergio Leonardo y otros c/Municipalidad de Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa*); de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fallo dictado en la causa *Altman Construcciones S.A. c/GCBA s/Impugnación de actos administrativos*); y de la Cámara Federal de la Seguridad Social (pronunciamientos emitidos en las causas *Paladino, Marta Amelia c/A.N.Se.S. s/amparos y sumarísimos; Quiroga, Gabriela Josefa c/A.N.Se.S.; Pugliese, Juan Carlos c/ANSES s/reajustes varios; y Felman, Andrea Gabriela y otros c/E.N. Secretaría de Desarrollo Soc. Com. Nac. de Pen. Asist. s/amparos y sumarísimos*).

8.8. Por lo expuesto, el Magistrado actuante hizo lugar a la demanda, decretó la nulidad de las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS del Ministerio de Desarrollo Social, sus actos preliminares y de todo acto dictado en consecuencia. Además ordenó a la ANSES que en el plazo de 30 días proceda a la restitución de asignación mensual vitalicia suspendida a la actora, con más los intereses debidos hasta el efectivo pago.

9. En el orden 9 obra el informe elaborado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES)

dirigido a la titular de dicho organismo.

Ese servicio jurídico, luego de reseñar lo actuado, aconsejó la remisión de las actuaciones a este Organismo Asesor. En tal sentido, sostuvo que: ... *siendo que esta ANSES no dictó la resolución impugnada y recién tomó intervención en la causa de la referencia con posterioridad a la contestación de la demanda, salvo mejor opinión, correspondería dar intervención a la Procuración del Tesoro de la Nación con motivo del dictado de la sentencia definitiva del 29 de diciembre de 2020, en atención a la previa intervención de ese Órgano Asesor mediante el referido dictamen.*

*Asimismo, correspondería la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación atento el patrocinio ejercido en la contestación de la demanda y a tenor de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley N° 12.954.*

10. En ese estado del trámite, en el orden 11 tomó intervención la señora Directora Ejecutiva de la Administración Nacional de la Seguridad Social, en los siguientes términos: ... *en virtud de la relevante significación institucional del caso, se remite el presente expediente a esa Procuración del Tesoro de la Nación con el objeto de requerir su opinión a la luz de los fundamentos del dictamen fiscal del 2 de octubre de 2020 y la sentencia definitiva del 29 de diciembre de 2020, en función de los antecedentes del caso y su intervención previa mediante Dictamen N° IF-2016-02475535-APN-PTN y en la contestación de la demanda patrocinando al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.*

-II-

#### MARCO NORMATIVO

1. La cuestión en análisis se encuentra regida por la Ley N.º 24.018 de Jubilaciones y Pensiones para ciertos funcionarios del Gobierno Nacional y sus modificatorias.

1.1. Según el artículo 1.º de dicha ley, quedan comprendidos dentro del régimen de asignaciones mensuales vitalicias que ella establece, a partir del cese en sus funciones: el Presidente y el Vicepresidente de la Nación, y los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1.2. El artículo 3.º, en su segundo párrafo, establece que al Presidente de la Nación se le reconoce una asignación equivalente a la suma que por todo concepto corresponda a la remuneración de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y al Vicepresidente las tres cuartas partes de dicha suma.

1.3. Asimismo, el artículo 4.º dispone que si se produjera el fallecimiento del titular de la asignación, el derecho acordado o a acordarse se extenderá a la viuda o viudo, en concurrencia con los hijos e hijas solteros hasta los dieciocho (18) años de edad.

1.4. El artículo 5.º, por su parte, establece que: *La percepción de la asignación ordenada en el artículo 1, es incompatible con el goce de toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por aquélla por estos últimos beneficios. Para tener derecho al goce de esa asignación es condición que los beneficiarios estén domiciliados en el país.*

2. La autoridad de aplicación del citado régimen es actualmente la Administración Nacional de la Seguridad Social, conforme lo previsto por el artículo 15 del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 746/17 (B.O. 26-9-2017), que transfirió a ese organismo descentralizado, a partir del 1 de octubre de 2017, las funciones de tramitación, otorgamiento, liquidación y pago de distintas prestaciones no contributivas que otrora se encontraban a cargo de la ex Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Esta última había sido previamente suprimida por el artículo 6.º del Decreto N.º 698/17 (B.O. 6-9-2017).

-III-

#### OBJETO DE LA CONSULTA

1. A la luz de los antecedentes acompañados, las cuestiones a examinar son las siguientes:

i. La validez jurídica de las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS.

ii. Si existe incompatibilidad en la percepción de los beneficios otorgados a la interesada por medio de la Disposición N.º 5135/2010 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y de la Resolución N.º 3193/2015 del Ministerio de Desarrollo Social, respectivamente.

2. Me referiré a ambas cuestiones en el orden enunciado.

- IV -



## ADVERTENCIA PRELIMINAR

1. Si bien en distintas oportunidades esta Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que cuando una cuestión está sometida a la resolución del Poder Judicial los órganos de la Administración deben evitar verter apreciaciones que hagan a la decisión de aquél, tal criterio -que no responde a un imperativo legal o reglamentario expreso- cede ante la necesidad de adoptar los cursos de acción que contribuyan al restablecimiento de la juridicidad en los casos en los que ella se encuentre gravemente quebrantada (doctrina de *Dictámenes* 255:663).

