

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los nueve días del mes de abril de 1997, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en acuerdo ordinario para dictar sentencia en el expte. N° 057/95 de la Secretaria de Demandas Originarias, caratulado "I.P.P.S. c/ GARDE, Rubén Isidoro s/ acción de lesividad" habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: doctores Tomás Hutchinson, Omar A. Carranza, y Félix A. González Godoy.

ANTECEDENTES

1. A fs. 19/49 el Instituto Provincial de Previsión Social inicia la acción de lesividad, requiriendo se decrete la nulidad de la resolución 162/90 dictada por el Ministro de Gobierno y la Resolución 189/90 del Instituto - en concordancia con aquella- que dispuso liquidar el haber de Rubén Isidoro Garde solicitando se determine tal haber en 7/12 partes del salario de Subsecretario y 5/12 partes del salario de un agente categoría 12, todo en un 82%. Pide también se condene a éste a devolver las sumas percibidas indebidamente desde el 22 de septiembre de 1987 a la fecha de la sentencia.
2. A fs. 54/57 toma intervención la Fiscalía de Estado adhiriendo a la pretensión de la demandada por entender que la resolución N° 162/90 es nula, de nulidad absoluta e insanable.
3. A fs. 79/108 contesta la demanda Garde solicitando su rechazo y oponiendo la prescripción como defensa de fondo.
4. Agregada la prueba (fs. 479) y los alegatos de la actora y Fiscalía de Estado, (fs. 484/89 y 490, respectivamente) y corrida la vista al Fiscal ante el Tribunal, que éste contesta a fs. 492/96), se llaman autos para sentencia.

Encontrándose la causa en estado de ser resuelta el Superior Tribunal dispuso el tratamiento y votación de las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿ Esta prescripta la acción?

Segunda: ¿ Es procedente la alegación de cosa juzgada?

Tercera: ¿Es fundada la demanda de lesividad? Cuarta ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

El juez Dr. Tomas Hutchinson dijo:

A la primera cuestión:

I.- Como la prescripción alegada tiene íntima relación con la fundamentación de la acción de lesividad intentada por el IPPS debe analizarse si los actos que se cuestionan por la actora son defectuosos o no, y de serlo, analizar la sanción que corresponde a ese acto descalificado, para de acuerdo a ésta, pronunciarse acerca de la prescripción alegada. Por lo tanto, hay que analizar el fondo de la cuestión para dilucidar si la acción está prescripta o no.

II.- El IPPS acordó el beneficio por dictamen de Comisión 149/88 tomándose en cuenta para el cálculo del beneficio que las 7/12 partes de su haber jubilatorio, conforme a la remuneración para el cargo de Subsecretario de Casa de Tierra del Fuego que desempeñó el peticionante y el adicional correspondiente, en tanto que las 5/12 partes restantes lo serían sobre la mejor remuneración de los últimos diez años.

III.- Solicitada por el demandado la reliquidación (fs. 89/90 expte adm. 2803. 30746), tal pedido es

desestimado por resolución 174/89 (fs.100 expte. cit.). Planteada la revocatoria y apelación en subsidio (fs.103), el Instituto desestima la revocatoria y concede la apelación -res. 386/89- (fs. 107). El Ministro de Gobierno hace lugar al recurso por resolución 162/90 -fs.132-, ordenando al Instituto que liquide conforme se le ordena, lo que así hace éste mediante resolución 189/90 del 15 de mayo de 1990 (fs.143)..

IV.- El 25 de agosto de 1994 el IPPS declara lesiva tal resolución, por virtud de la cual el 6 de febrero de 1995 se inician estas actuaciones.

V.- En primer lugar diré que no creo que la del actor sea una situación de privilegio, sino a lo sumo excepcional, pues adquiere con una situación de excepción y con ciertos requisitos, una jubilación ordinaria (ver mis votos en IPPS c/ Godoy del 27-V-96 y "Ponce" del 7-III-97).

No se me escapa que en el debate de la Convención Constituyente Provincial al debatirse el proyecto del actual art. 51 el Convencional informante por la mayoría, Sr. Weiss Jurado calificó como jubilaciones de privilegios a aquellas que beneficiaban a un grupo determinado de funcionarios públicos, y que el Convencional Augsburguer hizo expresa mención del art. 53 de la Ley 244, ya derogado a esa sazón (Diario de Sesiones, t. 1, págs.437/8). Sin embargo entiendo, por lo que diré a continuación, que existen notas de excepcionalidad en este beneficio, que no llegan a constituir un privilegio; sin perjuicio de que -en la exégesis constitucional- cobra singular valor el debate de su elaboración.

VI.- Los Subsecretarios del Poder Ejecutivo pueden obtener la jubilación ordinaria si acreditan: a) 25 años de servicios en la actividad pública o privada, continuos o discontinuos, sin límite de edad; b) acrediten 15 años de aportes en cualquier caja comprendida dentro del sistema de reciprocidad; c) tal cargo deberá ser desempeñado por el beneficiario durante un período de ley (art. 53, ley 244), además de los recaudos comunes a todo tipo de jubilación ordinaria (ver mi voto en "Ponce" cit.) La reglamentación determina que en el caso de interrupción institucional del período o fallecimiento del propio funcionario o del que lo haya designado (caso del actor) y que, por dicha razón, automáticamente cese en sus funciones, será considerado - el período cumplido- como período completo.

