

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "I.P.A.U.S.S. c/ Mazzucchi, Oscar Edison s/ Acción de Lesividad", expte. N° 2071/08 de la Secretaría de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Carlos Gonzalo Sagastume y Javier Darío Muchnik, quedando el acuerdo conformado de la manera indicada. Se deja constancia que la Sra. Jueza María del Carmen Battaini no lo integra por encontrarse en uso de licencia reglamentaria.

ANTECEDENTES

I.- El apoderado del Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social (IPAUSS.), Rubén Darío Moreno, con patrocinio letrado, interpone a fs. 8/27 la presente acción de lesividad (art. 82 y sigs. del CCA), contra el señor Oscar Edison Mazzucchi, solicitando que se dicte sentencia haciendo lugar a la misma y consecuentemente declarando la nulidad de la resolución Director Gerencia Previsional N° 004/04 del 7 de enero de 2004 por ser lesiva al interés público.

Requiere asimismo, se suspenda la ejecución del acto en cuestión y que se condene al demandado a la restitución de todas las sumas que hubiere percibido en virtud del acto cuya nulidad se solicita (resolución DGP N° 004/04), con los intereses correspondientes e imposición de costas (v. fs.8, capítulo II).

En el capítulo III (fs. 8/17) relata los hechos y fundamentos que han llevado al organismo accionante a deducir la presente acción.

Explica que el demandado con fecha 13 de junio de 2000 inicia el trámite de solicitud de jubilación ordinaria; tras la presentación se le hace saber que debía acompañar reconocimiento de servicios ante la ANSES, extremo que se le vuelve a reiterar el 19 de junio de 2001. Agrega que recién el 3 de diciembre del año 2003 y luego de una extensa inactividad, el accionado comunica que con el dictado del decreto municipal N° 830/03 fue designado agente del municipio de Ushuaia.

Argumenta que esa designación duró apenas un mes y seis días, tuvo como objetivo incorporarse al régimen jubilatorio al amparo de la ley 460, que para ese entonces se encontraba derogado-ver fs. 9-.

Indica que en fecha 5 de enero del año 2004 en plena feria previsional y sin dar motivo alguno para su habilitación ya que el caso no lo ameritaba, se remiten las actuaciones para elaboración del dictamen y proyecto del acto administrativo a dictarse. Al día siguiente se expide el dictamen jurídico aconsejando otorgar el beneficio, pronunciándose posteriormente un integrante de la comisión de asuntos previsionales en sentido similar a través del despacho N° 001/2004. Sostiene que la opinión de uno de los integrantes de dicha comisión no es suficiente para ser considerado como dictamen de la misma, por tratarse de un cuerpo colegiado.

Ello así, con fecha 7 de enero de 2004 se emite la resolución cuestionada merced a la cual se concediera el beneficio previsional al demandado.

Narra que el 12 de febrero de 2004 dos de los tres directores integrantes de la Comisión de Asuntos Previsionales se pronunciaron por la revisión de la resolución DGP N° 004/04, habida cuenta de la inexistencia de un dictamen formalmente emitido por esa comisión con carácter previo al acto citado.

Seguidamente esgrime argumentos jurídicos en sintonía con la solicitud de nulidad absoluta del acto cuestionado, sosteniendo en prieta síntesis.

Que la resolución DGP N° 004/04 resulta ser un acto carente de sus elementos esenciales (art. 99 incs. a, b, c, d y e de la Ley N° 141), lo cual aparea la invalidación de dicho acto y de todos sus efectos (fs.9/12).

Entiende que los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa al acto administrativo cuestionado no conducen en absoluto al objeto plasmado en la parte resolutoria del mismo, y que tampoco se ha sustentado en el derecho aplicable. Cita doctrina y jurisprudencia de este Tribunal que entiende son aplicables al caso.

Alude a la ausencia de los presupuestos legales que invariablemente debía reunir el accionado para aspirar al beneficio, haciendo expresa mención al precedente “Linares” de este Estrado – fs. 14-.

En igual sentido, apunta los vicios del procedimiento que vician indefectiblemente el acto puesto en vilo, descalificando el trámite administrativo dado al asunto que, concluyó con la concesión del beneficio aquí cuestionado.

