

INFORME DEL DR. JULIO OYHANARTE

SOBRE REVOCABILIDAD DEL DECRETO 704-E-TIM-70 DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS.

1. El tema. La consulta formulada versa sobre la posibilidad de que sea revocado, por la propia autoridad que lo dictó, el decreto de la Provincia de San Luis n° 704-E-TIM-70. Por este decreto se adjudicó la planta industrial de cemento portland denominada "El Gigante", luego de haberse sustanciado la correspondiente licitación pública.

2. Los vicios. Con arreglo al informe producido oportunamente por el Dr. Felipe González Arzac, el acto administrativo adolece de los siguientes vicios:

a) Absoluta indeterminación de los adjudicatarios, habida cuenta de que el art. 3° dice: "Ajudicase dicha licitación a la empresa oferente constituida por la firma Construcciones Parra SRL, Humberto Colotti y Helmut Voigt y otros...".

b) Adjudicación hecha en favor de una sociedad anónima "futura" que aun no se hallaba constituida al tiempo de dictarse el respectivo decreto.

c) En lo que concierne a la garantía de capacidad económico-financiera, los adjudicatarios, al explicar el "origen de los fondos", sólo dijeron: "recursos propios y eventualmente préstamos privados y oficiales". Es decir que hicieron depender dicha capacidad de préstamos hipotéticos y no dieron explicación alguna acerca de la onerosidad de ellos.

3. Salvedad. Según se desprende del informe del Dr. González Arzac y del texto de la comunicación en que se plantea la consulta, el tema sobre el que debo opinar es este: dando por cierto que se hallan configurados los tres vicios de referencia, ¿es cierto o no que el decreto en cuestión carece de validez y ha podido o podría ser revocado, a pesar de los principios atinentes a la cosa juzgada administrativa? Las consideraciones que siguen tratan de responder a este interrogante y no penetran en el terreno ya analizado, con incisiva claridad, por el Dr. González Arzac.

4. El derecho positivo. Quiero fijar un punto de partida. Una de las

inclinaciones menos recomendables en la esfera del derecho público es la que lo subordina todo, o casi todo, a la opinión de determinados autores, cuya cotización varía con el transcurso del tiempo. Obviamente, cuando esta es la técnica empleada, el resultado implica una absoluta inseguridad jurídica, pues no hay modo de saber si el criterio doctrinario elegido merecerá, o no, la aprobación de los jueces. El método correcto, creo, es el que se mantiene dentro de los límites del derecho positivo y da por cierto que éste es, en rigor, el fruto de la "tarea común" de legisladores y jueces (Corte Suprema, caso "Manzanares", 1961, Fallos, t. 249, p. 37, consid. 5º). En otras palabras: la complementación de la norma escrita, por lo común, no debe buscarse en las apreciaciones muchas veces subjetivas o ideológicas de los autores, sino en la jurisprudencia; especialmente en la de la Corte Suprema, sobre todo si las que se estudian son cuestiones de derecho constitucional o cuasi-constitucional. Las dudas que pudieran existir en los casos generales acerca del acierto de este principio, desaparecen en situaciones como la que se somete a consulta, toda vez que la teoría de la cosa juzgada administrativa -en torno a la cual ha de girar el análisis- es ni más ni menos que una construcción de la Corte Suprema. Lo más seguro, pues, es averiguar el pensamiento del tribunal constructor, en vez de detenerse en los juicios de este o aquel tratadista.

5. La cosa juzgada administrativa. Dentro del derecho público argentino, nacional y provincial, tiene vigencia la llamada cosa juzgada administrativa, con sujeción a la cual ciertos actos administrativos no pueden ser revocados, en principio, por la misma autoridad que los dictó ni por un superior jerárquico. Así lo exige la preservación de uno de los valores cardinales de nuestro ordenamiento, como lo es la seguridad jurídica, requerida por el orden público. En suma, la teoría de la cosa juzgada administrativa tiende a asegurar la certidumbre y la estabilidad del derecho (Corte Suprema, caso "Carman de Cantón", 1935, Fallos, t. 175, p. 368. Véase también: Fallos, t. 179, p. 431).

