



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Dictamen Jurídico

Número: IF-2018-54991354-APN-PTN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Lunes 29 de Octubre de 2018

Referencia: EX-2018-38207259-APN-SSTF#MTR

SEÑOR DIRECTOR GENERAL
DE ASUNTOS JURÍDICOS
DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE:

Se solicita, por el informe N.º IF-2018-50110478-APN-DGAJ#MTR, que esta Procuración del Tesoro de la Nación se pronuncie sobre el artículo 1.º de la Resolución de la (ex) Secretaría de Transporte N.º 187/06^[1] (en adelante, la *Resolución ST N.º 187/06*), por el que se aprobó un procedimiento particular de contratación para la ejecución del Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes. Específicamente, si fue dictado en exceso de las facultades correspondientes a la ex Secretaría de Transporte, si corresponde iniciar la acción de declaración de nulidad y los pasos a seguir en consecuencia.

La solicitud de opinión, según se expone, se formula en los términos del artículo 6.º de la Ley del Cuerpo de Abogados del Estado N.º 12.954^[2].

- I -

ACLARACIÓN PRELIMINAR

Señalo que la pieza acompañada no contiene el análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta^[3].

Observo una consulta propuesta en términos abstractos y genéricos; los dictámenes deben emitirse con relación a casos puntuales y contando con todos los antecedentes de la causa; esa es la manera que mejor garantiza la recta interpretación de su criterio, ya que las circunstancias específicas de cada caso particular pueden determinar variantes en las conclusiones jurídicas a adoptar^[4], sin que proceda extender las conclusiones de un supuesto a otros o aplicarlas de

^[5]

manera general . Sólo contando con todos los antecedentes de la causa, puede formarse un criterio completo y adecuado sobre la cuestión jurídica sometida a opinión^[6].

No obstante la importante limitación que representa la apuntada generalidad y abstracción de la consulta, a título de colaboración efectuaré unas breves consideraciones.

- II -

NORMATIVA APLICABLE

El Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 1683/05^[7] aprobó un *Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes* para garantizar la rehabilitación de los servicios interurbanos ferroviarios de pasajeros de largo recorrido, cuyos trazados incluían jurisdicciones provinciales, y para fortalecer y desarrollar el Programa de Obras del Sistema Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires.

En su artículo 2.º, instruyó a la ex Secretaría de Transporte, del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, a aplicar el régimen de contratación establecido en los Contratos de Concesión, sus *Addendas*, la normativa reglamentaria y complementaria respectiva, utilizándose la Ley de Concesiones de Obra Pública N.º 17.520^[8].

Por la Resolución ST N.º 187/06, la ex Secretaría de Transporte aprobó un procedimiento de contratación *ad hoc* para la ejecución del Programa aprobado por el DNU N.º 1683/05.

- III -

ALGUNAS CONSIDERACIONES

1. La consulta, como se dijo, gira en derredor de dos cuestiones:

a) el eventual exceso reglamentario en el que habría incurrido la ex Secretaría de Transporte al dictar la Resolución ST N.º 187/06 y;

b) si corresponde iniciar *la acción de nulidad*, con fundamento en que el acto adolecería de un vicio grave en el objeto, que lo tornaría nulo de nulidad absoluta.

El asesoramiento que antecede concluye que correspondería la revocación en sede administrativa de la Resolución, con fundamento en un presunto conocimiento del vicio, según doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que cita.

2. Es improcedente que me expida *in abstracto* sobre un pretense exceso reglamentario cuando a la luz de la cuestionada norma se han celebrado contratos, algunos finiquitados, otros en vías de ejecución y otros en trámite de renegociación.

3. La *acción de nulidad* a la que se alude se trataría, en rigor, de la denominada *acción de lesividad* que surge de la segunda parte del artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549^[9] (en adelante, *LNPA*). Tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial ^[10].

Se trata de ... *un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad*^[11].

Es una limitación, prudente, a prerrogativas de la Administración, que deben ejercerse dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que revoque de oficio el anterior (si así se dan las circunstancias), o bien lo declare lesivo al orden jurídico, suspenda sus efectos en ejercicio de lo normado en el artículo 12 de la misma Ley, e instruya para que se proceda al inicio de la acción judicial de nulidad.

Esa declaración administrativa de nulidad (la anulación 'no ejecutoria' pero suspensiva) es el presupuesto lógico de la demanda.

Ahora bien, si la interposición de la demanda normalmente se sigue del acto anulatorio 'no ejecutorio' o 'declarativo de la lesividad', corresponde advertir que la Administración tiene un margen de apreciación al declarar la lesividad.

Aplica a ese embrionario instante la doctrina de esta Procuración del Tesoro que sostiene que la decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia^[12], que son de resorte exclusivo del órgano con competencia decisora.