VII.- La interpretación del actor y del Ministro de Gobierno aplica el art. 63, inc. a) de la ley 244 que establece que el haber "será equivalente el 82% de la remuneración ... correspondiente al cargo y/o categoría desempeñada por el causante ... al momento de cesación ...", entendiendo que no le es aplicable lo dispuesto en la reglamentación por considerar que, al haber una interrupción institucional o fallecimiento ha habido un período completo (12 meses ininterrumpidos en el mismo cargo" permitiéndole el art. 53 del dto. 3007/85 acceder y tener como cumplido el mandato pues cesó con motivo del fallecimiento del funcionario que lo designó"). Sin embargo, no parecería, en principio, haber diferencia a la luz de lo dispuesto por el art. 53 del reglamento, entre el cese por interrupción institucional del período o por el fallecimiento del propio funcionario o del que lo haya designado.

VIII.- El dec. 3007/85 en su art. 63 establece: "... Para acceder a este beneficio ... los cargos únicamente tendrán que haber sido ocupados en períodos constitucionales, y durante la totalidad de duración fijada por ley, salvo el caso de interrupción institucional del período o fallecimiento del propio funcionario o del que lo haya designado y que por dicha razón cese en sus funciones, que serán considerados como períodos completos ..." .

A mi entender, y solamente por aquello que en los casos de excepción debe hacerse una interpretación restrictiva, pues como ha dicho la Corte Suprema obvias razones de justicia impiden evaluar ambos regímenes (el propio por un lado y el excepcional por el otro) con las mismas pautas, resultando adecuado resolver la cuestión con un criterio estricto y riguroso (CS, "Niglio" del 6-XII-79). Por esa razón me parece más ajustada a la lógica del régimen previsional que debe privilegiar a las situaciones comunes respecto de las excepcionales y, por ende, más ajustada a la equidad -principio que como diré debe predicarse en todo régimen administrativo- la interpretación que propugna el IPPS, pues entiendo que:

a) El art. 53 del dec. 3007/95 en cuanto establece que aquellas situaciones excepcionales (interrupción

institucional y fallecimiento del agente o del funcionario que lo designó) deban considerarse como períodos completos, se está refiriendo a los requisitos del otorgamiento del beneficio y el art. 63 se refiere al cálculo de los haberes. Y si bien éste no contempla expresamente el caso de los funcionarios que cesan intempestivamente por las razones arriba apuntadas, no parece lógico hacer una interpretación que favorezca a las jubilaciones de excepción respecto de las normales. El art. 63, entendemos, es una norma general que se aplica a todas las jubilaciones excepto a aquellas que expresamente se excluyen, lo que no ocurre en el caso de las excepcionales;

b) En caso contrario, además de exigirse menos requisitos, se añadiría una determinación desproporcionada de los haberes, lo cual sería injusto y violatorio de los principios de igualdad y solidaridad previsionales.

IX.- La descalificación del acto que cuestiona en la acción de lesividad el IPPS se realiza en base a que es irregular por injusto, que viola los principios de igualdad y solidaridad previsionales y que es inequitativo. Aclaro que soy de los que creen que, en materia contencioso administrativa, la equidad puede servir de fundamento a un fallo, tanto más cuanto que la decisión administrativa sobre la cual se apoya la demanda, no ha sido dictado con criterio de jurisprudencia, sino con el criterio práctico de los administradores que no requieren ser abogados para ser funcionarios. A la decisión administrativa que cuestiona por lesividad la demandada en autos le ha faltado, precisamente equidad.

Las razones y argumentaciones que me llevan a descalificar el acto, lo que lo tornan en defectuoso por ilegítimo, también me convencen que no padece de vicios graves que afecten a sus elementos esenciales (art. 7 LNPA), lo que me lleva a considerarlo anulable en esta instancia (art. 15, ley cit.). Máxime si, como lo he entendido, juega siempre el principio del favor acti, lo que determina, necesariamente, la consagración de la anulabilidad como regla general (ver "Ley Nacional ..." cit., t. I, pág. 296).

X.- Este es un caso similar al resuelto por el Tribunal en la causa "IPPS

c/ Godoy" (expte 019/94) del 27-V-96 en el que expresé que la discrepancia entre las partes se basaba en una cuestión interpretativa, pues ambas partes, "interpretan de manera distinta el alcance de los arts. 53 y 63 de la ley 244 y de los citados artículos de la reglamentación (dec. 3700/85)", por lo cual, adelanto, encuentra acogimiento la pretensión de la actora. En aquél decisorio, dije respecto de la ilegitimidad del acto que acordó la jubilación, que:

"Para que un acto administrativo defectuoso deba ser sancionado con la nulidad absoluta el vicio que padece debe ser grave (ver lo que decimos en "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", t. I, pág. 303; GORDILLO, "Tratado...", cit., t. III, pág. XI-28; REVIDATTI, Gustavo, "Nulidades" en "Acto y Procedimiento Administrativo", pág. 133) y la LNPA trae como parámetro interpretativo que lo que justifica la sanción de nulidad absoluta sea un vicio, irregularidad u omisión que llegare a impedir la existencia de algún elemento esencial del acto (arg. a contrario del art. 15)".