En especial cuando se configuran situaciones en las que la jurisprudencia, particularmente la emanada del máximo Tribunal de Justicia, ha adoptado definiciones que ponen en crisis lo decidido por el Poder Administrador.

En situaciones de esa índole, ha dicho esta Casa, resulta conveniente que la Administración Pública se atenga a los criterios jurisprudenciales en cuanto a la aplicación del Derecho. No sólo por la armonía que debe existir entre los distintos órganos estatales, sino también por la necesidad de evitar que el Estado impulse en sede judicial pretensiones que previsiblemente estén destinadas a un resultado desfavorable, con el consiguiente riesgo vinculado con la eventual imposición de costas.

Dicha pauta de actuación resulta particularmente predicable cuando exista una doctrina judicial sobre una materia determinada, y ella resulte coetánea con la determinación que deba tomar la Administración. En tales casos, la adopción de un temperamento opuesto al de la jurisprudencia *sólo puede constituir una mera declamación que va a atentar contra los principios de economía y celeridad procesales* (doctrina de *Dictámenes* 244:325 y sus citas: 144:134; 174:98; 179:75; 205:113 y 124; asimismo, 251:492 y 304 129, entre otros).

Los extremos señalados en los párrafos que anteceden se presentan en el caso que aquí nos ocupa, pues en la consulta formulada a esta Casa subyace la necesidad de analizar cuáles son los cauces para el restablecimiento, en sede administrativa, de la legalidad vulnerada por los actos que fueron jurídicamente descalificados por la sentencia arriba reseñada; la que, como quedó expuesto en la reseña antes efectuada, se basó en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, algunos de ellos contemporáneos (vgr. autos *Kek, Sergio Leonardo y otros c/Municipalidad de Coronel Du Graty*), que consagran una doctrina en materia de revocación administrativa de actos generadores de derechos subjetivos que han tenido principio de cumplimiento, opuesto a lo decidido en la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

En ese orden de ideas, me anticipo a señalar que esta última se evidencia como un acto contrario al orden jurídico, situación claramente advertida tanto en el dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1 como en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 10 de

ese fuero en la causa arriba aludida.

Al respecto, cabe recordar que el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración, cuando corresponde que ella sea puesta en práctica conforme al ordenamiento jurídico, no puede verse inhibido por la circunstancia de que exista un proceso contencioso pendiente, como lo es aquí la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*. Máxime cuando el uso de tal prerrogativa tiene por finalidad ajustar los efectos de la conducta administrativa a criterios de legalidad (doctrina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, Sala II, 15/4/1993, *Wag S.A.*, L.L. T. 1993-D, pág. 391 y ss.; en igual sentido, Sala III, 8/9/1982, *Garda, Mario Enrique* y 14/4/1983, *Fadlala de Ferreyra*, E.D. T. 105, pág. 689; y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF C/Estado Nacional-Ministerio de Economía s/Cobro de Sumas de Dinero*, A. 414. XLIV. ROR, 14/09/2010).

2.1. En ese orden de ideas estimo necesario adelantar que, a mi entender, la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS es un acto nulo, viciado de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549; similar calificación merece la similar RESOL-2017-1-APN-MDS por la que fue desestimado el recurso de reconsideración deducido contra aquel acto.

A ello me referiré en el capítulo siguiente de este asesoramiento.

2.2. Tengo especialmente en cuenta a los fines de este análisis que la actuación del Estado Nacional, como persona ética por excelencia (*Dictámenes* 190:103; 223:147; 251:411), está sujeta al principio de legalidad; lo cual significa que debe ajustar su conducta a las disposiciones que componen el orden jurídico.

Sobre el particular, en forma reciente este Organismo Asesor ha tenido oportunidad de destacar que, en base a esta noción del principio de legalidad, se ha concebido un tipo de organización estatal que se desenvuelve de acuerdo con la ley y que, en las relaciones con los particulares, se somete a un conjunto de reglas que a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en orden a la consecución de sus fines; y que el Derecho Administrativo se desarrolla desde la idea de que la Administración se halla sometida ("*condicionada jurídicamente*") a la ley, entendida esta última en sentido lato, comprensivo de la Constitución, de los Tratados, de las leyes e incluso de los actos de alcance general emanados del propio Poder Administrador (*Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN*).

Al respecto, tal como se dijo en la opinión citada precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que ... *el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de*

*tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso... (Fallos, 315: 2771).*

Es que, siendo el Estado quien formula el derecho, se obliga a respetar la norma que él ha establecido (Stein, Edith, *De L'État*, Friburgo, 1989, pág. 97).

Así, el principio de legalidad permite configurar el sistema jurídico de un modo tal que posibilita que no solo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial sean llevadas a cabo conforme al derecho vigente, limitando formalmente el accionar del Estado (Zarini, Helio J., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2a. edición, 1999, pag. 431; Gelli, Maria Angelica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4.ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pag. 331).

Es por ello que el actuar administrativo debe ... *hallar fundamento y confines en la ley, siendo así que, el principio de legalidad, por un lado, habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada y, por el otro, le impone límites a ese accionar; los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado.* (Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN).