6. Los pre-requisitos. Pero la cosa juzgada administrativa no rige para todos los actos del Poder Administrador. Sólo funciona, en efecto, si se cumplen estos dos pre-requisitos: a) el acto debe provenir del e-

jercicio de facultades regladas y no discrecionales; b) es preciso que él haya generado derechos subjetivos en provecho de sujetos privados. Ambas condiciones, por supuesto, aparecen reunidas en nuestro caso, de donde resulta que nos hallamos ante un supuesto en que la cosa juzgada administrativa podría aplicarse, en principio.

7. Las exclusiones. Digo que podría aplicarse "en principio", porque la teoría de que ve^{go} ocupándome presupone un tercer elemento de importancia decisiva. Para que ella juegue es indispensable que los actos de la Administración Pública sean regulares. Si no lo son, esto es, si tienen deficiencias esenciales que los convierten en viciados o irregulares, entonces la cosa juzgada administrativa queda excluida y la autoridad puede revocar "per se", aunque haya de por medio derechos subjetivos adjudicados a particulares. La atribución que permite revocar los actos administrativos irregulares -que sería inconcebible en la esfera del derecho privado- constituye una suerte de potestad de policía jurídica (R. Bielsa, Derecho Administrativo, ed. 1966, t. II, p. 127) y merced a ella el Poder Administrador se encuentra habilitado para "corregir sus propios errores" (Corte Suprema, Fallos, t. 228, p. 186, en p. 194; y dictamen del Procurador General de la Nación en Fallos, t. 250, p. 491).

8. La primera doctrina. ¿Cuándo un acto administrativo es irregular con el alcance indicado? La que podríamos considerar como primera doctrina de la Corte Suprema sobre el punto apareció en el caso "Carman de Cantón", citado, y fué luego refirmada en diversos pronunciamientos, entre los que sobresale el de "Los Lagos", 1941, Fallos, t. 190, p. 142. Según ella, hallándose presentes los requisitos que señalé en el párrafo 6º, procede la revocación por irregularidad cuando median: a) vicios de forma, o sea "omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos" (caso "Los Lagos", consid. 5º); y b) vicios de competencia que importen "falta de aptitud del Poder Ejecutivo, derivada de carecer de facultades" (idem). Transgresiones de este tipo, se dijo, originan la nulidad absoluta del acto y autorizan a que en sede administrativa se lo deje sin efecto.

9. La ampliación. Durante largo tiempo, la Corte Suprema se limitó a

reproducir la definición de "Carman de Cantón" con su referencia a dos únicas causales de revocabilidad. Sin embargo, paralelamente, comenzó a desarrollarse una línea jurisprudencial secundaria, referida a ciertos actos a los que se calificaba de "absolutamente nulos" y "revocables" en razón de que contenían el vicio de ilegalidad manifiesta. Surgió así una tercera causal no incluida en la definición genérica y ello ocurrió principalmente con motivo de litigios referentes a las pensiones militares de las leyes 4707, 4856 y 8358. Verbigracia: se resolvió que puede ser revocado el decreto que otorga pensión correspondiente al grado de contraalmirante a la viuda de un capitán de navío retirado; o el que concede pensión a la madre divorciada sin culpa, pese a que la ley 4856 sólo confiere derecho a la madre viuda; etcétera (Corte Suprema, Fallos, t. 89, p. 209; t. 199, ps. 247, 321, 414, 422; t. 196, p. 72; t. 210, p. 1071, entre otros muchos).

10. El "grave error de derecho". Esta situación creada por una tercera causal que funcionaba en casos aislados pero sin incorporarse a la regla jurisprudencial, se mantuvo hasta "Cáceres Cowan", 1961, Fallos, t. 250, p. 491. Allí el reconocimiento de la tercera causal se hizo explícito, pues quedó establecido, de manera literal, que un acto administrativo es irregular, y puede ser revocado por la misma autoridad que lo dictó, si incurre en "grave error de derecho" que supere "lo meramente opinable en cuanto a su interpretación" (consid. 5°).