"Por otra parte, como ya he dicho, las exigencias del actuar administrativo, orientado hacia la consecución del interés público impone la regla de la presunción de validez del acto administrativo, a partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante al del derecho común, pero de sentido contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza aquella cobertura y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta, que de este modo queda convertida en algo excepcional (ver "Ley ...", cit., t. I. pág. 295)".

"Nada de eso ocurre aquí. Sólo hay un problema de interpretación de las normas que he referido, y si bien una de ellas -la del IPPS- es la correcta, a mi entender, la otra -del actor y la Administración central- no aparece como arbitraria ni irrazonable, sino, a lo sumo, contraria a la interpretación que comúnmente se hace de las normas de excepción. Es, a lo sumo, inequitativa, injusta, pero tales consecuencias en manera alguna pueden sancionarse con la nulidad absoluta".

XI.- Sin embargo, en ese caso mis colegas, por mayoría decidieron que el acto era nulo (de nulidad absoluta,

como dice el art. 14 de la LNPA), decisión que debo seguir en éste caso, pues mis colegas en la deliberación previa han mantenido su postura. Decidiéndose que el acto es nulo, de nulidad absoluta. Es posición unánime de la doctrina que los actos afectados con esa sanción no pueden de ninguna manera sanearse - exceptuando el caso de la conversión (art. 20 LNPA) y en el caso de la nulidad alegada por la Administración se aplica el brocardo "quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" lo que significa la posibilidad de cuestionar indefinidamente contra los actos nulos de nulidad absoluta (art. 26 LNPA).

Bien es cierto que algunos sostienen que, en lugar de ser imprescriptibles, tales actos prescriben a los diez años. De todas formas aunque sea ésta la solución, tal plazo en autos no ha ocurrido.

Todo ello me lleva a desestimar la prescripción alegada. Voto por la negativa.

A la segunda cuestión:

I.- En esta cuestión sólo cabe referirse a las propias normas de la ley de procedimientos administrativos nacional que, en el art. 17 obliga a la Administración a revocar el acto afectado de nulidad absoluta, excepto en los casos, como el presente, en que debe pedir su extinción por vía judicial pues del acto han nacido derechos subjetivos que se están cumpliendo. O sea que la propia ley establece excepciones a la estabilidad del acto administrativo (lo propio hace la norma del art. 18 respecto de los actos regulares), por lo cual el argumento de la demandada respecto de la cosa juzgada administrativa - denominación arcaica en la jerga actual administrativa- carece de asidero legal. Voto por la negativa.

A la tercera cuestión:

I.- Liminarmente debo considerar la articulación que con el título de "OPONE EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN COMO DEFENSA DE FONDO" se efectúa por la accionada (fs. 84/86).

Al respecto cabe señalar que el demandado confunde "legitimidad" con "legitimación", o cuanto menos, utiliza indistintamente ambas expresiones que en el sentido jurídico refieren a situaciones distintas. Admitiendo la posibilidad de un uso indiferenciado de las mismas por el demandado, se advierte que en realidad postula la improponibilidad objetiva de la pretensión, por cuanto, afirma, la resolución administrativa no es uno de los actos atacables mediante la acción de lesividad.

La resolución ministerial que resuelve el recurso planteado es un acto administrativo individual, cuya denominación -resolución- en modo alguno modifica su naturaleza. Concurren en dicha resolución todas las notas con que la doctrina citada por el propio demandado caracterizan al acto administrativo, por lo que la defensa debe desestimarse sin más; paso, entonces, a considerar el fondo de la cuestión en mérito.

II.- Al tratar el primer tema, para dilucidar la cuestión allí tratada, hube de adentrarme en el tema de fondo en los puntos I a VIII, a los que brevitatis causae me remito.

III.- Consecuentemente a lo allí expuesto, voto por la afirmativa, pues la acción es procedente, pues el acto es defectuoso y, si bien no es nulo, como lo quiere el Instituto debe ser descalificado por anulable. La pretensión del Instituto haya así acogida y le permite rectificar el haber jubilatorio y abonarlo conforme a la proporción requerida, (arts. 17 y 18 LNPA).

IV.- Sabido es que los efectos de declarar la anulabilidad de un acto son ex nunc, es decir, se producen a partir del momento de su declaración. Sin embargo, como consecuencia del carácter declarativo de la sentencia, sus efectos se proyectan hacia el pasado, porque el transcurso del tiempo durante la tramitación del juicio, no debe perjudicar a quien tenía derecho, sino a quien obligó al litigio para reconocerlo, y especialmente en lo que hace a la sentencia de lesividad que es constitutiva, cabe concluir, con Palacio, que hay sentencias de declaración constitutiva que retrotraen sus efectos al día de notificación de la demanda ("Derecho Procesal Civil", t. V, pág. 494, nota 7).

Luego de notificada la demanda, el actor sabía del cuestionamiento a sus haberes jubilatorios, por lo que las diferencias que surgen entre lo que percibió en mas no pueden reputarse de buena fe.

