

La anulación como *deber*, la selectividad anulatoria y la juridicidad

The annulment as a *duty*, the annulment selectivity and the legality

Por Iván Fernando Romero Verdun

Resumen: El presente trabajo plantea un cuestionamiento al deber de anulación de los actos irregulares contemplado en el artículo 17 de la ley nacional de procedimientos administrativos. En primer lugar, se sostiene que la Administración, antes que cumplir con tal deber, selecciona en la práctica qué actos procede a anular, sea en sede administrativa o instando la anulación judicial. Esta distancia entre prescripción y actuación, se arguye, se concretiza en consecuencias que merecen ser consideradas. En segundo lugar, en respuesta a una posible objeción jurídica sobre reconocer tal fenómeno, se indaga acerca de la relación entre el deber de anulación, la juridicidad y el interés público. Finalmente, se analizan puntos a favor y en contra de una regulación distinta de la anulación.

Palabras clave: acto administrativo; anulación; derecho administrativo; procedimiento administrativo; principio de juridicidad.

Abstract: The present paper issues a critique about the duty of annulment of irregular administrative acts and measures established within the article 17 of the National Administrative Procedure Law. First and foremost, it is sustained that Public Administration, rather than comply with that duty, selects which acts to annul either by itself or by request to the justice. Regarding this situation, it is established that the gap between the duty and the practice creates consequences that deserve to be considered. Secondly, in response to a possible legal objection about acknowledging this phenomenon, it is examined the relationship between the duty of annulment, the legality and the public interest. Finally, are analyzed arguments in favour and against a different regulation of the annulment.

Keywords: administrative act; annulment; administrative law; administrative procedure act; legality principle.

Fecha de recepción: 24/07/20
Fecha de aceptación: 07/09/20

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



La anulación como *deber*, la selectividad anulatoria y la juridicidad

Por Iván Fernando Romero Verdun^{1*}

I. Introducción

El decreto-ley de procedimientos administrativos N° 19.549 de 1972 (LNPA) determinó el deber de anulación de los actos administrativos irregulares. La consagración de este poder como un deber —y no como una facultad— ha sido una regulación que ha recibido respaldo por parte de la mayor parte de la doctrina nacional con fundamento en el principio de legalidad, la defensa de la juridicidad objetiva y el consiguiente interés público comprometido.

Sin embargo, resulta relevante indagar cómo opera realmente la Administración en relación a tal atribución caracterizada como deber. En este sentido, en una primera parte de este trabajo, se propondrá escapar por un momento del plano exclusivamente normativo para conectar a aquel con consideraciones sobre el comportamiento diario de la Administración Pública. Como resultado de tal abordaje, se argüirá que el deber anulatorio no es cumplido más que en una escasa cantidad de casos y que la Administración tampoco podría acatar nunca tal imperatividad de manera efectiva. La Administración, se planteará, elige respecto de qué actos insta la anulación en su faz oficiosa. En referencia a esta cuestión, se sostendrá que la discordancia entre que se ordene esta actividad con carácter imperativo y absoluto pero que se ejerza con carácter volitivo produce diversas consecuencias que merecen ser advertidas.

Sucesivamente, se iniciará una discusión sobre la incidencia de este fenómeno en dos aspectos: el principio de juridicidad y posibles reformas legislativas. En cuanto al primero de estos puntos se analizará un posible cuestionamiento a reconocer esta discrecionalidad y selectividad desde el Derecho Administrativo. Como otra observación al deber anulatorio, esto conducirá a reexaminar la vinculación entre juridicidad e interés público y a concluir que la anulación de un acto administrativo irregular puede presentarse como una tensión entre principios jurídicos y que no siempre la extinción de un acto por razones de ilegitimidad satisfará tal juridicidad y el interés general. En segundo lugar, sin que se pretenda ofrecer una solución legislativa determinada, analizarán puntos a favor y en contra de una regulación de la anulación con carácter facultativo.

Con este propósito, se precisa que este estudio comprenderá al ejercicio oficioso de la Administración en cuanto al deber anulatorio. Se aclara a este efecto que, por conveniencia explicativa, en materia terminológica se adopta el denominado criterio objetivo, por lo cual dentro del concepto de anulación se incluirá tanto a la extinción por razones de ilegitimidad instada por la Administración en su propia sede (revocación en

^{1*} Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo (Universidad Austral), título en trámite. Auxiliar docente de Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Correo electrónico: ivan.rvk@gmail.com.

los términos del artículo 17 LNPA), como así también a la anulación judicial instada vía una pretensión de lesividad, ambas acciones comprendidas por igual deber².

II. Deber de anulación y juridicidad

El 27 de abril de 1972 fue publicado el Decreto-ley N° 19.549 y con este, se determinó respecto de la Administración el deber de anulación de los actos administrativos carentes de validez. Este precepto fue plasmado en la primera oración del artículo 17, el cual estableció que *“el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones ilegítimas aun en sede administrativa”*. Si bien el resto de la disposición contó con una modificación del año 1977, tal parte inaugural de la norma no recibió alteración alguna y ha mantenido su vigencia hasta nuestros días.

Sin perjuicio de la posible trazabilidad de la fuente de este artículo —cuestión que no será abarcada en este trabajo—, la anulación fue consagrada con carácter imperativo y recibió un consolidado apoyo por parte de la doctrina administrativista argentina, con base en el principio legalidad o juridicidad.

A este respecto, cabe recordar que desde la dogmática del Derecho Administrativo se ha definido al principio de legalidad como la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el que opera con extensión a todo el orden jurídico, no solo a la ley formal (Cassagne, 2018). En consonancia con tal conceptualización, se ha postulado una red denominación de tal directriz, como principio de juridicidad, en tanto la Administración debe actuar con sujeción a los principios generales del derecho, la Constitución, los tratados internacionales, la ley, los reglamentos, e inclusive, los precedentes en tanto estén comprometida la garantía igualdad (Comadira y Escola, 2013).