11. Recepción posterior. Esta nueva formulación de la Corte Suprema en 1961 contó con el apoyo de los Ministros B. Villegas Basavilbaso, P. Aberastury, R. Colombres y E. Imaz. Y más tarde, al través de sucesivos pronunciamientos, fué confirmada: a) por la Corte de 1963/64, con la adición del voto de los Ministros A. Araoz de Lamadrid y J.F. Bidau; b) por la Corte de 1966, con adhesión del Ministro A. Mercader; c) por la Corte de 1966 (posterior a la Revolución Argentina), con firma de los Ministros E.A. Ortiz Basualdo, R.M. Chute, M.A. Risolia, G.A. Borda y L.C. Cabral; d) por la Corte de 1967/68, mediante sentencias en las que vuelve a firmar el Ministro J.F. Bidau. Todo esto resulta de Fallos, t. 255, p. 231; t. 258, p. 299; t. 264, p. 314; t. 265, p. 349; t. 269, p. 181; y t. 270, p. 162. En suma, la interpretación en mérito a la cual ha de entenderse que el "grave error de derecho" es una causal de revo-

cabilidad tiene casi diez años de vida ininterrumpida, apareco en siete fallos coincidentes, fué consagrada por la Corte Suprema con cinco integraciones distintas y ha sido acogida por cuatro de los cinco miembros actuales de ese tribunal. Razonablemente, no cabe pensar que vaya a ser abandonada.

12. Aplicaciones concretas. Para entender qué significado tiene la expresión "error grave de derecho", nada mejor que una sintética indicación de las circunstancias particulares que en cada caso pñderó la Corte:

a) Caso "Cáceres Cowan". En los fundamentos del fallo, obiter dictum, se adelantó el siguiente criterio: la Resolución de la Universidad de Buenos Aires por la que se habilitó títulos profesionales de contador público -provenientes de colegios secundarios del Paraguay-, puede ser revocada mediante otra Resolución de la misma Universidad, en atención a que la primera adoleció de "error grave de derecho", por cuanto transgredió las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1889 y el art. 15 de la ley 14.297.

b) Caso de Fallos, t. 255, p. 231. La Resolución de la Contaduría General de la Nación por la que se absuelve al particular interesado, puede ser revocada mediante nueva Resolución del mismo organismo, que disponga la formulación de cargo, si la primera se hallaba viciada de "grave error de derecho" debido a que desconocía la inmutabilidad de una sentencia del Consejo de Guerra.

c) Caso de Fallos, t. 269, p. 181. La autoridad municipal decretó el reintegro del actor a sus funciones, y luego, por medio de un segundo decreto, lo dejó cesante con invocación de un hecho anterior a aquel reintegro. La Corte mantuvo su tesis relativa al "error grave de derecho", pero declaró que ella no regía en la especie, ya que lo que las circunstancias evidenciaban no era un error de esa índole, sino, a lo sumo, un cambio de criterio de la Administración Pública.

d) Caso de Fallos, t. 270, p. 162. Un decreto provincial que otorgaba beneficios impositivos a determinada empresa fue revocado por otro posterior, fundado en que el primero violaba las exigencias de la ley local 4302, según las cuales la exención sólo podía concederse después de que el peticionante hubiese demostrado un aumento del 50% en su pro-

ducción y que los artículos elaborados eran de consumo crítico o se destinaban a la defensa nacional. La Corte estimó que había "error grave de derecho" justificante de la revocación, dado que inicialmente se había acordado la franquicia sin prueba de los requisitos legales.

e) Caso "Mórtola", Fallos, t. 189, p. 209, 1941. Aunque es anterior a "Cáceres Cowan", esta sentencia merece ser recordada por su valor aclaratorio. Las circunstancias fueron estas: el actor es un militar a quien se ha aplicado pena de destitución; en 1928 se dicta un decreto por el que se dispone su reincorporación; en 1930, el Poder Ejecutivo revoca su acto anterior y mantiene para Mórtola el estado de militar destituido. La Corte admite la legitimidad de la revocación, basándose en que el decreto de 1928 había violado el art. 21 de la ley 9675, cuyo texto dice que los militares destituidos pueden ser reincorporados únicamente si prueban el error judicial que ocasionó la baja, prueba que en la causa no se había rendido.

Estos cinco precedentes permiten extraer algunas conclusiones útiles. El Poder Administrador no puede revocar por el solo hecho de haber cambiado el criterio que sustentaba al acto anterior. Asimismo, si la norma ofrece varias posibilidades de interpretación, no es revocable el acto que se funda en una de las interpretaciones posibles, aunque ella no coincida con la de la Administración actual. Es lícito afirmar que la tercera causal queda excluida si el punto de derecho a que ella se refiere es, en verdad, opinable, pues en supuestos de esta naturaleza lo habría no es "error grave" sino, en todo caso, opinión discutible. En cambio, si la norma es precisa y el acto administrativo la desconoce de manera que —con objetividad y buena fe— puede ser calificada de palmaria, la revocación procede. Así acontece: a) cuando hay un requisito legal claramente significativo y la Administración lo ignora; b) cuando la norma impone la acreditación de hechos o condiciones esenciales y el acto administrativo adjudica derechos no obstante la total ausencia de la prueba requerida.