Recorre en apoyatura de su tesis (fs. 15/17) a la teoría del órgano colegiado y al exceso en que incurrió el Director Gerente Previsional a propósito de la resolución criticada, pronunciándose sin los despachos de los otros dos integrantes de la comisión de asesoramiento previsional, en estricta violación a la resolución que instrumenta el funcionamiento de la misma, desoyendo el carácter de obligatorio y vinculante de sus informes.

En el capítulo IV (fs. 17) con sustento en destacada doctrina y fallos del Tribunal, predica acerca de la procedencia de la acción intentada por mandato de la resolución de Directorio N° 611/07 del 24 de octubre de 2007. Alega que por tratarse de vicios insanables que invalidan al acto administrativo, y encontrándose en juego el interés público, su revocación puede plantearse en cualquier momento no siendo pasible de prescripción, hallándose tan solo sometida al plazo de 90 días que estipula el art. 83 de la ley N° 133 en cuanto a la promoción de la acción.

Luego de ofrecer prueba, funda la pretensión en el derecho que considera aplicable y formula reserva del caso federal. Concluye su exposición manifestando que, en atención a las consideraciones que expone, corresponde se dicte pronunciamiento judicial declarando nulo de nulidad absoluta e insanable el acto administrativo instrumentado mediante resolución DGP N° 004/2004, mediante el cual se acordó la jubilación ordinaria al Sr. Oscar Edison Mazzucchi; y que se lo condene a restituir la totalidad de las sumas indebidamente percibidas en virtud de dicho acto, con más los intereses correspondientes y costas.

II.- A fs. 47/50 este Cuerpo resuelve declarar la admisibilidad formal de la demanda por lesividad, corriendo traslado de la misma al Sr. Mazzucchi para que comparezca y la conteste conforme a las reglas del proceso ordinario. En ese mismo acto, se dispone no hacer lugar a la petición de la medida cautelar solicitada.

III.- A fs. 61/67 se presenta el demandado por derecho propio y patrocinio letrado, planteando excepciones de inadmisibilidad de la instancia y prescripción. Sustanciadas las mismas el Tribunal resolvió a fs. 94/96 rechazar la primera y diferir hasta la sentencia definitiva la segunda.

IV.- A fs. 106/113 el demandado por su propio derecho y con patrocinio letrado, contesta el traslado de la demanda interpuesta por el Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social. Solicita el rechazo de la misma en todas sus partes.

Luego de realizar en forma detallada la negativa de los hechos afirmados por la actora (fs. 106/106vta.), sostiene que:

La concesión de la jubilación ordinaria de la que es beneficiario se apega estrictamente a las disposiciones del art. 38 de la ley territorial N° 244, en el juego armónico de lo preceptuado por el art. 77 de la ley N° 561.

Apunta que la resolución cuya lesividad se peticiona fue dictada en el marco de las estrictas atribuciones que le confería al entonces Director Gerente Previsional el ordenamiento vigente

Discrepa acerca de la aplicación al caso del precedente “Linares” pues el accionado se ubicaba en el marco

de lo que estipulaba la propia ley N° 460, ya que se encontraba en condiciones de acogerse al beneficio jubilatorio ordinario dentro de los cinco años posteriores a la fecha que establezca la reglamentación y que no podía exceder del 30 de junio del año 2005. Agrega que conforme lo establece el art. 38 de la ley (t) N° 244 el agente se debía encontrar en funciones y adquirir la condición de beneficiario hasta la citada fecha, particularidad que sostiene, hubo de cumplimentar el demandado. Arguye respecto de su condición de agente municipal, y que su empleadora adhirió solo a los arts. 12 y 39 de la ley N° 460.

Reitera que la propia actora pretende la nulidad de un acto que fue consentido en reiteradas oportunidades por la misma. Aduce como prueba de ello que en atención a lo resuelto en la reunión de directorio N° 50 del 30 de septiembre de 2004 se envió el expediente para su análisis. Luego de ese examen y en virtud de lo ordenado por el entonces Director Gerente Previsional, se dieron de alta aquellos expedientes que no se reputaron lesivos, entre ellos el del demandado. No obstante lo dicho destaca que el beneficio paso un nuevo control administrativo al no ser observada la cuenta, en virtud del control preventivo que efectuó el Tribunal de Cuentas de la Provincia en cumplimiento de lo prescripto por el art. 38 de la ley provincial N° 50. Por lo expuesto sostiene que no puede ahora procurar la anulación del acto, luego de haber ordenado el alta de la prestación, efectuado la correspondiente liquidación, ordenado la cancelación del retroactivo, sin que mediara observación del tribunal fiscalizador, dado que ha cobrado operatividad la cosa juzgada administrativa a partir del 30 de abril del 2005.