Por consiguiente, hubo de apoyarse la caracterización de la anulación como un deber de la Administración, a la vez que se rechazó caracterizárselo como una facultad. En esta línea de pensamiento se inscribió Julio Rodolfo Comadira (1981), cuyas palabras se tomarán con especial énfasis, dado que ha sido uno de los autores que de manera más profusa se ha dedicado a fundamentar tal posición. En efecto, el citado autor bosquejó un articulado interrelacionado de consideraciones, el cual podría sintetizarse de la siguiente manera: 1) Existe una relación entre la juridicidad e interés público; 2) tal interés público es el fundamento por el cual debe reconocerse a la Administración Pública, como ingrediente implícito de la función administrativa, la potestad de anular oficiosamente sus actos; 3) tal potestad, no opera con carácter discrecional sino que se constituye en un deber, como una actividad de ejercicio obligatorio con miras a restablecer la juridicidad y, en consecuencia, el interés público. Por tanto, la conformidad con la ley constituiría el antecedente obligado sobre el que debe imprescindiblemente apoyarse el interés específico que informa la acción administrativa

² Por medio de este criterio se distingue a la anulación como “toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la justicia con fundamento en razones de ilegitimidad `derivadas de vicios o defectos inherentes del acto” y a la revocación como “la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (F. Comadira, 2019a, p.10/11).

y por ello sería evidente que, en tales condiciones, “un acto inválido no podrá nunca satisfacer el interés que anima y guía la acción administrativa” (p.40) y que “las exigencias del interés público están predeterminadas en las norma, no permitiendo a la Administración otra alternativa que la anulación del acto” (p. 42). En correlación con estas premisas, la potestad administrativa se presentaría como de utilización obligatoria —no sería discrecional—, tanto en los supuestos de actos gravemente ilegítimos, portadores de nulidades absolutas, como en los casos de actos que, sin estar tan gravemente viciados, y por lo tanto ser susceptibles de incluirse en la categoría “menos grave de invalidez”³. Bajo esta perspectiva y cosmovisión jurídica, la ilegitimidad de un acto administrativo se presentaría como una singular o rara hipótesis, por lo que “al antecedente excepcional de ilegitimidad sigue el consecuente lógico —y general para cada caso de excepción— de la extinguidad” (p. 47).

En similar posición en cuanto a que la potestad anulatoria opera como un deber — y no como una facultad— se expresan también Marienhoff (2011), Balbín (2015), Barra (2018), Luqui (2010), Alonso Regueira (2017) y Fernando Comadira (2019a), opinión que puede afirmarse, resulta por demás mayoritaria en la doctrina local. Se concuerda así con la estipulación del artículo 17 LNPA en este punto, más allá de que se discutan algunos casos en que la potestad anulatoria en sede administrativa encuentre límites y se propongan ampliaciones a la estabilidad administrativa del acto. De esta forma, pese a que se encuentren discordancias en torno a cuándo puede la Administración extinguir en su propia sede y cuándo debe promover la anulación judicial —discusión en la que se presentan argumentos vinculados con artículo el 17 CN, el artículo 95 CN u otros planteos más novedosos—, se presenta una general avenencia acerca del deber extintivo que inspira ambas actividades nulificantes.

Por su parte, en consonancia con estas valoraciones, la Procuración del Tesoro ha declarado que la obligatoriedad prescripta por en el artículo 17 LNPA es “la expresión de un principio, en virtud del cual la Administración está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutoriar la revocación o (...) deducir judicialmente la pretensión anulatoria”⁴. Asimismo, que se trata de una obligación de la Administración, en virtud de los principios de verdad material y de legalidad objetiva que deben imperar en el procedimiento administrativo⁵. Una excepción a esta postura, en la que se reconoció un margen de discrecionalidad respecto de este deber, ha sido manifestada en una opinión del año 2018 que será analizada en el punto IV.1.

En lo que concierne al ámbito judicial, la Corte Suprema ha caracterizado a la potestad anulatoria del artículo 17 LNPA como un principio general establecido en la primera parte de su texto, por lo que las excepciones consagradas en tal disposición deben ser interpretadas con carácter restrictivo, toda vez que su aplicación acarrea la

³ En lo que atañe a los actos con un vicio leve, el autor señala que si bien la potestad anulatoria los alcanzaría, no habría que necesariamente anularlos, dado que podrían ser saneados, solo habría que anularlos “cuando importe transformar la continuidad de la vigencia del acto en una violación a los límites de la discrecionalidad” (p. 55-53)

⁴ Dictámenes 183:275 (1987). En similar sentido 221:124 (1997) y 233:239 (2000).

⁵ Dictámenes 207:517 (1993), 215:189 (1995), 236:91 (2001) y 261:26 (2007). En dictámenes 207:517 y 236:91 además se citó expresamente la postura de J.R. Comadira sobre la potestad anulatoria y su fundamento.

subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente⁶. Más recientemente, remarcó que esta potestad resulta “de ejercicio inexcusable cuando es procedente”, en tanto encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometido por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta⁷.

Como puede apreciarse, desde el plano doctrinario y jurisprudencial, en oposición a la existencia de un margen discrecional, se sostiene la necesaria exigencia de un deber de anulación de los actos administrativos irregulares, el cual se fundaría en el interés público comprometido en la norma transgredida. Este deber no parecería encontrar excepciones y confluye en comprender a la irregularidad como una hipótesis singular. La orden instruida por el régimen positivo se presentaría así como una correcta solución legislativa.