V.- Debe condenarse a Garde a devolver al IPPS las diferencias correspondientes a las sumas percibidas en demasía, a partir del 6 de febrero de 1995, con mas sus intereses, computados a la tasa pasiva promedio que publica el Banco de la Provincia. Costas por su orden

A la cuarta cuestión:

Por los fundamentos expuestos al votar las cuestiones anteriores se debe: 1º) Desestimar la defensa de prescripción por la demandada. 2º) Desestimar la defensa de cosa juzgada. 3ª) Hacer lugar a la demanda del IPPS y declarar la anulabilidad de las resoluciones 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del ITPS; 4º) Condenar a Garde a devolver al IPPS las diferencias correspondientes a las sumas percibidas en demasía, a partir del 6 de febrero de 1995, con mas sus intereses; 5º) Costas por su orden.

El Juez Dr. Omar A. Carranza dijo:

A la primera cuestión:

La respuesta a esta primera cuestión se subordina indiscutiblemente a la suerte de las demás cuestiones, habida cuenta que la prescripción de la acción de lesividad tendente a lograr la declaración de nulidad de los actos viciados e irrevocables en sede administrativa (art. 82, C.C.A.P.) esta condicionada o vinculada con el régimen de las nulidades de los actos administrativos y la marcada diferencia entre los distintos tipos de nulidad -actos nulos y anulables-, que presupone la declaración de nulidad de ellos.

De ahí que adelantando mi voto sobre la tercera cuestión reputo que las resoluciones nos. 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 dictada en su consecuencia por el I.P.P.S. contienen vicios manifiestos que las hacen pasibles de nulidad absoluta e insanable, a mérito de las razones que se expondrán al contestar la cuestión.

Según queda dicho, tratándose de una resolución viciada de nulidad absoluta, no es susceptible de prescripción. Conforme lo ha resuelto la Corte Suprema en numerosos pronunciamientos la nulidad absoluta es imprescriptible, en cambio, la nulidad relativa es prescriptible. En un fallo citado por Marienhoff, dijo la Corte : “lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (Ver, Miguel Marienhoff, “Tratado...”, t. II, pag. 486, nota 603, donde cita un fallo de la C.S.J.N. en “Fallos”, t. 179, ps. 278 y 279).

Continuando con la opinión de Marienhoff, en el derecho privado la nulidad absoluta no puede ser alegada por el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (doctrina arts. 1047, 1049 y 1164 C.C.), pero en derecho administrativo las cosas no ocurren ni pueden ocurrir así. Lo impide el “interés público”, finalidad esencial a satisfacer por la Administración Pública con su actividad (ob. cit. pag. 488), lo que hace posible gestionar judicialmente la nulidad de sus propios actos. Tanto más en el sub lite, donde -en palabras de la C.S.- se trata de la aplicación de leyes de previsión social, que por sus fines, por los propósitos que la inspiran, por las obligaciones que traen aparejadas, y por sus beneficios, reúnen todos los requisitos necesarios para clasificarlas como leyes de orden público (C.S.J.N., “Fallos”, t. 179, p. 279).

También Hutchinson y Escola opinan que si el estado debe demandar la declaración judicial de nulidad del acto nulo, por ser el acto irregular, el plazo para hacerlo es imprescriptible (Tomás Hutchinson, “Régimen de Procedimientos Administrativos”, ed. Astrea, pág. 172; Héctor Escola, “Tratado General de Procedimiento Administrativo”, ed. Depalma, pág. 108).

Voto consecuentemente por la negativa a la cuestión.

A la segunda cuestión:

Sobre el punto, la doctrina que comparto tiene dicho que la expresión “cosa juzgada administrativa” -tomada del derecho procesal común- caracteriza una situación jurídica que torna irrevocables los respectivos actos, que entonces resultan inmutables e inextinguibles en sede administrativa, y sólo impugnables ante el órgano jurisdiccional. Tal y como señala Marienhoff, la expresión condensa la idea de acto administrativo inextinguible o inmutable en sede administrativa; eso es todo. Actualmente hay que tener presentes los artículos 17 y 18 de la ley 19.549. La cosa juzgada administrativa es tan sólo formal -distinta a la cosa juzgada judicial-, en el sentido de que el acto no puede ser objeto de nueva discusión ni de extinción ante la Administración Pública, pudiendo serlo en cambio, ante el órgano jurisdiccional establecido al efecto por el derecho objetivo. En tal orden de ideas, sus efectos o alcances son meramente relativos: se agotan en el ámbito de la Administración Pública. En cambio, la cosa juzgada judicial es de efectos o alcances absolutos: no puede ser objeto de modificación por órgano estatal alguno. Trátase de una cosa juzgada material (Véase Miguel Marienhoff, ob. cit., t. II, pag. 617).

Por consiguiente, considero que la defensa no puede prosperar, votando negativamente la cuestión.

A la tercera cuestión:

1. Adhiero a lo expresado por el Dr. Hutchinson en cuanto a la excepción de falta de legitimación, toda vez que el demandado no dado razones valederas que permitan diferenciar la resolución cuestionada de un acto administrativo, salvo su argumentación que peca de extremo nominalismo. Así las cosas, tratándose de un acto administrativo de alcance individual de conformidad a los caracteres establecidos por la Ley de Procedimientos Administrativos, debe desestimarse la defensa planteada y considerar la problemática abordada por la cuestión enunciada.
2. En el asunto “I.P.P.S. c/ Godoy, Antonio Hugo -demanda de nulidad y restitución de haberes-” -acumulada a “Godoy, Antonio Hugo c/ I.P.P.S. -ordinario- cobro de haberes-” (Protocolo SDO, t.IV. Fº 192/207), idéntica por su naturaleza a la cuestión debatida en el sub iudice, expresé mi opinión coincidente con la Fiscalía de Estado, en el sentido de que la resolución M.G. 491/90 era nula de nulidad absoluta e insanable, por vulnerar disposiciones expresas de la ley 244 (BOP, 14-1-85), de su decreto reglamentario 3007/85 (ADLA, XLV-D, pag. 4252 y de la ley 19.549 (ADLA XXXII-B, pag. 1752).