2.3. Este principio rector se encuentra plasmado en forma expresa en el artículo 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 que impone la obligación al Estado Nacional de revocar en sede administrativa, por razones de ilegitimidad, los actos administrativos afectados de nulidad absoluta.

Pero, agrega la norma, cuando esos actos estuvieren firmes y consentidos y hubieren generados derechos subjetivos que se estén cumpliendo, *sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.*

2.4. En consecuencia, mi convicción acerca de la nulidad de los actos administrativos en crisis (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS), mi deber como Director General del Cuerpo de Abogados del Estado y máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración Nacional (arts. 2.º y 5.º, inc. d, de la Ley N.º 12.954 -B.O. 10-3-1947-; y arts. 3.º y 4.º del Decreto Reglamentario N.º 34.952/47 -B.O. 13-11-1947) y lo dispuesto por el citado precepto de la Ley N.º 19.549, hacen indispensable que emita mi opinión en estos actuados a fin de contribuir al restablecimiento de la juridicidad, en línea con los principios rectores que deben guiar la actuación de la Administración (*Dictámenes* 244:648; 246:703; 294:059; *Fallos* 250:491; 302:545), y, simultáneamente, no generar un innecesario dispendio de actividad jurisdiccional (*Dictámenes* 224:209; 225:28; 249:614).

ANÁLISIS

Las Resoluciones RESOL-2016-1768-E-APN-MDS y RESOL-2017-1-APN-MDS.

1. Como lo adelanté en el capítulo precedente, las Resoluciones que nos ocupan son, a mi juicio, nulas de nulidad absoluta e insanable.

2. Los antecedentes determinantes para juzgar la ilegitimidad de estos actos administrativos son los siguientes:

2.1. El 21 de diciembre de 2007, a través de la Resolución 4616/07 del Ministerio de Desarrollo Social, le fue otorgada al doctor Néstor Carlos Kirchner la asignación mensual vitalicia como ex presidente de la Nación, en los términos del artículo 1.º de la Ley N.º 24.018.

2.2. Con motivo del fallecimiento del doctor Kirchner, se le concedió a la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia prevista en el artículo 4.º de la referida Ley, en calidad de derechohabiente, por conducto de la Disposición de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales N.º 5135/10.

2.3. Mediante la Resolución del Ministerio de Desarrollo Social N.º 3193/15 se le otorgó a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia establecida en el artículo 1.º de la mencionada Ley N.º 24.018, por haber ejercido la Primera Magistratura de la Nación durante dos períodos presidenciales.

2.4. La ex Presidenta percibió ambos beneficios durante casi un año en forma pacífica, más allá de sus reclamos respecto de los descuentos que se le efectuaban en concepto de impuesto a las ganancias.

2.5. El 1.º de noviembre de 2016 se dictó la primera de las Resoluciones cuestionadas (RESOL-2016-1768-E-APN-MDS) que suspendió ... *a partir de la fecha de la presente, el pago de la asignación mensual vitalicia, que fuera otorgada a la Dra. Cristina Elisabet FERNÁNDEZ (...) por Resolución MDS N.º 3193/15, conforme lo indicado en los considerandos de la presente...* y la intimó a ejercer la opción prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018, entre la percepción del beneficio que le fuera reconocido por la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la asignación que le fuera otorgada por Resolución MDS N.º 3193/15.

2.6. La RESOL-2017-1-APN-MDS, del 3 de enero de 2017, rechazó el planteo de nulidad efectuado por la doctora Fernández de Kirchner (tramitado como

recurso de reconsideración) contra la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS (art. 2.º).

Asimismo, dispuso intimarla ... a fin de que formule por separado su petición de reliquidación de los beneficios que habría percibido (40-5-8085268-0 y 40-5-8085213-0) y de devolución de las sumas que considera indebidamente retenidas en concepto de Impuesto a las Ganancias, bajo apercibimiento de proceder a la caducidad del procedimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto N° 1759/72 (t.o. 1991) y por el artículo 1º inciso e) apartado 9 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (art. 3.º).

2.7. Como consecuencia del rechazo del recurso de reconsideración quedó expedito el recurso jerárquico subsidiario.

2.8. No habiendo sido resuelto el recurso jerárquico subsidiario dentro del plazo establecido por el artículo 91 del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto N.º 1759/72 T.O. 2017, la recurrente hizo uso del derecho de considerarlo denegado tácitamente e interpuso la demanda judicial ya referida.

2.9. El 3 de junio de 2019, mediante el Decreto N.º 394/19 (B.O. 4-6-2019), el Poder Ejecutivo rechazó el recurso jerárquico mencionado.

3. Diversos son los vicios que afectan a la Resolución registrada como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

4. Vicio en la competencia.

4.1. El inciso a) del artículo 7.º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA) establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo:

*a) ser dictado por autoridad competente.*

De las constancias de autos puede extraerse claramente que los beneficios de los que gozaba la ex Presidenta fueron otorgados mediante actos administrativos que, al momento del dictado de la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, se encontraban firmes, consentidos y habían generado derechos subjetivos que se estaban cumpliendo.

En tales condiciones, por regla, el único procedimiento válido para intentar su revocación y evitar que continuaran produciendo sus efectos era instar la acción de lesividad en sede judicial.