Finalmente ataca la resolución que declarara lesivo el acto administrativo, pues la reapertura de su expediente en el seno de la administración sin su participación vulneró su derecho de defensa y la posibilidad de ser oído, criticando la ausencia de notificación a su parte de la resolución indicada en primer término y que impulsa la demanda.

Ofrece prueba (fs.112vta.), plantea la cuestión federal (fs. 113) y peticiona que oportunamente se rechace la demanda en todas sus partes.

V.- Mediante resolución del Estrado de fs. 144/147 se decide rechazar el recurso extraordinario planteado por el accionado respecto del rechazo de su excepción de inadmisibilidad de la instancia oportunamente propuesta; conjuntamente se admite el hecho nuevo denunciado por la demandante a fs. 134/138.

VI.- Por providencia de presidencia del Tribunal obrante a fs. 201 vta., se dispone poner los autos para alegar, actividad procesal que solo fue ejercida por la accionada a fs. 227/228.

VII.- Conferida la vista al Sr. Fiscal ante el Superior Tribunal para que dictamine en los términos del art. 53 del CCA (fs. 226), fue evacuada con la presentación de fs. 232/234, opinando que corresponde hacer lugar a la demanda.

VIII.- Llamados los autos para el dictado de la sentencia (fs.235) y encontrándose la causa en condiciones de ser resuelta, el Superior Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Se encuentra prescripta la acción?

Segunda: Caso contrario. ¿Es fundada la acción de lesividad?

Tercera: ¿Es procedente el reclamo por la devolución de todas las sumas percibidas por el demandado en concepto de haber jubilatorio?

Cuarta: ¿Qué decisión debe dictarse?

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Corresponde en cumplimiento del decisorio que luce a fs. 94/96 abordar en primer término la excepción de

prescripción deducida por la accionada al progreso de la acción, y cuyo tratamiento fuera en su oportunidad diferido para esta etapa procesal.

En tal orden sostuvo la excepcionante que en el presente caso ha operado el plazo de prescripción de dos años enunciado en el art. 4030 del Código Civil; tal aserto en aras de calificar al acto administrativo que se cuestiona como anulable, ello en virtud a los propios términos en que funda la demandante la descalificación del mismo.

He de señalar que la acción de lesividad en estudio -que ha sido normada en nuestra provincia por los arts. 82 y sigs. del CCA.-, es justamente la vía judicial apta para obtener la anulación de actos que han adquirido firmeza, que son inextinguibles en sede administrativa; inclusive aquellos que han generado derechos subjetivos, tal como ocurre con la resolución D.G.P. N° 004/04 del IPAUSS que hoy nos convoca.

De tal suerte resulta oportuno apuntar que en ocasión de adherir a los términos y fundamentos de la colega que liderara el Acuerdo en los autos: "I.P.A.U.S.S. c/ Runicki, Ana s/ Acción de Lesividad", expte. N° 1995/07 de la Secretaría de Demandas Originarias, me incliné por el rechazo del planteo prescriptivo. Se expuso en el citado precedente, siguiendo anterior doctrina del Tribunal 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.) se halla 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".

Completando la idea, opina Hutchinson que "La acción para solicitar la nulidad debe ser imprescriptible, ya que cumple una finalidad purgativa o purificadora, pudiendo decirse que la declaración de nulidad de un acto gravemente viciado es una finalidad relevante, que se cumple 'en interés de la ley' más que en el interés del recurrente...No hay que olvidar la ilegalidad de un acto administrativo es un vicio de orden público que afecta al imperio de la ley, a la certeza del derecho y al accionar de la Administración"; que "La Administración debe revocar el acto nulo en cualquier momento..., y si no puede hacerlo por ella misma tiene que pedir al juez la declaración de nulidad..."; y que "Los actos nulos deben ser imprescriptibles por afectar el orden público, al ser producto del accionar administrativo en contra del 'bloque de legalidad' a que está sometido" (Hutchinson, Tomás, "Ley nacional de procedimientos administrativos", Ed. Astrea, 1993, págs. 498 y 500).