Exactamente lo mismo ocurre con la resolución M.G. 162/90. En efecto, no puede haber vacilación alguna sobre la hermenéutica del art. 63 de la ley 244 -que inmerso en el capítulo X contempla el haber de las prestaciones- ni en cuanto su homólogo del decreto reglamentario, ya que dicho capítulo se ocupa específicamente de la determinación del haber, y para ello expresamente exige que el cargo y/o categoría desempeñado por el beneficiario al momento del cese debe haberse percibido durante el término de doce meses consecutivos. En caso de no haberse completado los doce meses en un mismo cargo o categoría la remuneración debe promediarse dentro de los doce meses calendario mas favorable. Así lo interpretó expresamente el directorio del I.P.P.S. por medio de el dictado de la resolución N° 391/88 para la totalidad de los beneficiarios, incluidos los alcanzados por el art. 53 de la ley 244 (fs. 6/7).

Por tanto, si el beneficiario se desempeñó durante 7 meses y 2 días en el cargo de Director General de la Casa de Tierra del Fuego, con rango de Subsecretario, según se desprende de los decretos nos. 2640/83 y 1844/84 (fs.25 y 26, expte. ad. 05351905), la liquidación de sus haberes a partir de agosto de 1988 calculada sobre 7/12 avas partes del 82 % del salario de Subsecretario y 5/12 avas partes de la mejor remuneración percibida dentro de los diez años anteriores al cese -correspondiente a sus servicios en la firma “Puget Automotores”, equivalente a la categoría 12- se ajusta correctamente a los porcentuales establecidos en el artículo 63 del decreto 3007/85 y a las disposiciones contenidas en la resolución N° 391/88.

En cambio, el art. 53 de la ley citada se encuentra dentro del capítulo IX y está referido a las prestaciones del

instituto y las condiciones exigidas para acceder a ellas. Por eso, dicho artículo reduce las exigencias para tal acceso a los funcionarios allí mencionados, y su reglamentación (art. 53 Dec. 3007/85) previendo la hipótesis de que no se cumpla el período constitucional por interrupción institucional o fallecimiento del propio funcionario o del que lo haya designado, se considerará que el cargo fue ocupado por la totalidad del período. Cabe subrayar, siendo así, que la prerrogativa legal se relaciona concretamente con el acceso al beneficio (capítulo IX) y que nada tiene que ver con la determinación del haber jubilatorio (capítulo X). Ya en trance de fijar éste, y para supuestos como el del Sr. Garde, que no llegó a completar los doce meses consecutivos en el mejor cargo (Subsecretario), la reglamentación impone promediar la remuneración dentro de los doce meses calendario más favorable (Art. 63, dec.cit.), que es lo que se interpretó a través de la resolución 391/88 y se llevó a la práctica con el demandado.

Y si con todo lo expresado alguna incertidumbre permite abrigar la interpretación del art. 63 del decreto reglamentario, comparto el criterio sustentado por la Fiscalía de Estado en cuanto a que el beneficio de que se trata ha sido excepcional, concesible a un grupo singular de beneficiarios con menores exigencias, por lo que la inteligencia de las normas que lo regulan no se aviene con las reglas amplias de interpretación de los sistemas jubilatorios ordinarios para la generalidad de beneficiarios. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en importantes casos, diciendo que median obvias razones de justicia que impiden evaluar ambos regímenes con las mismas pautas, siendo adecuado a la índole de los regímenes de excepción dilucidarlos con un criterio estricto y riguroso (Vid. "Campos, Julio", 26 de diciembre de 1978, La Ley, t. 1979-C, pag. 604). Por ende, juzgo que deben anularse las resoluciones 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del Directorio del I.P.P.S., por existir un vicio grave en la causa al haberse apartado de normas claras y precisas que rigen el caso viciándolas de manera absoluta y manifiesta por cuanto su constatación no requiere más que del simple cotejo de los datos del peticionante y la norma, sin que sea necesario otra investigación. Cabe señalar que para que los efectos producidos por un acto administrativo dejen de ser revisables y adquieran estabilidad debe estarse en presencia de un acto regular "lo que no ocurre cuando el acto, por un error grave de derecho o por ausencia de un presupuesto de hecho indispensable contraría la solución legal que corresponde al caso" (CSJN, Fallos, t. 307, pag. 1466), por lo que "la estabilidad debe ceder cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictado sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados" (Fallos, t. 303, pag. 1684) a los que cabe equiparar la constatación de la manifiesta prescindencia del derecho aplicable a la petición, con grave perjuicio para los intereses del Instituto y los restantes afiliados, que han debido soportar con sus aportes el pago indebido de haberes de privilegio con fondos cuya naturaleza asistencial debían ser adecuadamente resguardados por las autoridades con facultad de decisión en el sistema; concretamente: el Ministro interviniente.