III. La existencia de una selectividad anulatoria

El deber establecido por el artículo 17 LNPA y la doctrina que sustenta la técnica de imperatividad utilizada amerita reflexionar acerca del acatamiento de esta instrucción normativa y el comportamiento real que despliega la Administración en su actuar. Sobre este asunto, desde una mirada de la sociología jurídica, podría plantearse este interrogante acerca de cómo interactúan los actores (funcionarios públicos y particulares) con una expectativa formal (el deber de anulación) y las expectativas informales (usos y prácticas) (Gerlero, 2006).

Puede comenzar señalándose que, por cada día hábil, la Administración dicta miles —o cientos de miles— de actos administrativos, dicta importantes reglamentaciones, aplica sanciones, nombra a personal, efectúa contrataciones, traslada agentes, aprueba el pago de viáticos, crea y deroga áreas, emite instrucciones por circulares, determina deberes “por notas”, entre otros tantos ejemplos. La Administración actúa de manera masiva y en su actuar debe evitar incurrir, so pena de producir un acto irregular, en una falta de competencia material, en una errónea valoración de los hechos, en una equivocada invocación de normas aplicables al caso, en un incumplimiento al procedimiento establecido de acuerdo a las varias reglamentaciones aplicables al caso, en una motivación insuficiente de sus decisiones, entre otros vicios. En este proceso de construcción del acto administrativo, la Administración ni siquiera camina siempre con pasos firmes. La oscuridad, orfandad e inflación normativa pueden llevar a los proyectistas de tales actos —no siempre preparados para sus labores— a tener no menores dudas acerca de la conciliación de su trabajo con el orden jurídico. El potencial vicio grave está más cerca de lo que la idealización supone.

Lo expuesto puede ser relacionado con otras observaciones plasmadas en doctrina. Mairal (2013) tiempo atrás afirmaba que la Administración rara vez cumple acabadamente con los requisitos de validez del acto administrativo y manifestaba “deme el acto administrativo y le encontraré el vicio”. Por su parte, hace casi cuatro décadas, en

⁶ CSJN, “Furlotti Setien Hnos. c/INV”, 23/04/1991, Fallos 314:322; “Rodríguez Blanco de Serrao”, 22/06/1982, Fallos: 304:898 y “Astilleros Mestrina SA”, 14/09/2010.

⁷ CSJN, “Talleres Navales Dársena Norte SACI”, 21/11/2018, Fallos 341:1679.

la primera edición de uno de sus célebres libros, Gordillo (2012) comenzaba a denunciar la existencia de un parasistema administrativo, el cual nacería a partir de pautas idealistas, formales y ritualistas plasmadas en el sistema. Esta estructura paralela tendría sus propias reglas y derivaría en un incumplimiento sistemático de normas administrativas y la indefensión del particular.

Sobre los niveles de irregularidad es también dable agregar la mención a los aún significativos porcentajes de contrataciones por “legítimo abono” en los que la Administración Nacional incurre, en contradicción con el régimen aprobado por el Decreto N° 1023/01 y sus reglamentaciones. Informes de auditoría de años recientes muestran casos en los que, respecto de algunos incisos presupuestarios, organismos llegaron a gastar más del 70% vía legítimo abono, o convirtieron esta modalidad en sistemática para varios conceptos⁸.

En este contexto, un cambio de gestión puede llevar a descubrir errores arrastrados durante años en relación a una forma de actuar de la Administración, junto con actos irregulares de hace más de un decenio. No obstante, los funcionarios pueden no tener incentivo alguno en instar procedimientos de extinción por diversas implicancias conflictivas. Otra serie de actos viciados que benefician a particulares, de menor envergadura (como una promoción o designación sin cumplir las exigencias), no encuentran interesados en su objeción.

Un dato apreciable en relación a lo referido es considerar cuántos actos fueron anulados en una repartición durante el período de un año. Pese a la considerable cantidad de actos que dicta la Administración, es normal que el número de extinciones por razones de ilegitimidad en sede administrativa sea de una sola cifra en la mayoría de los organismos, salvo algún evento particular. En lo que concierne a la faz judicial, durante el año 2020 se formuló una solicitud a la Procuración del Tesoro para que, de conformidad con el Sistema Electrónico de Gestión Judicial, informe la cantidad de anulaciones judiciales promovidas durante el período comprensivo entre el 10/12/2015 y el 10/12/2019. El Organismo solamente identificó tres acciones de lesividad instadas durante esos cuatro años⁹.

Si se tiene presente este comportamiento de la Administración, se verá que aquella dicta diariamente miles de actos calificables de irregulares de acuerdo a la LNPA y convive en naturalidad con ellos, lo que confronta con la pretensión dogmática de la irregularidad como una rara excepción. En contraste, la cantidad de actos sujetos a anulación, ora en sede administrativa, ora peticionada por la Administración en sede judicial, resultan ser absolutamente escasos en comparación. Esta discordancia muestra que antes que cumplir con un deber, la Administración elige cuándo anular, en otras palabras, existe lo que podríamos denominar una *selectividad anulatoria*.

⁸ Informe de auditoría SIGEN, “Registro Nacional de las Personas: Autorizaciones efectuadas por legítimo abono y reconocimiento de gastos en concepto de adquisición de bienes y servicios durante el año 2015”, 2016. Recuperado de <https://www.sigen.gob.ar/>.

⁹ La contestación fue plasmada en un informe de fecha del 16/06/2020. De acuerdo a ésta, en cuanto a la forma de búsqueda, en primer lugar, se indagó por los términos “revocación” y “lesividad” mediante el parámetro carátula. No habiéndose obtenido resultados positivos, en segundo término, se consultó por materia “Acción de lesividad”, lo que arrojó como resultado tres causas.