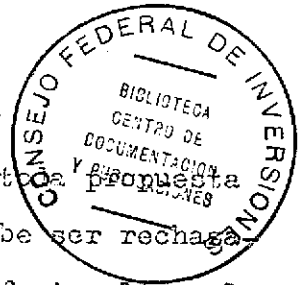
13. Las normas aplicables. Con tales premisas, antes de entrar al examen de los hechos, parece conveniente especificar el marco normativo en que se inserta el problema estudiado. Los aspectos que aquí interesan son los siguientes:

a) La ley de contabilidad de la Provincia de San Luis, n° 3350, t.o., impone la licitación pública en casos como el presente (art. 15); exige que ella se realice de conformidad con pliegos de bases y condiciones generales y particulares (art. 18); dispone que esos pliegos deberán asegurar la mayor concurrencia posible de proponentes, el tratamiento igualitario de ellos, el cotejo de precios y otras "condiciones análogas" (art. 18); establece que serán rechazadas las propuestas que se aparten de las bases de la licitación (arts. 24 y 28); y tácitamente da por cierto el carácter "intuitu personae" del contrato a celebrarse, pues prohíbe su transferencia sin aprobación del Poder Ejecutivo (art. 29).

b) Sin perjuicio de las disposiciones locales, las licitaciones de orden provincial, en la medida en que constituyen un procedimiento de derecho público encaminado a tutelar intereses colectivos, están sujetas, también, a los principios que surgen de la legislación nacional y de la jurisprudencia (Corte Suprema, Fallos, t. 179, p. 249). Y ello porque los principios propios del derecho administrativo integran el ordenamiento jurídico como conceptos generales" (Corte Suprema, Fallos, t. 253, p. 101). Entre tales principios, hay tres que son relevantes: a) los proponentes deben suministrar todos los datos necesarios para su individualización, habida cuenta de que "la obligación que se contrae es personal y todos los contratos administrativos son concluidos intuitu personae" (A. de Laubadere, Traité élémentaire, ed. 1953, p. 438); b) asimismo, deberán acreditar "solvencia", esto es, capacidad económico-financiera; c) se rechazarán las ofertas contrarias al pliego (véase, decreto nacional 6900/63, reglamentación del art. 61, apartados 1, 50 y 67 inciso a).

c) El tercer elemento normativo fundamental a tener en cuenta, es el pliego de condiciones generales y particulares, sobre el cual, en razón de su especial significado, vale la pena hacer algunas observaciones por separado.

14. El pliego. El pliego de condiciones generales y particulares es la base primordial de toda licitación pública. En el caso registrado en Fallos, t. 179, p. 249, la Corte Suprema hizo suya una esclarecedora opinión de Posada, según quien la licitación tiende a "garantir la leal-



dad" en los contratos administrativos y, con este fin, "toda oferta que no puja no conforme al pliego de condiciones es nula y debe ser rechazada". Y en el mismo fallo, el tribunal agregó que si la oferta altera las bases de la licitación, se producen los siguientes efectos:

- a) Se viola el principio de que todos los proponentes deben ser colocados en un pie de perfecta igualdad.
- b) Se transgrede "la forma expresamente prescripta por la ley".
- c) Se desvirtúa la licitación "como procedimiento de garantía para el interés público".
- d) Los funcionarios que aceptan una tal oferta "se exceden en el uso de sus atribuciones legales y en consecuencia el acto no obliga a la entidad jurídica en cuya representación intervinieron".

Es decir que, en resumen, el acto administrativo por el que se resuelve hacer adjudicación a quien formuló una propuesta manifiestamente contraria a las condiciones del pliego, implica, al mismo tiempo, grave error de derecho (letras a y b), violación de formas sustanciales (letra c) y vicio equivalente al de incompetencia (letra d), lo que equivale a decir que es alcanzado por las tres causas de revocación. Así lo prescribe el art. 24 de la ley de contabilidad de San Luis.