Así lo establece la segunda parte del ya citado artículo 17 de la LNPA, en estos términos: ... *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.*

Al respecto, en uno de los precedentes citados esta Casa tuvo oportunidad de señalar lo siguiente:

*La intención de la norma 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 (GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, 8ª edición, 2003, pág. VI-13) (Dictámenes 259:11).*

Como puede apreciarse, la sola lectura de la norma transcripta demuestra en forma palmaria que la entonces Ministra de Desarrollo Social carecía de competencia para suspender el beneficio del que gozaba la ex Presidenta.

En igual medida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció advirtiéndole que la falta de atribuciones normativas suficientes para el dictado de un acto administrativo es fundamento para arribar a su invalidez (Fallos 342:1632, cons. 9).

En efecto, toda vez que el acto que le otorgó la asignación mensual vitalicia como ex Presidenta de la Nación se encontraba firme, consentido y había generado derechos que estaban en cumplimiento, la competencia para revocarlo, suspenderlo o modificarlo, a tenor del artículo 17 de la LNPA, le correspondía en forma excluyente al Poder Judicial de la Nación.

Como bien lo ha recordado el Fiscal Federal en la causa judicial que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ... resolvió 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); destacando 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) (conf. CSJN, "Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa", sentencia del 25 de marzo de 2015).

Señaló también el Alto Tribunal 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) (el resaltado no es del original).

Y agregó que 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).

4.2. Tampoco contaba la ex titular del Ministerio de Desarrollo Social con la posibilidad de ejercer la competencia derivada del artículo 15, segundo párrafo, de la Ley N.º 24.241 (B.O. 18-10-1993), norma que autoriza de manera excepcional a revocar o suspender, en sede administrativa, el otorgamiento de beneficios previsionales cuando los actos respectivos estén viciados de nulidad absoluta.

4.2.1. En primer lugar, el propio Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Resolución RESOL-2017-1-APN-MDS (que desestimó la impugnación deducida contra la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS), expresó claramente que ... la Resolución MDS N.º 3193/15 se trata de un acto administrativo regular... (párr. 30 y 31 del Considerando del acto citado en primer término).

Siendo así, toda vez que el citado artículo 15 de la Ley N.º 24.241 exige, para el ejercicio de la potestad que confiere, la existencia de una nulidad absoluta, y que la propia titular de aquel Departamento de Estado calificó a la Resolución MDS N.º 3193/15 como un acto regular, la decisión de suspender el pago de la asignación mensual vitalicia no pudo sostenerse válidamente en lo dispuesto en aquella norma legal.

4.2.2. Por otra parte, como lo recuerda la sentencia de primera instancia dictada en el pleito judicial que nos ocupa, es nutrida la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que exige, para el ejercicio de la atribución contenida en el aludido artículo 15, la estricta observancia del debido procedimiento previo; es decir, la notificación al interesado y el respeto a su derecho de defensa (in re: *Copa, Diego c/ANSES s/medidas cautelares - Fallos 324:1403-*; y *Castellanos, Jaime Enrique c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos -Fallos 319:2416-* citados en págs. 15/16 del pronunciamiento del Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10).

En el punto 5 de este mismo Capítulo del presente asesoramiento, me referiré específicamente al vicio de procedimiento que, a mi juicio, exhibe la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

4.3. En consecuencia, la existencia del vicio de incompetencia en el dictado de la Resolución RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, la torna nula de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 inciso b) de la LNPA, en tanto establece que el acto administrativo es nulo de nulidad absoluta e insanable: *Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia...*

A la luz de las consideraciones efectuadas resulta claro que una decisión como la implementada a través de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS sólo podía ser adoptada por el Poder Judicial. Pesa sobre ese acto, pues, un vicio de incompetencia radical.

**La incompetencia en razón de la materia se halla configurada en el presente por la circunstancia de que la Administración ha dictado un acto en una materia que resultaba ajena a su competencia propia, invadiendo la esfera del Poder Judicial**, configurando este tipo de vicio una nulidad absoluta por afectar el orden público administrativo (Cassagne, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 321-322).

En el mismo sentido se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como "exceso de poder" puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido al emitir el acto en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto (Comadira, Julio Rodolfo - Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, anotada y comentada, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 299).

## 5. Vicios en el procedimiento.

5.1. Dos son, básicamente, las normas que corresponde considerar.

i. El artículo 7.º de la LNPA establece en la primera parte de su inciso d), como otro de los elementos esenciales de todo acto administrativo, el Procedimiento:

*d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.*

ii. Como una derivación del derecho de defensa en juicio, consagrado en la Constitución Nacional, el artículo 1.º inciso f) de la LNPA consagra el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, y añade que éste comprende:

*Derecho a ser oído.*

1) *De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión*



**de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos...** (el destacado me pertenece).

En doctrina se señaló que ... ante el vicio grave de procedimiento, la consecuencia irremediable es la nulidad absoluta. Nada más es dable exigir al interesado en dicha nulidad; y que ... Obsérvese que cuando el legislador determina que antes de la emisión del acto deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y que la violación de tales formas esenciales genera la nulidad absoluta, esta efectuando una clara opción de política legislativa, según la cual ante la falta o vicio grave en dichos procedimientos la consecuencia necesaria es la nulidad del acto (Canda, Fabián, *El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación*, El Derecho, Serie Derecho Administrativo, 2001/2002, págs. 233 a 236).