De tal modo, al cobijo de los precisos conceptos transcritos en los dos párrafos anteriores y adelantando mi opinión sobre la cuestión en estudio, debo indicar que por padecer la resolución D.G.P. N° 004/04 de un vicio manifiesto en su causa que la hace pasible de nulidad absoluta, la presente acción que fue incoada para hacer cesar sus efectos resulta imprescriptible. Por lo cual, debe desestimarse la defensa ensayada, votando a la primera cuestión por la negativa.

El Sr. Juez Javier Darío Muchnik por compartir los fundamentos expuestos por el colega preopinante, vota a la cuestión propuesta en igual sentido.

Al segundo interrogante el Juez Sagastume dijo:

1.- Resuelto lo anterior, corresponde ahora dilucidar si la acción de lesividad en análisis resulta fundada. Adelanto mi opinión en sentido favorable a tal aserto, pues el thema decidendum se aprecia sustancialmente análogo al ventilado en los autos caratulados "I.P.A.U.S.S. c/ Manfredotti, Mario s/ Acción de Lesividad", expte. N° 1993/07 SDO, sentencia del 5 de mayo de 2009, pues en ambos casos se cuestiona si es -o no- un requisito o exigencia legal para que un agente público pueda acogerse al régimen establecido por el artículo 12° de la Ley N° 460, que se encuentre en actividad al momento de la entrada en vigencia de dicha normativa.

En el citado precedente siguiendo la doctrina acuñada por el Cuerpo en el caso "Linares" sostuve luego de reproducirse el art. 12° de la Ley N° 460, que "Es sabido que para interpretar las normas debe tenerse en

cuenta su texto, así como su finalidad.

“La tarea interpretativa, además de la consideración del sentido literal del texto normativo, requiere fundamentalmente detectar los fines de la norma, circunstancia que ha sido una pauta constante que el Alto Tribunal Federal ha asumido al sostener que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la norma, pues los jueces no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de aquella, siendo que su interpretación debe realizarse dando pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 303:1965). En ese sentido cabe mencionar, tal como lo ha sostenido el máximo Tribunal, que al momento de interpretar una norma debe indagarse su verdadero alcance teniendo en miras la racionalidad, considerando sus preceptos de manera que guarden coherencia, sin prescindencia de las consecuencias que derivan de la adopción de uno u otro criterio a partir de la intención del legislador, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia. (CSJN Fallos 323:3619; 315:285; 314:1717; 312:1484; 311:2223; 311:2091; 310:500)”.

Luego, ingresando al análisis del tema en debate, se indicó que “En estrictez, el propio texto del art. 12 de la ley 460 anuncia con bastante claridad que el régimen fue creado teniendo en mira al personal que, al momento de su sanción, se encontraba cumpliendo funciones.

Véase que la disposición comienza expresando que se refiere al “personal que se encuentre en condiciones de acogerse al beneficio jubilatorio ordinario”. Luego, no es difícil concluir que si habla del personal no puede pensarse en aquéllos que en el futuro han de serlo.

Refuerza la conclusión antes mencionada las expresiones según las cuales se faculta: “...al Presidente de la Legislatura Provincial, al Superior Tribunal de Justicia y a los señores Ministros en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y sólo por imprescindibles necesidades del servicio a disponer por resolución fundada en tales necesidades, excepciones por el tiempo que subsista tal situación.”. La excepción fundada en razones de servicio implica excluir temporalmente a parte del personal de su incorporación al régimen de jubilación ordinaria anticipada. Es claro, entonces, que se habla siempre de agentes que se encuentran prestando sus servicios, por ser solo éstos los que pueden quedar excluidos del régimen que, en general, se establece para todos aquellos que se encuentran próximos a reunir los requisitos comunes de la jubilación ordinaria.

Pero debe tenerse en cuenta también que el decreto reglamentario del régimen jubilatorio anticipado tuvo como finalidad, entre otras, la de: “a) Bajar el gasto público, pues tiende a disminuir el desbalance de los gastos de las remuneraciones estatales, reduciendo de manera significativa el déficit fiscal y la expansión de la deuda, dado que, en los casos posibles, se tratará de no cubrir los cargos cuyo titular se acoja al régimen.”.

Ello así, resultaría un despropósito admitir que los agentes ingresados con posterioridad a la sanción del régimen legal se encuentran comprendidos entre sus disposiciones. Si la finalidad de adelantar la jubilación obedece a disminuir el gasto público, quiebra el sentido común que puedan incorporarse nuevos empleados públicos con la finalidad de jubilarse. “.