Es de esta manera, selectiva, que la Administración se conduce, lo cual se sustenta en una condición material. Resulta imposible el control y anulación de todos los actos administrativos irregulares, dictados en todos los expedientes, los que en muchas ocasiones parten de ni siquiera ser considerados como actos administrativos a priori¹⁰. Una ilusión, en la que tal vez juega la ficción de la presunción de legitimidad puede llevarnos a comprender que el acto administrativo irregular solo existe cuando efectivamente la Administración insta su extinción o es declarada judicialmente. Bajo cierta perspectiva, podría decirse, ningún acto administrativo es irregular hasta que sea declarado, por más que esa declaración se limite a su reconocimiento por una autoridad competente¹¹. Empero si se tiene presente que la producción del vicio es anterior a cualquier declaración, puede apreciarse la verdadera elección que opera en el comportamiento extintivo de la Administración.

De esta forma, la administración selecciona qué actos procede a extinguir por razones de ilegitimidad, tarea que implica destinar recursos humanos y económicos en tal acción: Anular un acto administrativo tiene costos, los cuales pueden resultar más que significativos en algunos casos. En este sentido, desde el análisis económico del derecho se ha planteado que la anulación de un acto administrativo puede implicar los costos de reviviscencia de una situación jurídica —que puede no ser la más conveniente para los intereses públicos—; los costos de transición en los que hay que incurrir para restablecer las cosas a una situación anterior, y los costos de rectificación de preparación de un nuevo acto administrativo en sustitución (Domenech Pascual, 2017).

Ahora bien, dado que la anulación de un acto implica asignación de recursos para ejecutar una decisión por sobre otras, la determinación de tal acto se ve influenciada por una dinámica que excede al plano normativo. En vinculación, desde la sociología se ha destacado que al existir en la Administración Pública una pluralidad de fines pero recursos limitados, frente a un problema aquella debe seleccionar el “fin prevaleciente”, elección en la que asumiría un rol importante el actor con autoridad y la elección se formalizaría a partir de factores tales como la situación externa de la Administración, su situación interna y la búsqueda de necesarias alianzas del dirigente representativo con diferentes grupos —externos e internos— para introducir sus proyectos, política e ideología (Gerlero, 2006). Esto puede plasmarse en elementos tales como agendas de gestión, políticas, electorales o mediáticas. Al mismo tiempo, los potenciales conflictos —de diversa índole— actuarán como desincentivos a la anulación.

Es tal vez útil mencionar que la idea de selección o selectividad no es nueva respecto de la actuación del Estado. Si bien con un enfoque y finalidad crítica distinta, desde cierto sector del pensamiento criminológico y penal se ha advertido que la imposibilidad material de intervenir en todos los delitos conlleva a una selectividad

¹⁰. El acto administrativo como tal, puede plasmarse bajo la denominación de notas, informes o circulares de la Administración, su calidad de tal estará dada por resultar en una declaración efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros, emitida por un órgano estatal o ente público no estatal en ejercicio de función administrativa, (J.R. Comadira y Escola, 2013).

¹¹ Se ha explicado, no obstante, que cuando se menciona que un acto ilegal o inconstitucional es válido mientras no se lo anule, “no se usa el término ‘validez’ en el sentido de pertenencia a un sistema, determinada por su derivación de otras normas del mismo, sino en el sentido de que son obligatorias mientras no se las anule” (Nino, 1980, 156).

estructural, dado que el Estado solo podría ejercer su poder represivo en “un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada” (Zaffaroni, 1998, 31). Es decir, miles de delitos se cometen diariamente pero solo algunos son capturados por el sistema. Lo interesante de esta construcción para el Derecho, es que permite advertir que tal selectividad puede llevar a un ejercicio de poder arbitrario, lo que conduce a promover líneas de acción sobre tal selectividad (Orsi, 2012).

Pero volviendo al actuar de la Administración Pública, merece considerarse que esta selectividad no es inocente ni gratuita para el orden jurídico. La divergencia entre lo que prescribe la ley y cómo se comporta la Administración en la práctica conlleva al menos las siguientes consecuencias.

En primer lugar, desconocer cómo la Administración actúa en verdad lleva a la no juridización de tal elección. Podría plantearse que si se reconociera que la Administración selecciona, sería posible anudar criterios jurídicos a ese actuar volitivo. Estándares tales como la seguridad jurídica, la valoración del costo-beneficio¹², el tiempo transcurrido, el tipo de derecho involucrado, establecidos como principios, podrían contribuir a una actuación con mayor rendición de cuentas y justificación del interés público que guía el actuar. La técnica del deber, sin matices, logra esconder una verdadera elección, bajo la aparente justificación del cumplimiento de un imperativo, razón por la cual no se solicita motivación adicional alguna, a la par de que se dejan una incalculable cantidad de actos sin revocar.

En segundo término, la determinación de la anulación como un deber —cuyo cumplimiento material es imposible y cuya rigidez es absoluta—, se traduce en la ineficacia de la norma¹³, junto con la creación de cada vez más escapes institucionales. Estos se presentan como argumentaciones jurídicas que se dan en el seno de la Administración, con finalidades prácticas pero de cuestionable compatibilidad con la pureza del Art. 17 LNPA, con el objetivo de evitar la extinción. La teoría de la subsanación y la aplicación de la doctrina procesal de la “no nulidad por la nulidad misma”¹⁴ a la Administración son fruto de esta estrictez, cuyo objeto es evitar en algunos casos resultados perniciosos económicamente, absurdos o de imposible acatamiento en función de los recursos limitados de la organización pública.