Cabe también mencionar la jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal, el que invalidó distintos actos administrativos (en el caso, resoluciones del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación), en tanto aquéllos habían sido dictados sin la observancia de los procedimientos previos normativamente establecidos (*Fallos* 339:1077, cons. 14 a 17 y 40).

Acerca de la importancia del debido proceso adjetivo en el marco de un procedimiento administrativo, también se ha dicho, examinando los vicios previos a la emisión de un acto -entre los que se incluye el no haberle dado oportunidad de defensa al interesado-, que *En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista* (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, 10ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2011, Cap. X).

5.2. En esa misma línea de razonamiento, este Organismo Asesor ha dicho que la posibilidad de ejercer el legítimo derecho de defensa por parte de quien podría verse afectado por un acto (ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo y ofrecer las pruebas que estime convenientes a su derecho), en forma previa a que la autoridad competente resuelva, constituye sin dudas un procedimiento esencial y sustancial, en los términos del artículo 7.º, inciso d), de la LNPA, que ineludiblemente debe respetarse a fin de resguardar el principio constitucional de defensa en juicio (conf. art. 18 de la Constitución Nacional). Concluyéndose que, aun cuando hubiera sido procedente la aplicación de una sanción, la inobservancia del procedimiento referido, traería aparejada la nulidad de cualquier medida adoptada por violación de las formas esenciales, conforme lo prevé el artículo 14 inciso b) de la citada LNPA (*Dictámenes* 290:181).

5.3. Resulta de las constancias de estos actuados, y así ha sido expresado tanto en el Dictamen de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N.º 1 como en la sentencia dictada por el Juzgado Federal de la Seguridad Social N.º 10 en la causa *Fernández Cristina Elisabet c/ Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ Nulidad de acto administrativo*, que la Resolución RESOL-

2016-1768-E-APN-MDS fue emitida sin brindarle a la interesada oportunidad de intervención previa en defensa de sus derechos.

Siendo así, es indudable que la mentada resolución fue dictada en abierta violación al *debido proceso adjetivo* y al *procedimiento*, que exigía dar intervención previa a la interesada a fin de que pudiese ejercer su legítimo derecho de defensa (Comadira, Julio R. - Monti, Laura (colab.), op. cit., Tomo I, págs. 367 a 372).

Ello así, en tanto el debido proceso adjetivo ... *supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones. En cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso..* (Gordillo Agustín, *Procedimiento Administrativo*, 1.ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 43).

En tal sentido, el ya mencionado artículo 14 de la LNPA califica de nulo de nulidad absoluta e insanable al acto emitido en violación al debido procedimiento adjetivo, que es precisamente el supuesto que nos ocupa.

El debido proceso adjetivo encarna un principio que encuentra fundamento constitucional tanto en la garantía de defensa que consagra el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional como en el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, directamente aplicable de acuerdo al artículo 75, inciso 22, del texto fundamental el cual, al consagrar la tutela judicial efectiva se proyecta también al procedimiento administrativo (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2015, pág. 440).

Análogamente se ha expuesto que si se hubiere violado el derecho de defensa, al no otorgarle al interesado una razonable oportunidad de ejercitarlo, el acto se hallará afectado de nulidad absoluta (Cassagne, Juan C., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 1.ª edición, 2009, pág. 358; en idéntico sentido, Altamira Gigena, Julio I., *El derecho de defensa en sede administrativa*, JA, T. III-67).

Nuestro Alto Tribunal ha señalado, sentando una doctrina plenamente aplicable al caso, que...*la posibilidad de producir prueba de descargo constituye uno de los requisitos que integran el concepto de juicio en sentido constitucional, todo lo cual imponía la necesidad de que se asegurara a los recurrentes un adecuado proceso con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa...*(Fallos, 310: 1129, *in re*, Oddone, Luis Alberto y otros s/resolución nro. 236, 328 y 363 del Banco Central s/recurso de apelación, cit. por Cassagne, Juan C., ob. y loc. cits).

En ese orden de ideas, a la luz del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- que es parte de

nuestro ordenamiento constitucional (artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han elaborado una rica doctrina acerca del alcance de la garantía del debido proceso adjetivo en el marco de los procedimientos administrativos.

En distintos precedentes (casos *Baena, Ricardo; Ivcher Bronstein; Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y Claude Reyes*, entre otros), tanto la Comisión como la Corte han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos que se desarrollan ante las Administraciones Públicas; incluyendo -entre otros aspectos- el derecho a contar con una notificación previa sobre la existencia misma del procedimiento, como un componente básico de la garantía; y el derecho a la defensa, que necesariamente supone la posibilidad de disponer de plazos razonables para preparar escritos y presentarlos, y para producir las pruebas correspondientes ([http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciiiii.sp.htm#\\_ftn64](http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciiiii.sp.htm#_ftn64)).

En síntesis, la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS exhibe vicios de procedimiento de una entidad tal que se han traducido en una lesión al debido proceso adjetivo; la gravedad de aquéllos determina la nulidad del acto, la que a su vez se proyecta respecto de la RESOL-2017-1-APN-MDS.