En este sentido tiene dicho la Corte Suprema que "en el reconocimiento de una jubilación se contempla fundamentalmente el interés y el derecho del empleado u obrero, condómino, con sus compañeros, de los fondos de la caja que ha de pagarse el retiro y en este y otros casos parecidos el Estado desempeña una función tutelar, la de patrono o administrador, según el concepto del profesor Sarría, o de juez, puede afirmarse, decidiendo entre la pretensión del empleado y los intereses de la comunidad de sus colegas afiliados" (CSJN, "Carman de Cantón, E c/ La Nación", Fallos, t. 175, pag. 368).

En cuanto a lo manifestado por el Señor Fiscal en su dictamen de fs. 492/496 acerca de los precedentes de la Alta Corte Federal, invocados también en "Godoy c/ I.P.P.S.", considero oportuno decir que no desconozco la diferencia de circunstancias fácticas tratadas en ellos con las del sub iudice; mas ello no invalida la aplicación a éste de la doctrina emergente de esos pronunciamientos, a saber: que el error de derecho, cuando es grave, vicia la causa del acto en forma absoluta. La apreciación de la gravedad compete al sentenciante, y de mi parte entiendo que la aplicación del derecho efectuada por el órgano ministerial para otorgar el acto cuestionado resulta altamente descalificable.

3. Para finalizar, siguiendo a Marienhoff, considero que por tratarse de un acto nulo, afectado de nulidad absoluta, los efectos de la anulación deben operar con relación a la fecha en que fue emitido el acto que se anula. "Ello así porque se considera que el acto de referencia nunca existió jurídicamente" (ob. cit. pag. 554); a diferencia del acto anulable, cuya anulación opera "ex nunc", a partir de la fecha del acto de

anulación. En opinión de Marienhoff: “tales son las reglas fundamentales en la especie” (ob.cit., pag. 644).

Por consiguiente, corresponde hacer lugar al reclamo sobre restitución de sumas percibidas indebidamente y condenar al beneficiario Rubén Isidoro Garde a reintegrar las sumas indebidamente percibidas, con su pertinente actualización e intereses, que resulten de la liquidación que corresponda conforme con la resolución 391/88 y normativa aplicable. Para la actualización se deberá tener en cuenta el índice de precios al por mayor -nivel general- que publica el I.N.D.E.C., con más el interés anual del 6 % hasta el 31 de marzo de 1991; y a partir del 1° de abril de 1991, los intereses calculados a la tasa pasiva del Banco de la Provincia.

Frente a la ausencia de disposiciones expresas que contemplen los demás efectos de la nulidad administrativa, se justifica plenamente la aplicación de las reglas del Código Civil sobre nulidades de los actos jurídicos (Cfme. Marienhoff, ob.cit. pag. 477). Por tanto la anulación de las resoluciones 491/90 y 435/90 obliga al accionante a restituir lo percibido en exceso en virtud o por consecuencia de ellas (Arg. art. 1052 C.Civil), sin que esté alcanzado por la excepción que a la regla general se le aplica al que consumió de buena fe (Arg. art. 1055 Cód.cit.). De otro modo se produciría un inadmisibles perjuicio al patrimonio del I.S.S.P. y de toda la clase pasiva, sin que el responsable directo -receptor de los pagos indebidos- se haga cargo de ellos.

En ese sentido se registran precedentes en los que, haciendo hincapié en el principio contributivo y solidarista en que se basa el sistema previsional argentino, se ha exigido la devolución de lo indebidamente percibido por los beneficiarios (cfme. CNCiv., sala A, in re: “Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ T.,D. y otro”, La Ley, t. 1986-D, pag. 590).

4. No obstante resultar vencido el demandado, el artículo 59, párrafo 2° del Código Contencioso Administrativo ordena en materia previsional que cuando resulte vencido el administrado se le impondrán las costas sólo si hubiere sostenido su acción con temeridad o hubiese incurrido en pluspetición inexcusable; cosa que no acontece en la especie. Por tanto, corresponde imponer las costas en el orden causado.

Por ello, voto afirmativamente la cuestión, con el alcance expresado.

A la cuarta cuestión:

Tal como han sido decididas las tres primeras cuestiones propongo resolver la causa de la siguiente manera: 1°) Rechazar las defensas de prescripción y de cosa juzgada administrativa opuestas por el demandado; 2°) Hacer lugar a la demanda por nulidad y reintegro de sumas indebidamente percibidas entablada por el I.P.P.S., dejando sin efecto las resoluciones Nos. 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del Directorio del I.P.P.S. y ordenando la devolución de las sumas indebidamente percibidas por el beneficiario Rubén Isidoro Garde que resulten de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia acorde con la resolución 391/88 y a las normas que rigen el caso. 3°) Declarar las costas por el orden causado (arg. art. 59, párr. 2°, C.C.A.). 4°) Diferir la regulación de los letrados intervinientes hasta tanto exista base para ello.