Como un tercer aspecto, el deber de anulación evita que se discutan soluciones jurídicas razonables para situaciones particulares de significativo conflicto y costo para la sociedad. El caso “Cuadernos” resulta un ejemplo especial de ello. Bajo una mirada que recuerda a la caracterización del positivismo ideológico, la nulidad de miles de contratos ha sido exigida, sin valorarse de forma alguna la razonabilidad, costos, tiempo y consecuencias que supondría su cumplimiento¹⁵. Esta situación de imposible o

¹² El Decreto N° 891/2017 preceptuó una norma relevante en materia regulatoria, al establecer que: “El diseño de las regulaciones procurará la incorporación de la medición de los costos-beneficios que impliquen su implementación” (Art. 9).

¹³ Eficacia en el sentido de que sea efectivamente aplicada y obedecida en los hechos (Kelsen, 1982).

¹⁴ La Procuración ha invocado tal criterio en Dictámenes 262:548, criterio también aplicado por la Oficina Anticorrupción por medio de la Resolución N° OA/DPPT N° 434/14 del 21/02/2014.

¹⁵ En vinculación, en torno a la nulidad como solución ante casos de corrupción en contratos PPP, en una investigación del Banco Interamericano de Desarrollo se ha manifestado que “las particularidades económicas y jurídicas del financiamiento estructurado propio de estos contratos hacen que su declaración de nulidad, como respuesta legal en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe

difícil acatamiento se verifica también para la invalidez de reglamentos, para el caso en que se hubo de dictar cientos o miles de actos bajo su amparo. La orden del artículo 17 LNPA parece completamente insuficiente para atender y reglar estos difíciles escenarios, solo atenuables bajo la invocación de la doctrina de la nulidad con efectos *ex nunc*¹⁶.

IV. Discusión

IV.1 ¿Reconocer jurídicamente la discrecionalidad y selectividad?

En oposición a lo planteado en el punto anterior podría afirmarse que pese a cómo se comporta la Administración en la práctica, desde el plano jurídico no puede admitirse dejar incólumes actos irregulares, viciados bajo la ley de manera absoluta (más allá de como se ha visto, sucede). La orden de anulación, con base en el principio de juridicidad, podría ser defendida bajo el entendimiento de que opera como una meta inalcanzable y aspiracional pero que funciona como una guía positiva en miras de la protección de la legalidad objetiva.

Si bien el alcance actual de la juridicidad mercería un abordaje particular en otro trabajo, resulta necesario aquí su tratamiento a fin de esbozar una respuesta a tal objeción, que algún intento de reconocer la discrecionalidad y selectividad anulatoria podría encontrar. De este modo, contra este hipotético reparo, puede contestarse que la verdadera observancia del principio de juridicidad y del interés público parece incompatible con un rígido y absoluto deber de anulación de actos irregulares (actuación que además opera con carácter selectivo). Al establecimiento del deber anulatorio no parece interesarle ningún principio jurídico, ni el de la buena fe, ni el de la seguridad jurídica, ni el de la confianza legítima¹⁷, ni el plazo razonable¹⁸. Si estos principios forman parte del orden jurídico, como se concuerda en doctrina, entonces, debería admitirse que no en todos los casos en los que se verifique la existencia de un acto irregular correspondería procederse a la anulación.

En concordancia, se ha observado que no puede predicarse en abstracto y de forma absoluta el predominio del valor legalidad respecto del valor seguridad jurídica, dado que, en caso de tensión, el principio de confianza legítima, ajustado a sus estrictos contornos, podrá relativizar el aparente predominio de la legalidad, pues no sería una contradicción entre ellos, sino una tensión (Rey Vázquez, 2015). Asimismo, en relación a la revisión de oficio española, se ha dicho que en estas situaciones necesariamente se tiene que producir una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad, el cual daría como resultado la prevalencia de uno u otro (Alonso

(ALC), genere fuertes costes económicos para la sociedad y el desarrollo económico” (De Michele, Prats & Revol, 2018).

¹⁶ Dictámenes 259:11 (2006) y CCAyT-“Labayru Julia E. c/GCBA”, (03/09/2002).

¹⁷ Cassagne (2018) explica que, en el sistema argentino, el fundamento se encuentra en el valor de la seguridad jurídica y en los postulados del Estado de Derecho contenidos en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la C.N. y en los preceptos de la CADH (p. 121).

¹⁸ CSJN, “Losciser Jorge Alberto y otros c/BCRA”, 26/06/2012, Fallos 335:1126 y “Bonder Aaron c/BCRA”, 19/11/2013,

Vidal, 2019). De igual manera resultan interesantes a este efecto las palabras del Tribunal Superior español en la sentencia del 17 de enero de 2006, por la cual se apuntó a determinar el ámbito de ejercicio de la potestad anulatoria:

“La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”¹⁹.

Vale subrayar que la idea de que principios jurídicos puedan, de una manera u otra, obstar a la extinción por razones de ilegitimidad no es para nada nueva en el derecho continental europeo. En un interesante estudio realizado por Coviello (1998), el autor destacó una sentencia del Tribunal Superior de Berlín de 1956, en el cual la protección de la confianza se erigió como un elemento en contra de la rígida aplicación del principio de legalidad y la consecuente nulidad de un acto.