15. Las previsiones del pliego. Ello aclarado, lo que resta es aislar del pliego de la presente licitación las previsiones relativas a los ^{tres} ~~dos~~ puntos cuestionados (véase, parag. 2º), para luego confrontarlas con las constancias del expediente, de que hace mérito el Dr. González Arzac:

- a) El cap. V, punto 6º, del pliego exige que los proponentes sean "personas fílicas o jurídicas, con capacidad legal, técnica y financiera". Respecto de las personas físicas, requiere su cabal individualización; y respecto de las personas jurídicas, además de reiterar la exigencia de individualización, prescribe como requisito el de que se hallen debidamente constituidas (incisos a y c).
- b) El cap. V, punto 6º, a su turno, ordena que con la oferta se acompañe "la documentación que acredite la capacidad económica y financiera de los oferentes" (inciso f); y el punto 7º obliga a especificar "el origen de los fondos para cumplir las prestaciones... y onerosidad de los préstamos, si los hubiere" (inciso j).

Frente a este conjunto de condiciones normativas, los datos suminis-

trados por el Dr. González Arzac son: a) la adjudicación se hizo a una sociedad de responsabilidad limitada y a dos personas físicas, agregándose la expresión "y otros" que introduce un factor de absoluta indeterminación en orden a la personalidad de los adjudicatarios; b) la vencedora sería una sociedad anónima futura, aun no constituida; c) la capacidad económico-financiera de ella quedó supeditada a créditos hipotéticos, cuya "onerosidad", desde luego, no fué establecida.

16. La triple violación. El asunto parece ser de una claridad meridiana. Ha habido desconocimiento de esencialísimas bases del pliego y correlativa vulneración de la ley local 3350 y de elementales principios del derecho administrativo argentino. Por ello, hasta aplicar el art. 24 de esa ley y trasladar al caso el criterio de Fallos, t. 172, p. 249 (véase, parag. 14°), reiterado en Fallos, t. 181, p. 306, para extraer una conclusión que ofrece alto grado de seguridad en cuanto a sus posibilidades de acierto. Al dictar el decreto analizado, el P.E. local incurrió en error grave de derecho, en los términos de la jurisprudencia ^{antes} vista; y, además, violó "la forma expresamente prescripta por la ley" y se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, colocándose en una situación indiferenciable de la incompetencia. Ello porque ignoró dos requisitos ineludibles (individualización de los proponentes y existencia jurídica del adjudicatario al tiempo de la adjudicación) e hizo caso omiso de la total ausencia de prueba respecto de un tercer requisito también imperativo (capacidad económico-financiera). De esta forma, desnaturalizó el contrato, al impedir que pueda ser "intuitu personae", e infringió la regla que impone la igualdad de los proponentes (arts. 18 y 24, ley 3350).

17. Síntesis. En resumen, el decreto objetado es un acto administrativo manifiestamente irregular, a cuyo respecto no juegan los principios de la cosa juzgada administrativa. La misma autoridad que lo dictó puede revocarlo en ejercicio de sus facultades de policía jurídica.

18. Advertencia final. Es probable que los adjudicatarios promuevan juicio de nulidad contra el decreto de revocación, si éste se dicta. Pa-

ra el supuesto de que tal cosa ocurriera, la actitud procesal más conveniente, a fin de proteger con entera eficacia los intereses de la Administración Pública provincial, es la siguiente:

a) Contestar la demanda y pedir su rechazo, con apoyo en los argumentos que anteceden, de los que se infiere la nulidad absoluta del decreto de adjudicación y su consiguiente revocabilidad por error grave de derecho, violación de formas sustanciales y vicio colindante con el de incompetencia.

b) Sin perjuicio de ello, contrademandar por nulidad del decreto de adjudicación (704!E-TEM-70), conforme a la explicada línea de razonamiento. La posibilidad de contrademanda por nulidad en situaciones como la planteada fué admitida por la Corte Suprema en el caso "Los Lagos", último considerando. Si la provincia sigue este camino, elimina todos los riesgos, ya que aun en el supuesto -inverosímil- de que la justicia entendiera que no pudo revocar, el decreto de adjudicación caería, de todos modos, por decisión judicial, en consecuencia de sus tres vicios ostensibles, alegados en la contrademanda.

Buenos Aires, 7 de diciembre de 1970.


Julio Cyhanarte