## 6. Vicio en el objeto.

El inciso c) del artículo 7.º de la LNPA, al referirse al objeto del acto administrativo como otro de sus elementos esenciales, prescribe: *El objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.*

Esta Casa ha dicho que: *El objeto del acto administrativo es el contenido del acto; consiste en la resolución, en las medidas concretas que dispone, las que, de acuerdo con la Ley N.º 19.549, deben reunir los caracteres de certeza y posibilidad física y jurídica (Dictámenes 279:254).*

En otro asesoramiento, esta Procuración expuso que: *El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto (Dictámenes 236:91).*

Asimismo, se ha dicho que *...el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo; por encontrarse viciado su objeto (Dictámenes 206:141).*

También ha expresado este Organismo Asesor que el vicio en el objeto del

acto administrativo susceptible de ocasionar su nulidad se halla contemplado en el inciso b) del artículo 14 de la LNPA, interpretación que se sustenta en que tal defecto ha sido tradicionalmente llamado "violación de la ley", en sentido material o sustancial. La inconstitucionalidad, la ilegalidad, la irrazonabilidad, la imposibilidad física o jurídica, y la inmoralidad del objeto, causan la invalidez del acto, por comportar, en todos los casos, una transgresión clara y manifiesta del orden público administrativo (Dictamen IF-2020-28204159-APN-PTN).

Lo esencial del objeto es su conformidad con el derecho objetivo, tanto es así que, reconociendo como antecedente al derecho francés, en numerosos países -y en el nuestro-, se suele denominar "violación de la ley" al vicio que afecta a este elemento (Cassagne, Juan C., *El acto administrativo*, ob. cit. pág. 241). Asimismo, como bien se ha destacado, la "posibilidad jurídica" a la que alude el artículo 7º inciso c) de la LNPA lleva ínsita la noción de licitud, esto es, que el accionar administrativo debe ser legítimo, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico, constituido por las normas objetivas sean constitucionales, convencionales, legales o reglamentarias (Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, 1.ª edición, T. I, págs. 155-156)

Desde esta perspectiva, la resolución examinada, en tanto adopta una decisión con incompetencia en razón de la materia y en violación de disposiciones concretas de la Ley N.º 19.549, resulta jurídicamente inválida y, por lo mismo, nula de nulidad absoluta e insanable.

7. Los vicios nulificantes de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS (que se proyectan a la similar RESOL-2017-1-APN-MDS) autorizan su revocación en sede administrativa por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social, como autoridad de aplicación del régimen de asignaciones mensuales vitalicias establecido por la Ley N.º 24.018; ello, conforme lo previsto por el ya citado artículo 15 del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 746/17.

Tal revocación tendría sustento en el deber de restablecer de manera inmediata la juridicidad, que dimana del artículo 17, primera parte, de la Ley N.º 19.549. El texto expreso de la norma impone a la Administración la obligación de eliminar del mundo jurídico los actos portadores de vicios determinantes de su nulidad absoluta.

Resulta obvio destacar que, a tal efecto, no jugaría el límite que la segunda parte del citado artículo le impone a la potestad revocatoria de la Administración cuando el acto afectado estuviere firme y consentido, y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; caso este en el que deberá requerirse judicialmente su nulidad.

Ello por cuanto los actos antes referidos no se encuentran consentidos por la doctora Fernández de Kirchner. Y no han generado derechos subjetivos que

se estén cumpliendo, ya que por el contrario, y como se ha visto, tuvieron por efecto excluir el derecho que a la interesada le había conferido el juego armónico de la Disposición N.º 5135/10 de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y la Resolución N.º 3193/15 del Ministerio de Desarrollo Social; en particular el segundo de esos actos, cuyos efectos fueron suspendidos por la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS.

La compatibilidad entre las asignaciones que prevén los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

8. Abordaré, en lo que sigue, la segunda cuestión involucrada en estos actuados, consistente en determinar si existe o no incompatibilidad en la percepción simultánea de las asignaciones mensuales vitalicias contempladas en los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

8.1. Dice el artículo 1.º de la Ley N.º 24.018: *El Presidente, el Vicepresidente de la Nación y los Jueces de la Corte Suprema de la Nación quedan comprendidos en el régimen de asignaciones mensuales vitalicias que se establecen en el presente capítulo a partir del cese en sus funciones.*

El artículo 4.º, en su primera parte, dispone: ***Si se produjera el fallecimiento, el derecho acordado o a acordarse al titular se extenderá a la viuda o viudo, en concurrencia con los hijos e hijas solteros hasta los dieciocho (18) años de edad (el destacado no es del original).***

Y el artículo 5.º prevé: ***La percepción de la asignación ordenada en el artículo 1, es incompatible con el goce de toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal, sin perjuicio del derecho de los interesados a optar por aquélla por estos últimos beneficios. Para tener derecho al goce de esa asignación es condición que los beneficiarios estén domiciliados en el país (el resaltado no es original).***

8.2. Cabe recordar que, en materia hermenéutica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que la sujeción a la literalidad de la norma constituye el primer criterio en materia de interpretación de la ley (*Fallos*, 327:991; 329:3546; 330:4998; 331:858, entre otros).