Además, para realizar esa evaluación, y desde el punto de vista de los aspectos procedimentales, puede que el caso recomiende darle previa intervención a los potenciales afectados para que puedan ser oídos, mencionen o destaquen aspectos o hechos que podrían haberse soslayado y ofrezcan las razones que hagan a sus derechos^[13].

4. En el caso particular, el texto de la resolución que eventualmente se proyectase debería contener en su motivación los fundamentos por los que habría de perseguirse judicialmente la declaración de nulidad de la Resolución ST N.º 187/06 y las consecuencias que de allí se deriven, no pareciendo suficiente la mera remisión al dictamen jurídico que tengo a la vista.

Este Organismo Asesor también ha aconsejado que la resolución a dictarse declare expresamente que la Administración considera nula y perjudicial al interés público la resolución cuya nulidad se propone demandar^[14], pues ello contribuye a fundamentar otro aspecto que, a mi modo de ver, debería contener el acto, (i.e. la suspensión en sede administrativa de los efectos de la resolución supuestamente viciada^[15]; sin perjuicio de requerírsela como medida cautelar en sede judicial, procediéndose a aplicar el régimen general, tal como lo dispone el artículo 2.º del Decreto N.º 1683/05).

La posibilidad de la Administración de declarar por sí y ante sí la revocación de la mentada Resolución, a juzgar por el desarrollo que han tenido las actuaciones, aparece cuanto menos inoportuna^[16].

No puedo dejar de soslayar que el régimen en cuestión ha sido aplicado por la Administración durante más de doce años, por lo que, elementales cuestiones de seguridad jurídica (siempre manteniendo esta colaboración dentro de los aspectos estrictamente jurídicos sobre los que me corresponde opinar) me persuaden de las dificultades (fácticas y jurídicas) y de los riesgos que entrañaría la revocación en sede administrativa de la Resolución puesta en crisis.

5. Por último, la Administración tiene siempre la opción de *derogar* el acto reglamentario en cuestión con efectos *ex tunc*, pues tal atribución, factible de ser ejercida en cualquier momento, en forma total o parcial, surge del artículo 83 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 T.O. 2017*^[17].

Debe tenerse presente también aquí la doctrina de nuestro Alto Tribunal según la que no existe derecho al mantenimiento de leyes y reglamentos (*in re, Estado Nacional c/Arenera El Libertador SRL s/ cobro de pesos*^[18]).

- IV -

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, y con las limitaciones que surgen de las circunstancias del caso y de la propia doctrina de esta Procuración del Tesoro de la Nación que he mencionado *supra*, remito a título de mera colaboración el análisis de las distintas alternativas que ese servicio jurídico podrá proponer al órgano decisor, que deberá, luego de una exhaustiva ponderación de las circunstancias de hecho y de derecho del caso y, bajo su exclusiva responsabilidad en el ejercicio de una discrecionalidad razonable, optar por la medida que resulte más eficaz en aras a la satisfacción del interés público.

- [1] B.O. 15-05-06.
[2] B.O. 10-03-47.
[3] Dictámenes 203:159 y 205:70.
[4] Dictámenes 185:194 y 210:282.
[5] Dictámenes, 208:261.
[6] Dictámenes 210:231.
[7] (B.O. 04-01-06), fue dictado en el marco de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N.º 25.561 (B.O. 07-01-02), del Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 2075/02 (B.O. 17-10-02) que declaró en estado de emergencia a la prestación de servicios emergentes de los contratos de concesión de Transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires, y del Decreto N.º 1261/04 (B.O. 28-09-04) por el que el Estado reasumió la prestación de los Servicios Interurbanos de Transporte Ferroviario de Pasajeros de largo recorrido.
- [8] (B.O. 13-11-67), con las modificaciones introducidas por la Ley N.º 23.696 (B.O. 23-08-89), la Ley de Obra Pública N.º 13.064 (B.O. 28-10-47), el Decreto N.º 1023/01 (B.O. 16-08-01) y el artículo 2.º de su reglamentación vigente a ese entonces (Decreto Reglamentario N.º 436. B.O. 5-6-00).
- [9] B.O. 27-04-72.
[10] Fallos 250:491; 302:545; 314:322, entre otros.
[11] Fallos 310:1045.
[12] Dictámenes, 214:68; 246:125.
[13] Artículo 1.º, inciso f), de Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549.
[14] Dictámenes, 246:125.
[15] Dictámenes 164:17.
[16] Fallos, 293:133.
[17] B.O. 2-11-17.
[18] Fallos, 314:595.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR, o=MINISTERIO DE MODERNIZACION,
ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2018.10.29 15:37:02 -03'00'

Bernardo Saravia Frías
Procurador del Tesoro
Procuración del Tesoro de la Nación

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA -
GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR,
o=MINISTERIO DE MODERNIZACION, ou=SECRETARIA DE
MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT
30715117564
Date: 2018.10.29 15:37:03 -03'00'