El juez Dr. Félix González Godoy dijo:

A la primera cuestión:

Adelantándome a la solución a que arribaré al tratar la tercera cuestión, entiendo que los actos administrativos cuestionados (Resolución N°162/90 del Ministerio de Gobierno y Resolución N°189/90 del Directorio del I.P.P.S.) padecen irregularidades graves que conducen a declarar su nulidad. Por consiguiente y habida cuenta que la acción para demandar dicha nulidad es imprescriptible (conf. en forma implícita, Código Civil art. 4023, segunda parte, reformado por leyes 17711 y 17940; C.S.J.N., Fallos: 179:250, 190:157, y 241:396 entre otros; Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, t.II, pág.486; Cassagne, Juan Carlos, “La invalidez del acto administrativo”, en L.L.156-1127; González Arzac, Rafael, “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales”, en L.L.51-959, nota al pie de pág. n°70; Diez, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Ed. Plus Ultra, t.II, pág.299), mi decisión a la presente cuestión es coincidente con la adoptada por los vocales que me preceden

en el orden de votación, por la negativa.

A la segunda cuestión:

Claramente enseña Marienhoff que "...la expresión 'cosa juzgada administrativa' constituye una nueva fórmula que condensa la idea de acto administrativo inextinguible o inmutable en sede administrativa." (conf. autor citado, t.II, pág.617). Por su parte Manuel María Díez (op. cit., t.II, pág.383), dice que el régimen del decreto-ley 19.549 incorporó la mayoría de los principios establecidos por la Corte Suprema Nacional en el leading case "Carman de Cantón". Señala que el art.18 le otorga inclusive facultades a la administración para revocar el acto regular del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, siempre que el interés público lo exija. Ambos autores y el resto de la doctrina y jurisprudencia son contestes en que el acto administrativo firme y consentido que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo y que se encuentre afectado de nulidad absoluta puede revocarse mediante la declaración judicial de nulidad (art.17, ley 19549). Siendo la vía judicial la elegida en estas actuaciones para obtener la nulidad de las resoluciones impugnadas, no cabe hablar de "cosa juzgada administrativa". Voto pues, por la negativa a la presente cuestión.

A la tercera cuestión:

I.- Como bien lo explica el Dr. Hutchinson carece de todo asidero la pretendida falta de legitimación aducida como defensa de fondo, pues es evidente que la resolución materia de esta acción de lesividad es un típico acto administrativo.

II.- Por análogas razones a las invocadas por el Dr. Carranza en su voto a esta cuestión, me pronuncio en el mismo sentido en cuanto al razonamiento y a los fundamentos que esgrime para proponer la anulación de las resoluciones 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del Directorio del I.P.P.S dado que se apartan de lo establecido en el art. 63 de la Ley 244, defecto que las tiñe de nulidad insanable. La Corte Suprema Nacional ha declarado la nulidad absoluta del acto administrativo dictado en violación de la ley, directiva que cobra aun mayor rigor tratándose de prestaciones previsionales reguladas en normas que por su carácter son de orden público (CSN, Junio 22, 1982 "R.B. de S. y C.", en L.L. 1983-B-1). De acuerdo con el artículo 14, inciso b) de la ley 19.549 es absolutamente nulo el acto administrativo cuando falte su causa "por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado".

Sin embargo discrepo con el Dr. Carranza, tal como lo propuse en el precedente "Godoy c/IPPS" (del 27/5/96), en cuanto a los efectos de la citada anulación.

El artículo 17 de la ley 19.549 establece -al referirse a la revocación del acto nulo- que "...si el acto (administrativo) 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". Interpreto la norma citada en el sentido de que al hablar de "subsistencia" y de "efectos aún pendientes" se entiende que con la declaración de la anulación el acto no tiene más vigencia, pero la tuvo hasta ese momento y produjo efectos propios que no pueden soslayarse. Por ello los efectos de la anulación del acto administrativo viciado deben ser hacia el futuro (ex nunc), respetando los derechos subjetivos adquiridos de buena fe. Apoyo mi postura en calificada doctrina jurídica que se manifiesta en este sentido y que a continuación transcribo.

Señala Hutchinson (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ed. Astrea, t.I, pág. 380), que el acto nulo debe ser excluido del ordenamiento cuando se descubre el vicio; pero puede ser que hasta entonces dicho acto haya producido efectos que ya no pueden alterarse. A continuación dice que "en el caso del acto nulo que no llegó a ejecutarse, la situación es simple: el resultado de la declaración de nulidad del acto será que en adelante no se podrá exigir su cumplimiento. La solución puede no ser tan fácil en el acto que se está ejecutando, porque a lo mejor de ésta surge la imposibilidad de que las cosas vuelvan exactamente a su estado anterior. Sobre esa base el art. 1055 del Cód. Civil establece que si la obligación tiene por objeto cosas fungibles no habrá lugar a la restitución de las que hubiesen sido consumidas de buena fe."

Por su parte, Rodolfo Barra ("La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración", publ. en E.D. 108-586/591) destaca que "la no retroactividad de la revocación es jurídicamente lógica por cuanto el acto administrativo es, en definitiva, una norma jurídica, es decir integra el ordenamiento jurídico general del Estado. Su emisión, como en el orden general y abstracto ocurre con las leyes, implica la creación de situaciones jurídicas que gozan, no sólo para la Administración sino para todos los súbditos, de la presunción de legitimidad. El mismo carácter tiene el acto de revocación, es decir es otra norma jurídica de igual jerarquía que la anterior y que sólo puede crear situaciones jurídicas nuevas, puesto que las normas no pueden, en ningún caso, afectar derechos incorporados al patrimonio según la doctrina que emerge del art. 3º del cód. civil." Luego dice el mismo autor que "el principio de la no retroactividad del acto de revocación es, además, una solución justa cuando la Administración es la causante del vicio, pues su propia torpeza no puede perjudicar a posteriori los derechos de los administrados". Por último, el autor que venimos citando entiende que la declaración de nulidad sólo puede tener efectos ex nunc, salvo que el administrado haya incurrido en actitud dolosa y que haya sido él quien provocó el acto aplicando medios ilícitos; entonces sería pertinente la revocación con efectos ex tunc, pero esa situación no se configura en autos.