En esa línea, el Máximo Tribunal ha considerado que en el proceso interpretativo no es correcto sustituir al legislador, sino que corresponde aplicar la norma tal como éste la concibió (*Fallos*, 308:1745), ya que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (*Fallos*, 308:1745; 312:1098; 313:254).

También ha establecido el Alto Tribunal que no debe presumirse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador (*Fallos*, 306:721;

307:518; 319:2249; 326:704), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos (*Fallos*, 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550).

Desde esta comprensión, el Tribunal viene destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella (*Fallos*, 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto (*Fallos*, 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286); criterio este mantenido más recientemente en su pronunciamiento del 3 de marzo del 2020, en autos *Bernardes, Jorge Alberto c/ ENA - Ministerio de Defensa s/ amparo por mora de la administración* (*Fallos* 343:140).

8.3. En similar sentido, esta Casa ha opinado que no es posible subsanar por medio de la hermenéutica jurídica el resultado de una disposición si en su literalidad es categórica y precisa y revela un significado unívoco; y que, cuando la expresión de una norma no suscita interrogantes, no cabe añadirle previsiones que no contempla ni sustraerle las que la integran, porque en tales supuestos la única corrección que cabe es la de la reforma legislativa (*Dictámenes* 177:117; 253:156).

En suma, en tales asesoramientos, se concluyó que no resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que ésta no dice o de dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena. De allí que si la lectura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles la única conducta aceptable es su acatamiento *ad pedem literae*.

En otros términos, no resulta posible dentro de nuestro sistema legal, cuando el texto de la ley es claro e inequívoco, obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra (*Dictámenes* 204:205).

8.4. Desde una perspectiva hermenéutica, el examen de las normas en estudio permite afirmar que la incompatibilidad establecida en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 se refiere exclusivamente a los titulares de la asignación contenida en el artículo 1.º y no a los beneficiarios a los que se refiere el artículo 4.º

Al respecto, considero pertinente remitirme -por compartir sus fundamentos- a la doctrina establecida por esta Procuración del Tesoro de la Nación en un antecedente que guarda analogía con el presente caso; me refiero a la opinión emitida ante un requerimiento de la señora Diana María Guthmann -también encuadrado en la normativa que nos ocupa-, en su carácter de cónyuge supérstite del ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Guillermo Alberto López.

En dicho asesoramiento, fechado el 11 de marzo de 2009, se concluyó que: *De las normas reseñadas, resulta que la incompatibilidad establecida en el artículo 5, a diferencia de lo estatuido por el régimen regulado por la Ley*

N.º 19.939, norma derogada por el artículo 11 de la Ley N.º 23.966 a partir del 31 de diciembre de 1991, **solo alcanza al titular de la asignación mensual vitalicia que indica el artículo 1 -Presidente, Vicepresidente de la Nación y Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- y no se extiende a sus derechohabientes.**

En efecto, estos últimos perciben el beneficio por extensión en la medida en que lo recibió o lo hubiese recibido su titular en las condiciones del artículo 5 (Dictámenes 268:287, el destacado no es del original).

De allí que en dicha opinión esta Casa concluyó que no existía inconveniente de orden legal en que la doctora Diana María Guthmann, que recibe una asignación especial vitalicia derivada de su cónyuge, el ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Guillermo Alberto López, perciba al mismo tiempo, el beneficio jubilatorio que le fuera otorgado como Juez de Cámara".

Trasladando la doctrina establecida en aquel caso a la situación que aquí nos ocupa, tendríamos que la doctora Fernández de Kirchner, beneficiaria de la asignación mensual que le correspondía como derechohabiente del ex Presidente doctor Néstor Kirchner, no quedó sujeta a la incompatibilidad prevista en el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 para el cobro de otra prestación, concretamente la asignación por su desempeño como Presidenta de la Nación.

No se me escapa que en un Dictamen posterior -fechado el 21 de octubre de 2016 y registrado como IF-2016-02475535-APN-PTN (Dictámenes 299:115)-, el entonces titular de esta Casa sostuvo una postura distinta en cuanto a la posibilidad de compatibilizar la percepción de los beneficios contemplados por los artículos 1.º y 4.º de la Ley N.º 24.018.

Pero, debo resaltarlo, en ese asesoramiento no se hizo cargo de manera expresa del criterio previamente sostenido por este órgano asesor en el precedente registrado en *Dictámenes* 268:287; ni se explicitó, por ende, cuál era la objeción que le merecía aquella postura.

A la luz de la línea argumental allí sostenida, estimo pertinente mantener la doctrina plasmada en el ya citado antecedente de fecha 11 de marzo de 2009.

8.5. Es que la literalidad de los preceptos de la Ley N.º 24.018 ya reseñados, permite advertir que su artículo 1.º utiliza el concepto de "asignación mensual vitalicia" para definir una prestación que no requiere edad mínima, ni años de aportes previsionales, ni su otorgamiento está sujeto a una decisión discrecional del Estado.

Su artículo 5.º, en tanto, refiere a la incompatibilidad de dicha asignación con toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable, que sí demandan requisitos de tales características.

Resulta claro, entonces, que la intención del legislador fue diferenciar la

asignación mensual vitalicia de las categorías jurídicas enunciadas en el artículo 5.º.