Es oportuno recordar la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica” (Fallos: 312:118 y sus citas).

“Recordemos que la inconsecuencia no se supone en el legislador, ya que es reconocido como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que oponga sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; por lo que es criterio adecuado para la interpretación de las normas seguir aquel que las concilie y deje a todas con valor y efecto”(doctr. Fallos, 305:538, 657).

No es razonable, entonces, interpretar el régimen de modo que contradiga no ya solo el texto normativo, sino la finalidad que se tuvo en cuenta para su sanción.

Por otra parte, constituye doctrina de este Superior Tribunal:”... 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).” (ver autos "GODOY, Antonio Hugo c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE PREVISIÓN SOCIAL -Ordinario- Cobro de Haberes-", expte. N° 016/94 de la Secretaria de Demandas Originaria y su acumulado "INSTITUTO PROVINCIAL DE PREVISIÓN SOCIAL c/ GODOY, Antonio Hugo -Demanda de nulidad y restitución de haberes- expte. N° 001/94, sentencia del 27 de mayo de 1996, registrada en el T° IV F° 192/207).”

De tal modo que conforme a la jurisprudencia citada, solo cabe interpretar el régimen instaurado por el art. 12 de la ley 460 de manera restrictiva.

2.- Aplicando la doctrina que emerge del fallo copiado al caso sub examine, vemos que la ley N° 460 fue sancionada el 15 de diciembre de 1999, promulgada el 27 de diciembre de 1999 (decreto N° 2073) y publicada en el Boletín Oficial de fecha 5 de enero del 2000; y si tenemos que el Sr. Mazzucchi fue designado en la planta de personal de gabinete categoría A.A.P.yP. 20 de la Municipalidad de Ushuaia a partir del día 1° de diciembre del año 2003 (v. copia de decreto municipal 830/03, obrante a fs. 86 del expte. administrativo Letra “M”, Número 6839, año 2000), cabe inferir entonces -sin hesitación alguna-, que el demandado no se encontraba en funciones al momento de entrar en vigencia la norma que estableció el régimen jubilatorio de excepción. Con lo cual, no cumplía con uno de los especiales requisitos que contemplaba dicho régimen.

Adviértase que no se trata tan sólo de una cuestión menor apreciada de forma meramente arbitraria o irrazonable. En la especie nos encontramos ciertamente ante un vicio grave en la causa, en atención a que la resolución D.G.P. N° 004/04 que le concedió el beneficio de la jubilación ordinaria al demandado, fue dictada por el Director Gerente Previsional del IPAUSS sin tener en cuenta un presupuesto de hecho indispensable para el otorgamiento de ese beneficio previsional, que en forma clara y precisa, contemplaba el art. 12 de la Ley N° 460, conforme ha sido destacado precedentemente

3.- Enseña Marienhoff (“Tratado de Derecho Administrativo”, Ed.Abeledo-Perrot, 1993, t.II, págs.298/299), que: “por `causa´ del acto administrativo ha de entenderse los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo. Va de suyo que tales `antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho deben existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto...”.

Dice este mismo autor que “habrá falta de causa o motivo en el acto administrativo cuando los hechos invocados como antecedentes que justificarían la emisión del acto no existieren o fueren falsos, o cuando el derecho invocado para ello tampoco existiere. Todo esto da como resultado que el acto pertinente sea `nulo´ de nulidad absoluta” (Miguel S. Marienhoff, ob. cit., t.II, págs.531/532).

Bajo el prisma de esos conceptos y teniendo en cuenta la conclusión a la que arribé en los capítulos precedentes, juzgo que la acción de lesividad incoada en las presentes actuaciones se encuentra plenamente fundada; porque -tal como lo adelanté- la resolución D.G.P. N° 004/04 adolece de un vicio grave en su causa, al haber omitido, el funcionario del organismo previsional que emitió ese acto administrativo, la consideración de un presupuesto, “antecedente o circunstancia de hecho”, que necesariamente tenía que “existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto”, resultando ser que el Sr. Oscar Edison Mazzucchi debía inexorablemente encontrarse en actividad al momento de entrar en vigencia el régimen previsional al que

pretendía acogerse, extremo que no se verificó.