El impacto de los principios jurídicos en el régimen del acto administrativo se ha visto también reflejado en España con la denominada “modulación de los efectos de la invalidez”. Diversos ejemplos de tal legislación muestran ya una valoración del legislador en preferir el mantenimiento los efectos de actos jurídicos inválidos. Así, el artículo 110 de la Ley de Procedimientos Común de las Administraciones Públicas (Ley Nº 36/2015) dispone que las facultades de revisión de oficio allí *consagradas “...no podrán ser ejercidas por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*. Por su parte, en el ámbito contractual, el texto refundido de la ley de contratos del sector público (Real Decreto 3/2011), por artículo 35 inciso 3 establece que si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público *“...podrá disponerse en el mismo acuerdo de la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”*.

Vale acotar que esta separación ha sido posible al remarcarse la diferencia entre invalidez y eficacia, punto que resulta relevante en este análisis. De esta forma, se señala que la invalidez es un concepto jurídico estático de aplicación dicotómica, es decir, la invalidez se da o no se da. En cambio, la ineficacia permite una aplicación matizada, de acuerdo a las circunstancias y los intereses involucrados. Media en este supuesto “una

¹⁹. A solo modo de comentario, las dos primeras referencias se ubican dentro de lo que se ha denominado como conflictivismo en materia de derechos fundamentales, posición en la que juega un particular rol la ponderación. La sentencia citada, por otro lado, parece ubicarse en una posición no conflictivista (Alonso Vidal, 2019).

ponderación de todos los intereses en juego con base en determinadas técnicas jurídicas como la protección de la confianza jurídica” (Díez Sastre, 2017, 405). El acto inválido no se vuelve válido por la protección a la situación generada fundada en diferentes principios, lo que se hace es decidir “cuál es el Derecho aplicable a la situación que se haya creado al abrigo del acto inválido” (Cano Campos, 2017, 27).

En nuestro país, durante el año 2018, la Procuración del Tesoro consideró que, en lo que concierne a la acción judicial consagrada en el artículo 17 LNPA, la Administración “tiene un margen de apreciación al declarar la lesividad”, fundado en aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia²⁰. Sin embargo, en acuerdo con las posturas expuestas en el punto II, la opinión fue cuestionada con la invocación de dictámenes precedentes del organismo asesor y el entendimiento de que la potestad opera como un deber, tendiente a reivindicar la juridicidad conculcada (F. Comadira, 2019b). El asunto es que si se observan los hechos del caso, es ilustrativa la conflictividad que presenta una extinción con efectos *ex tunc* de un reglamento aplicado por más de doce a años a decenas de contratos administrativos, en razón de que el funcionario dictante obró con exceso reglamentario. Nótese que la Procuración, teniendo presente esta circunstancia, requirió que una eventual declaración de lesividad contenga en su motivación los fundamentos por los que habría de perseguirse judicialmente la declaración de nulidad del reglamento y “las consecuencias que de allí se deriven”²¹. Ejemplos de este tipo muestran una evidente tensión entre el principio de legalidad o juridicidad, otros principios jurídicos y el interés público²². También lo hace preguntarse si la anulación de un acto irregular dictado hace 20 años satisface el bien común, o si lo hace extinguir un acto de contenido pecuniario cuyo costo extintivo para el Estado es significativamente más alto que lo que espera obtener con la devolución. Probablemente se dirá *depende*, lo que llevará a adentrarse más en algunos detalles del caso. Puede apreciarse de esta forma que no toda anulación satisfará el interés público. Tal vez, el principio que podría sugerirse es que lo que es un deber para la Administración es proteger el interés público, lo que no necesariamente coincidirá siempre con instar la extinción de un acto.

La postura que aquí se sostiene implica una propuesta de mayor completitud y una disidencia parcial sobre la interrelación entre juridicidad, interés público y potestad anulatoria desarrollada por J.R. Comadira, expresada precedentemente. La estructura formulada por tal profesor resulta un punto de partida adecuado, toda vez que en la sanción de nulidad hay un interés público predeterminado por una norma. Sin embargo, predicar la juridicidad en el actuar estatal administrativo implica no solo considerar este principio para el momento previo al acto sino también en el posterior, luego de creada

²⁰. Dictámenes 307:167. El organismo remite a opiniones sobre la oportunidad de la lesividad plasmadas en Dictámenes 214:68 y 246:125.

²¹ Se advierte que la Procuración adoptó una posición un tanto ambivalente en relación al modo de extinción del reglamento. Clásicamente se ha interpretado que los reglamentos carecen de estabilidad y que la Administración solo puede extinguir los reglamentos vía derogación, sea por oportunidad, sea por ilegitimidad. El órgano asesor pareciera admitir ambas soluciones, tanto la de posibilidad de instar una anulación judicial como la de proceder a la derogación con efectos *ex tunc*.

²². Puede decirse que existe una clara contrariedad entre lo resuelto por la Procuración del Tesoro en tal caso y la exégesis del artículo 17 LNPA, la cual no obstante podría defenderse bajo una lectura más amplia del orden jurídico y los principios existentes, como se planteó previamente.

una situación jurídica y particularmente, para la determinación de la anulación. Asimismo el interés público no se ve protegido en todos los casos con el ejercicio de la potestad anulatoria. El instado estricto de esta extinción, podrá, contrariamente, lesionarlo por afectar principio perteneciente también al orden jurídico, por lo que ciertas situaciones creadas por un acto administrativo inválido merecerán ser mantenidas.

Por lo demás, en cuanto al restablecimiento de la juridicidad atañe —predicado como fundamento del deber anulatorio—, la rígida técnica empleada por el artículo 17 LNPA no se condice con institutos tales como los plazos para interponer recursos ni el plazo de caducidad del artículo 25 LNPA. Si el restablecimiento de la juridicidad es una finalidad esencial y superior del procedimiento administrativo y la Administración, limitar la colaboración del particular pareciera manifiestamente contrario a ese objetivo. Resulta entonces contradictorio que, en nombre de la seguridad jurídica, la ley admita diversos límites al restablecimiento de la juridicidad en contra del particular, pero no lo haga respecto la potestad anulatoria.