Ya hemos recordado los criterios en materia de hermenéutica jurídica del Alto Tribunal, en el sentido que las leyes deben interpretarse conforme al sentido de las palabras empleadas por el legislador, cuya inconsecuencia no puede presumirse.

Desde esa perspectiva, la "asignación mensual vitalicia" prevista por la Ley N.º 24.018 constituye una prestación claramente distinta de las categorías con relación a las cuales se instituyó una incompatibilidad de cobro (jubilación, pensión, retiro, o prestación graciable).

Surge de la norma que la doctora Fernández de Kirchner está sujeta a la incompatibilidad que consagra la norma, en relación con la eventual percepción de cualquier beneficio del Sistema Integrado Previsional Argentino instituido por la Ley N.º 26.425 y sus normas complementarias, basado en los aportes efectuados a dicho sistema; y con el cobro de cualquier prestación graciable.

Es indudable que no resultaría jurídicamente admisible la acumulación de una asignación mensual vitalicia con alguna de las prestaciones previsionales que indica el ya referido artículo 5.º. En el supuesto que la aquí interesada, o cualquier beneficiaria o beneficiario tuviera derecho a ambas prestaciones, debería formular la opción correspondiente; en su caso, con el necesario resguardo del debido proceso adjetivo.

Pero la asignación establecida por la Ley N.º 24.018 no puede considerarse aprehendida por la expresión *toda jubilación, pensión, retiro o prestación graciable nacional, provincial o municipal*, salvo que se tergiverse el texto expreso de la norma; esto último equivaldría a una modificación de la ley por vía interpretativa, prescindiendo del principio jurídico que indica que las normas sólo pueden ser sustituidas por otras del mismo rango.

La ley no previó, de manera expresa, la incompatibilidad entre sí de las "asignaciones mensuales vitalicias" que ella instituye. Resulta plenamente aplicable, entonces, la pauta interpretativa que impone no efectuar distinciones allí donde la ley no distingue (*Fallos*, 333:735).

En esa línea de razonamiento, la "asignación mensual vitalicia" constituye una prestación *especial*, entendiéndolo como *regímenes especiales* los que están destinados a *las cabezas institucionales de los tres poderes del Estado* (conf. debate parlamentario del proyecto sancionado como Ley N.º 24.018, diario de sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 13 y 14 de noviembre de 1991).

Y lo cierto es que el máximo Tribunal de Justicia tiene dicho que este tipo de normativa *especial* debe ser interpretada con la máxima prudencia, en especial si la labor hermenéutica puede conducir a la pérdida de algún derecho (*Fallos* 322:752).



De allí que no comparto el criterio vertido en el ya citado precedente de esta Casa de fecha 21 de octubre de 2016, registrado en *Dictámenes* 299:115.

Desde esa óptica estimo que cabe concluir que la doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner se encuentra habilitada por la ley para percibir el beneficio respectivo como derechohabiente del ex Primer Mandatario doctor Néstor Carlos Kirchner y, a la vez, la asignación que le corresponde en su carácter de ex Presidenta de la Nación.

8.6. En razón de ello, la decisión de suspender el pago del beneficio del cual era titular la doctora Fernández de Kirchner en virtud de la Resolución MDS N.º 3193/15, aparece desprovista de fundamento legal, ya que introduce una hipótesis de incompatibilidad que el artículo 5.º de la Ley N.º 24.018 no prevé, pues la norma establece la incompatibilidad entre la "asignación mensual vitalicia" y una jubilación, pensión, retiro o prestación graciable, pero no entre asignaciones de aquella índole.

De allí se desprende que, como ya quedó expuesto, se ha configurado un vicio que afecta el objeto del acto administrativo plasmado en la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS, en tanto lo allí decidido contravino la ley aplicable, en los términos del artículo 14 inciso b) de la Ley N.º 19.549.

8.7. En síntesis, considero que resulta compatible la percepción por parte de la ex Presidenta de la Nación doctora Cristina Elisabet Fernández de Kirchner de las asignaciones mensuales que se le otorgaran por medio de la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la Resolución MDS N.º 3193/15 (conf. arts. 4.º y 1.º de la Ley N.º 24.018, respectivamente).

- VI -

#### CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, en mi opinión, la Resolución registrada como RESOL-2016-1768-E-APN-MDS es nula de nulidad absoluta. Y los vicios que la nulifican se proyectan a la RESOL-2017-1-APN-MDS.

Los vicios de la RESOL-2016-1768-E-APN-MDS autorizan su revocación en sede administrativa por parte de la Administración Nacional de la Seguridad Social, como autoridad de aplicación del régimen de asignaciones mensuales vitalicias establecido por la Ley N.º 24.018; tal revocación tendría sustento en el deber de restablecer de manera inmediata la juridicidad, que emana del artículo 17, primera parte, de la Ley N.º 19.549, teniendo en cuenta que en el caso no opera el límite que la segunda parte de la norma le impone a la potestad revocatoria de la Administración.

Asimismo, considero que no existe incompatibilidad en la percepción de los beneficios reconocidos por medio de la Disposición CNPA N.º 5135/10 y la

Resolución MDS N.º 3193/15.