4.- Tampoco obsta a la solución que propugno la aducida falta de notificación de la lesividad declarada por la administración; ello en primer término dado que tal obligación no emerge de los arts. 82 y sgts. del CCA y en segundo lugar, cabe apuntar que esa declaración no es ejecutoriada en sede administrativa, particularidad no menor pues permite al administrado exponer en este ámbito todas las defensas y probanzas que estime atinentes a su derecho.

Finalmente y no obstante entender que lo dicho es suficiente para declarar inválido el acto cuestionado, quiero agregar que en nada contribuye a modificar la solución alcanzada la predicada falta de adhesión al art. 13 de la ley N° 460 a la que alude el demandado, ello pues entiendo que tal adhesión no era requerida toda vez que la misma solo estaba destinada para los restantes poderes del Estado Provincial.

En atención a todo lo expuesto y en orden a los lineamientos coincidentes en mi voto in re I.P.A.U.S.S. c/ Araya, Miguel Ángel s/ Acción de Lesividad” expte. Nro. 2069/08 sentencia del 14 de diciembre del año 2010, a la cuestión en estudio voto por la afirmativa.

El Sr. Juez Javier Darío Muchnik, por compartir análogos argumentos expuestos por el señor Juez Sagastume, vota en el mismo sentido.

A la tercera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

De conformidad con la respuesta dada al tratar la cuestión anterior, corresponde analizar si es procedente la petición que formula la actora, tendiente a que se condene al demandado a que restituya la totalidad de las sumas que percibiera desde que le fue concedido el beneficio jubilatorio.

En el fallo de este Superior Tribunal de fecha 27 de mayo de 1996, dictado en la causa “GODOY, Antonio Hugo c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE PREVISIÓN SOCIAL s/Ordinario-Cobro de Haberes-”(expte. N° 016/94 SDO) y su acumulado "INSTITUTO PROVINCIAL DE PREVISIÓN SOCIAL c/ GODOY, Antonio Hugo s/Demanda de nulidad y restitución de haberes-“ (expte. N° 001/94 SDO), se debatió sobre la cuestión ahora en estudio, indicándose en el voto de uno de los vocales que integró la mayoría -en postura que comparto- que “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."

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 expresa 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 desde el día en que se le hizo saber la demanda (obra citada, t.IV, págs. 302/303). Advierto 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" (voto del Dr. González Godoy).

Estimo pues procedente agregar a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema Nacional en autos "Rossello, Josefa E. v. Administración Nacional de Seguridad Social" sentencia del 23/9/2003, y en sintonía con el fallo pionero transcrito en los párrafos anteriores, que resulta procedente armonizar la normativa previsional con las directrices que dimanarían del Código Civil; ello en aras de lograr una solución atinada al caso en examen. En esa empresa aprecio que del juego armónico del art. 738 del citado código que establece en su segunda parte que "si el pago fuese de una suma de dinero o de otra cosa que se consuma por el uso, no puede ser repetido por el acreedor que la haya consumido de buena fe." Veamos pues que el precepto enunciado se erige en un vallado que enerva la repetición de lo pagado, siempre y cuando el consumo de la cosa se haya efectuado en el marco de la buena fe, particularidad que se presume al amparo de lo estatuido por el art. 2362 del C.C.

De tal suerte, conforme la doctrina fijada por el cimero Tribunal, la tarea interpretativa debe integrarse de modo acorde con el Código de fondo, por ende con lo preceptuado por arts. 786 y 1055 de dicho plexo, en tanto el primero de los nombrados configura la ausencia de obligación del accipiens de reintegrar los réditos de aquel poseedor de buena fe y respecto del último consagra ante la ausencia de mala fe, la excepción a la regla estatuida por el art. 1052 del C.C., es decir que desaparece la obligación de restituir las cosas fungibles consumidas de buena fe.

Dicho esto el organismo accionante, no ha alegado o denunciado, ni surge de las constancias que emergen de las actuaciones administrativas, que el Sr. Mazzucchi “haya incurrido en actitud dolosa” o que haya sido quien provocó el dictado del acto administrativo impugnado en la especie aplicando “medios ilícitos”. En consecuencia, entiendo que los efectos de la anulación -en el particular caso de autos- deben ser ex nunc; pues es aquella notificación la que modifica la posición psicológica de quien creía percibir de buena fe. Finalmente estimo que la solución que se propicia es la más indicada atento a la naturaleza previsional de la cuestión bajo análisis

Por todo lo expuesto, considero que el reclamo de la parte accionante sólo debe prosperar respecto de las sumas que fueron devengadas en períodos posteriores a la fecha en la que le fue notificada la demanda de autos.