IV.2. Incidencia de la selectividad en posibles reformas legislativas

Si se admite que en la práctica la Administración selecciona qué actos procede a anular, que tal forma de ejercicio del poder se traduce en consecuencias que merecen consideración y que no en todos los casos la anulación parecería compatible con la juridicidad y el interés público, surge el interrogante acerca de cuál es la mejor regulación legal de la potestad anulatoria.

En relación con este interrogante, una primera respuesta podría ser proponer cambiar el temperamento de la norma y atribuir un carácter facultativo a la potestad anulatoria. Acerca de esta posibilidad, merece destacarse que algunas provincias así lo han determinado, al menos, en la literalidad de la ley. En efecto, la ley de procedimiento de Santa Fe dispone que *“Las autoridades administrativas (...) podrán declarar de oficio la invalidez”*²³, mientras que, en La Pampa, se preceptúa que *“El acto administrativo (...) podrá ser revocado por razones de ilegitimidad (...) si se tratare de una irregularidad grave determinante de la nulidad absoluta”*²⁴, fórmulas que difieren de la prescripta en el artículo 17 LNPA.

A favor del carácter facultativo, puede señalarse que éste dejaría espacio para la razonabilidad y para una discusión jurisprudencial fundada en principios. En contra, podría argüirse que tal proposición implicaría declarar la nulidad relativa de todo el ordenamiento administrativo y crear desincentivos para el cumplimiento de la legalidad, en función de la reducción del peso del vicio grave. No obstante, una posible réplica a tal objeción sería que la eficacia disuasoria de la invalidez para el funcionario público es relativamente débil, dado que las autoridades no suelen internalizar los costos sociales

²³. Art. 12 Anexo al Decreto N° 4174/2015 de Santa Fe.

²⁴. Art. 82 Ley N° 951/79 de La Pampa.

que encierran los actos administrativos ilegítimos que dictan (Domenech Pascual, 2017)²⁵.

Es importante advertir que de reconocerse que la potestad anulatoria opera siempre con carácter selectivo, no surge automáticamente una formulación acerca de cuál es la mejor solución regulativa. Esto requiere valorar distintas alternativas normativas, junto con sus puntos a favor y en contra. Por lo aquí desarrollado, se estima que la mera directriz absoluta de revocar no es una opción legislativamente deseable. Este tipo de preceptos lleva a esconder la discusión de las verdaderas posibilidades materiales de la Administración debajo de la alfombra, a la vez que conduce a que la Administración haga pasar por actividad reglada lo que ejerce como realmente como discrecional. Asimismo, no deja espacio alguno —más que la declaración de inconstitucionalidad— para la aplicación de otros principios jurídicos y una defensa racional del interés público.

Es probable, a su vez, que tampoco lo sea una simple atribución facultativa, sin condicionamientos. La búsqueda de una solución tiene que tener presente los problemas de discrecionalidad y selectividad que presenta el ejercicio de la potestad anulatoria y a su vez, la circunstancia de que el interés público no parece que se satisfaga siempre con la anulación oficiosa. Esto nos lleva a considerar opciones intermedias, en las que tal vez un deber inicial confluya con presupuestos negativos y positivos adicionales, posibilidad en los cuales los principios jurídicos puedan tener un lugar relevante como limitadores y orientadores.

No se pretende plantear una solución determinada en este trabajo. A este efecto, resultaría interesante comenzar a considerar formas de poder controlar tal elección, a la vez de garantizar el interés público. Una forma podría ser requerir algunas fundamentaciones puntuales tales como la concreta afectación grave al interés general que la vigencia del acto produce, la razonabilidad de la persecución extintiva de acuerdo a recursos disponibles y posibles costos, la consideración sobre si se está brindando un tratamiento igualitario de acuerdo al potencial universo de casos similares, entre otras. Lo que sí puede afirmarse es que cualquier solución normativa debe dejar lugar para la razonabilidad y en este sentido un deber como el artículo 17 LNPA, no lo hace. Reconocer con ciertos cotos una facultad anulatoria podría ser una posible forma de hacerle rendir cuentas a la Administración de la discrecionalidad estructural con que se maneja y sincerarnos sobre su actuar.

VI. Conclusiones

Se ha planteado en este trabajo que, pese a que en su actuar masivo la Administración dicta diariamente miles de actos calificables de irregulares de acuerdo a la LNPA, la cantidad de actos sujetos a anulación, ora en sede administrativa, ora peticionada por la Administración en sede judicial, resultan ser absolutamente escasos en comparación. En este sentido, se ha sostenido que a contrario de la expectativa

²⁵. Lo cual lleva a considerar que una efectiva disuasión vendrá de la mano de otro tipo de medidas, tendientes a mejorar la internalización de los costos para el funcionario (responsabilidad disciplinaria, patrimonial, etc.).

doctrinaria y la instrucción del artículo 17 LNPA, la anulación de los actos administrativos promovida por la Administración opera con carácter selectivo. Se ha afirmado así que esta elección tiene como base una condición material y estructural, consistente en que resulta imposible el control y anulación de todos los actos administrativos irregulares dictados en todos los expedientes. Por otra parte, la anulación posee costos, lo que implica que los funcionarios deban considerar la asignación de recursos implicada en esta tarea. A su vez, tomando como base ciertas consideraciones sociológicas de la Administración Pública, en esta determinación anulativa podrán operar aspectos vinculados con el rol de la autoridad, la búsqueda de alianzas con grupos para introducir sus proyectos, políticas e ideología, al igual que también agendas de gestión y la posibilidad de potenciales conflictos.