También Mairal ("Control Judicial de la Administración Pública", Ed. Depalma, Volumen II, págs.905/906) se manifiesta por una solución similar a la de los dos autores citados precedentemente, al distinguir la anulación del acto nulo, que tiene efecto retroactivo, de la del acto anulable que sólo tendrá efectos para el futuro. Expresa que la distinción es importante pero que también debe "tomarse en cuenta la posición del particular frente al acto en cuestión. Ciertamente es que la Administración puede alegar su propia torpeza y que la buena fe del particular no impide la anulación del acto que lo beneficia, pero no es menos cierto que la ilegitimidad es una irregularidad administrativa y se asume, en la hipótesis, que el particular no participó de ella. De allí que a la hora de determinar los efectos de la anulación puedan producirse injusticias si se impone una retroactividad a ultranza."

III.- Por último, también se ha dicho que la sentencia que hace lugar a la acción de lesividad es constitutiva, ya que al anular un acto declaratorio de derechos producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del acto; y respecto de los efectos se ha expresado que, al tratarse de "anulación" y no de declaración de nulidad, operan desde el momento en que la sentencia se pronuncia por la anulación (v. González Pérez, Jesús; "Manual de Derecho Procesal Administrativo", Segunda Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 489). Entiendo que cuando se alude al pronunciamiento de la sentencia, en rigor se está refiriendo al momento de la notificación de la demanda, pues es un principio general que el fallo final que declara procedente la pretensión del actor, cualquiera que fuere la naturaleza del respectivo proceso, se remonta al instante del nacimiento del estado de litispendencia mediante la notificación de la demanda. Alsina enseña que como consecuencia del carácter declarativo de la sentencia, sus efectos se proyectan hacia el pasado, porque el transcurso del tiempo durante la tramitación del juicio no debe perjudicar a quien tenía derecho, sino a quien obligó al litigio para reconocerlo ("Tratado de Derecho Procesal", t.IV, pág. 115). Y en lo que interesa a la sentencia de declaración constitutiva -cual ocurre en la especie- Palacio sostiene que hay casos de sentencias constitutivas que retrotraen sus efectos al día de la notificación de la demanda ("Derecho Procesal Civil", t.V, pág. 494, nota 7), como también que entre los efectos sustanciales de la mencionada notificación está establecido en el art. 2433 del Código Civil que el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que por su negligencia hubiera dejado de percibir (obra citada, t.IV, págs. 302/303). Advertido una gran analogía del supuesto previsto en ese artículo 2433 del Código Civil con el caso en juzgamiento, ya que después de la notificación de la demanda las diferencias en los haberes jubilatorios, que emergen de la presente sentencia, no pueden reputarse adquiridas de buena fe.

Por consiguiente, voto por la afirmativa a la presente cuestión.

A la cuarta cuestión:

De conformidad con lo expuesto precedentemente entiendo que corresponde: 1º) Rechazar las excepciones de prescripción y de cosa juzgada administrativa opuestas en el escrito de contestación de demanda; 2º)

Hacer lugar a la demanda por lesividad dejando sin efecto las resoluciones Nros. 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del I.T.P.S.; 3º) No hacer lugar al reintegro de las diferencias en los haberes previsionales devengados con anterioridad a la notificación de la demanda producida el día 26 de abril de 1995 (v fs. 71 vta.), sin perjuicio de que el demandado sea condenado a devolver las sumas percibidas en demasía a partir de esa fecha, por los motivos expuestos en relación con este punto; 4º) Imponer las costas en el orden causado.

ASI LO VOTO.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 9 de abril de 1997.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la mayoría resultante de la votación de las cuestiones planteadas,

SE RESUELVE:

1º.- RECHAZAR las excepciones opuestas en el escrito de contestación de demanda;

2º.- HACER LUGAR a la demanda por lesividad dejando sin efecto las resoluciones Nros. 162/90 del Ministerio de Gobierno y 189/90 del I.T.P.S.;

3º.- NO HACER LUGAR al reintegro de las diferencias en los haberes previsionales devengados con anterioridad a la notificación de la demanda producida el día 26 de abril de 1995 (v fs. 71 vta.), y

4º.- CONDENAR al demandado a reintegrar al IPPS las sumas percibidas en demasía a partir de dicha fecha, con intereses desde el día en que cada haber mensual le fue abonado hasta su efectivo reintegro, de conformidad con la tasa pasiva promedio que aplica el Banco de la Provincia en sus operaciones.

5º.- IMPONER las costas en el orden causado.

6º.- DIFERIR la regulación de honorarios de los profesionales hasta tanto exista base y se formulen las pautas para ello.

7º.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo. Tomas Hutchinson – Omar A. Carranza – Félix A. González Godoy

Secretario: José Luis Said

Registro: Tomo VII – Folio 6/16 9.4.97