En lo que atinge a los argumentos esgrimidos por la actora en torno a su planteo admitido como hecho nuevo por el Tribunal en el que denunciara la percepción indebida de haberes durante el lapso comprendido entre el 2 de octubre de 2006 y el 3 de junio de 2009, en infracción a lo dispuesto por el art. 84 de la ley (t) 244 concordante con el actual art. 66 de la ley 561, entiendo que los mismos no tienen aptitud para torcer la decisión alcanzada, pues instrumentan circunstancias que no atañen directamente al objeto de la litis, en la especie, la lesividad de la resolución DGR N° 004/04 emitida el 7 de enero del año 2004. Basta reparar que ninguna referencia a ello efectúa la resolución N° 611/07 que motivara la promoción de la presente acción; ello aunado a que en las actuaciones administrativas que vengo citando se están ventilando las consecuencias de la presunta inobservancia y que juzgo ajenas a esta controversia.

El señor Juez Javier Darío Muchnik comparte y hace suyos los conceptos vertidos por el vocal preopinante acerca de la cuestión en estudio, votando en los mismos términos.

A la cuarta cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

En atención a la respuesta dada al tratar las cuestiones anteriores y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado a fs. 232/233 por el Sr. Fiscal ante este Tribunal, corresponde: 1°) Rechazar la excepción de prescripción articulada; 2°) Hacer lugar a la demanda de lesividad incoada a fs 8/27 dejando sin efecto la resolución D.G.P. N° 004/2004 de fecha 7/01/04, que concedió el beneficio de jubilación ordinaria al Sr. Oscar Edison Mazzucchi con fundamento en lo dispuesto por los artículos 12° de la Ley N° 460 y 1°, 6° y 9° del Decreto N° 223/00, por ser lesiva al interés público y causar perjuicio patrimonial al organismo previsional; 3°) No hacer lugar al pedido de reintegro de los haberes previsionales devengados con anterioridad a la notificación de la demanda de autos, producida el día 24 de junio de 2008 (v fs. 60 vta.); 4°) Condenar al demandado a devolver las sumas que en concepto de jubilación percibió en períodos posteriores a la fecha recién citada, con intereses desde el día en que cada haber mensual le fue abonado hasta su efectivo reintegro, los que serán calculados aplicando la tasa de interés promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego (conf. al criterio sentado in re: “Escobar, José c/ Expocar S.A s/ Despido” - Expte N° 934/06 STJ - SR., sent. del 31 de octubre de 2.006, registrada en T° XII, F° 718/729).

Las costas serán distribuidas por su orden, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 59 del CCA, incorporado por el art. 1° de la ley N° 636. Así lo voto.

El señor Juez Javier Darío Muchnik, por análogas razones a las invocadas por el señor Juez Sagastume, vota

la presente cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 12 de diciembre de 2012.

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

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- RECHAZAR la excepción de prescripción deducida.

2°.- HACER LUGAR a la demanda de lesividad incoada a fs 8/27 dejando sin efecto la resolución D.G.P. N° 004/2004 de fecha 07/01/04, que concedió el beneficio de jubilación ordinaria al Sr. Oscar Edison Mazzucchi con fundamento en lo dispuesto por los artículos 12° de la Ley N° 460 y 1°, 6° y 9° del Decreto N° 223/00, por ser lesiva al interés público y causar perjuicio patrimonial al organismo previsional.

3°.- NO HACER LUGAR al pedido de reintegro de los haberes previsionales devengados con anterioridad a la notificación de la demanda de autos, producida el día 24 de junio de 2008.

4°.- CONDENAR al demandado a devolver al organismo previsional las sumas que en concepto de jubilación percibió en períodos posteriores a la fecha recién citada, con intereses desde el día en que cada haber mensual le fue abonado hasta su efectivo reintegro, los que serán calculados aplicando la tasa de interés promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego.

5°.- DISTRIBUIR las costas en el orden causado (conf. art. 59, segundo párrafo, CCA).

6°.- MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Firmantes Jueces: Sagastume y Muchnik

Registro TOMO LXXX F° 27/37.