En relación a ello, se ha afirmado que este contraste, consistente en que la anulación sea ordenada con carácter imperativo pero se ejerzan de manera discrecional, produce al menos las siguientes consecuencias que merecen consideración: a) Una inadecuada rendición de cuentas de la decisión, ante la falta juridización del accionar volitivo y selectivo; b) la ineficacia de la norma imperativa y la búsqueda de cada vez más fundamentaciones institucionales para evitar tener que acatar la extinción, motivadas en evitar efectos perniciosos económicamente, absurdos o de imposible acatamiento material dado los recursos de la Administración, y c) la veda a la discusión sobre soluciones razonables para situaciones de significativo conflicto y costo para la sociedad.

Descripto este fenómeno y sus potenciales consecuencias negativas, se procedió a efectuar un análisis sobre una posible objeción jurídica a reconocer esta selectividad. Contra el posible cuestionamiento de que pese a cómo se comporta la Administración no sería jurídicamente viable otra solución jurídica, se ha propuesto una revisión de la conexión entre el deber anulatorio, la juridicidad y el interés público. A este efecto, se ha tenido en particular consideración antecedentes y opiniones en torno a la incidencia entre el principio de juridicidad y otros principios. De este modo y luego de repasar algunos ejemplos de legislación comparada, a su vez como otra crítica al precepto examinado, se ha referido que la verdadera observancia del principio de juridicidad y del interés público resulta incompatible con un rígido y absoluto deber de anulación de actos irregulares. A contrario de las opiniones de la doctrina, no parece que en todos los casos la extinción de un acto portador de un vicio grave satisfaga el interés público y la legalidad.

Finalmente, se ha abordado este problema teniendo en miras una posible respuesta legislativa, lo cual, sin dudas no resulta una tarea de fácil solución. Sin que se haya pretendido alcanzar una propuesta concreta y definitiva, se indagó sobre la posible determinación de la anulación con carácter facultativo y se expusieron posibles puntos a favor y en contra. No obstante, se enfatizó una opinión en contra de la anulación como un deber rígido y absoluto, como actualmente preceptúa el artículo 17 LNPA.

Bibliografía

ALONSO VIDAL, Horacio José (2019). *Derecho Administrativo y Teoría del Derecho: Tres cuestiones fundamentales*. Lima, Palestra Editores.

- ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (2017). “Kek’ o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular”. *Revista del Régimen de la Administración Pública* N° 460, 99-107.
- BALBÍN, Carlos F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo* (2da ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley. Tomo III.
- BARRA, Rodolfo C. (2018). *Derecho Administrativo: acto y reglamentos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea. Tomo II.
- CANO CAMPOS Tomás (2017). “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”. *Indret* N° 4. Recuperado de <https://indret.com/el-laberinto-de-la-invalidez-algunas-pistas-para-no-perderse/> [consulta 23/07/2020]
- CASSAGNE, Juan Carlos (2018). *Curso de Derecho Administrativo* (12a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley.
- COMADIRA, Fernando Gabriel (2019a). *La acción de lesividad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea.
- COMADIRA, Fernando Gabriel (2019b) Dictamen PTN N° 307:167: El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad. *Revista del Régimen de la Administración Pública* N° 486, 19-42.
- COMADIRA, Julio Rodolfo (1981). *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa”*. Buenos Aires. Astrea.
- COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- COVIELLO, Pedro Jorge (1998). “La confianza legítima”. *El Derecho* 177-894.
- DE MICHELE Roberto, PRATS Joan y LOSADA REVOL Isaías (2018), “Efecto de la corrupción en los contratos de las asociaciones público-privadas. Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero”, Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Efectos-de-la-corrupci%C3%B3n-en-los-contratos-de-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-Consecuencias-de-un-enfoque-de-tolerancia-cero.pdf> [consulta 23/07/2020].
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2018). “Los efectos de la invalidez en la Ley de contratos del Sector Público”. *Documentación Administrativa-Nueva Época – N° 5*. 69-92. Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10608> [consulta 23/07/2020]
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2017). “Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica” en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017*. Madrid. INAP. 151-169. Recuperado de <http://www.aepda.es/VerArchivo.aspx?ID=2155> [consulta 23/07/2020].
- GERLERO, Mario Silvio (2006). *Introducción a la sociología Jurídica: Actores, sistemas y gestión judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. David Grinberg Libros Jurídicos.

- GORDILLO, Agustín (1981/2012) “La Administración paralela” (2da ed.). en *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FDA. Tomo VI. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo6.php> [consulta 23/07/2020]
- KELSEN, Hans (trad. 1982). *Teoría Pura del Derecho*. México. Porrúa.
- LUQUI, Roberto Enrique (2010). “La revocación de los actos administrativos por razones de legalidad”. *La Ley Online*. AR/DOC/7064/2010
- MAIRAL, Héctor (2013). ¿“Uno o dos derechos administrativos?” en GORDILLO Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. FDA. Tomo VII. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo09.pdf
- MARIENHOFF, Miguel S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ta ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot. Tomo II.
- NINO, Carlos S. (1980). *Introducción al análisis del derecho* (2da ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Astrea.
- ORSI, Omar. “Ministerio Público Fiscal. Independencia, gobierno y rendición de cuentas en el cuarto poder”. *La Ley Online*. AR/DOC/2254/2012.
- REY VAZQUEZ, Luis E. (2015). “La potestad revocatoria por razones de ilegitimidad. Análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia argentina”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 6*. Recuperado de <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/01/La-potestad-revocatoria-de-la-Administracion.pdf> [consulta 23/07/2020]
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1998). *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación dogmática jurídico penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar.