

**AFIP - DGI s/ Solicita revocación de acto administrativo -
Acción de lesividad cont. adm.**

A.212, L. XLVII

Procuración General de la Nación

11/10/2011

Derecho Administrativo. Actos de la Administración Pública. Acto Administrativo.

Acción de lesividad iniciada por la AFIP (art. 17 ley 19.549). Pretensión de nulidad de acto administrativo que concede un beneficio fiscal y se encuentra en cumplimiento. Falta de acto que declare la lesividad y la postura definitiva de la Administración, emanada de órgano competente. Ausencia del presupuesto lógico de la demanda. Actuaciones administrativas que señalan distintos argumentos. Rechazo de la acción. Esencia del Poder Judicial federal: decidir colisiones efectivas de derechos.

La acción de lesividad, prevista en el art. 17 in fine de la ley de procedimientos administrativos -aplicable supletoriamente en la especie en virtud de lo normado por el art. 116 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificatorias)- tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido.

Tal como afirmó este Ministerio Público, en criterio que hizo suyo esa Corte se trata de "un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad".

Es dable advertir que estamos frente a una actividad de la Administración, que implica un despliegue de facultades administrativas las que, como es regla, han de desarrollarse dentro del cauce de un procedimiento administrativo. Las facultades de que trata el art. 17

de la ley 19.549, sea que el acto irregular pueda ser revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa (primera parte) o bien que, por las mencionadas razones, su revocación deba instarse ante el Poder Judicial (segunda parte), han de desenvolverse en el marco de una interpretación armónica del articulado de la ley 19.549, dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que, en el primer caso, revoque el anterior o bien, para el segundo, declare la lesividad del acto, eventualmente -en ejercicio de lo normado en el art. 12 de la misma ley- suspenda sus efectos, y finalmente dé la instrucción pertinente, por parte del órgano competente, para que se proceda al inicio de la acción judicial.

Ello es también derivación necesaria e indubitable de lo establecido por la misma ley de procedimientos administrativos en sus arts. 1, 7 y cc., y que asimismo halla su fundamento en elementales razones que hacen al derecho de defensa del particular involucrado, quien ha de participar en dicho procedimiento a fin de poder ser oído y ofrecer las razones que hagan a su derecho (arg. art. 1, inc. f, de dicha ley).

Sostener lo contrario importaría tanto como dejar librada la posibilidad de permitir a un abogado del Estado que, sin orden expresa, inicie por su solo ímpetu una pretensión de nulidad de un acto emanado de alguno de los órganos por él representados, lo que sin duda alguna resulta inadmisibile, y contrario a lo normado por los arts. 1 y cc. del decreto 411/80 y sus modificaciones. En efecto, si bien la AFIP es un ente autárquico que se desempeña en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 1 del decreto 1156/96, y decreto 618/97), queda abarcado por lo normado en el art. 1 del citado decreto 411/80, sin que su representante haya acreditado en estas actuaciones la pertinente autorización del órgano superior que rige su actuación o bien del órgano en el cual eventualmente se haya delegado tal función.

Ante la ausencia de un acto administrativo que declarase de manera expresa la lesividad del acto del 27 de julio de 2004, la demanda intentada no resulta proponible. La ausencia del acto señalado deja entrever que la actuación requerida aquí al Poder Judicial de la Nación guarda inaceptable semejanza con una suerte de consulta para que, en definitiva, sea éste quien fije la postura que la Administración debió tomar respecto del pedido del particular sobre el beneficio fiscal aludido, tarea que es impropia de aquél.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

A fs. 489/503 vta., el Juez Federal de Río Cuarto rechazó la acción de lesividad iniciada por la Jefa de la División Jurídica a cargo de la Dirección Regional Río Cuarto de la AFIP, promovida en los términos del art. 17 de la ley 19.549, a fin de obtener la declaración judicial de nulidad del acto administrativo del 27 de julio de 2004, dictado por el Jefe del Distrito Hernando de la AFIP, por medio del cual se había aprobado el traslado de derechos y obligaciones fiscales relacionada con la reorganización societaria de las empresas Bunge Argentina S.A. y Bunge Ceval S.A. -absorbida por la primera-, en los términos de los arts. 77 y cc. de la ley 20.628 (y sus modificaciones) y de sus normas reglamentarias.

En su demanda, la representante del Fisco Nacional sostuvo que durante una fiscalización realizada a Bunge Argentina S.A. con posterioridad a la solicitud del beneficio fiscal se comprobaron extremos que tornaban inadmisibles su concesión. Indicó que la franquicia fue tramitada considerando que se trataba de un conjunto económico, definido en los términos del inc. c) del citado art. 77 de la ley del gravamen, y del inc. c) del art. 105 de su reglamento, razón por la cual -erróneamente, según su criterio- se consideró innecesario el cumplimiento de los puntos I a IV del segundo párrafo de este último.

Sin embargo, como surgió de la citada fiscalización, como así de una serie de dictámenes técnicos emitidos luego, al haber formulado la empresa la reorganización en los términos del inc. a) del art. 77 de la ley (fusión por absorción), resultaba que se habían incumplido los siguientes requisitos: a) Bunge Argentina S.A. (empresa dedicada a la actividad financiera y de inversión) no acreditó haber desarrollado, desde por lo menos en los doce meses anteriores a la reorganización, actividades iguales o vinculadas a las de la absorbida, Bunge Ceval S.A. (fabricación de aceites vegetales y venta al por mayor de granos y oleaginosas), tal como lo exige el punto III, del segundo párrafo del art. 105 del reglamento; b) no haber continuado al menos durante dos años con las actividades de las empresas reorganizadas, tal como lo requiere el primer párrafo del art. 77 de la ley, y el punto II del art. 105 de su reglamentación; c) la operación no pudo ser encuadrada dentro del inc. c) del art. 77 de la ley 20.628, puesto que hubo una fusión por absorción, de la que resultó disuelta Bunge Ceval S.A., dado que tal inciso regula únicamente la mera transferencia de bienes entre empresas del mismo grupo pero que continúan subsistentes luego de la reorganización.

A juicio de la representante del Fisco Nacional, tales extremos constituyen vicios que conllevan la nulidad absoluta e insanable del acto del 27 de julio de 2004 y que debía acudirse ante la Justicia para obtener la declaración de su nulidad, por haber sido notificado al administrado y por estar generando derechos subjetivos que se están cumpliendo.

El juez sostuvo, en primer término, que la acción de lesividad es la que habilita a la Administración para impugnar, mediante una pretensión anulatoria ejercida ante el órgano judicial competente, un acto administrativo irrevocable por haber declarado derechos a favor de un particular, a pesar de resultar ilegal y lesivo de sus intereses. Tras constatar la inexistencia de un acto de la AFIP que declarase que el acto impugnado resultaba lesivo, enunciando los vicios atribuidos, destacó que tal recaudo no constituye una exigencia procesal en el orden federal a los efectos de habilitar este proceso judicial.

Con relación al fondo del asunto, expresó que, a tenor de las normas que rigen el beneficio en cuestión como así de las medidas probatorias llevadas a cabo, no se advertía causal alguna de nulidad del acto cuestionado, dado que Bunge Argentina S.A. cumplió con todos los requisitos legales establecidos.

En efecto, por una parte, quedó demostrado que desde la fecha de la reorganización y durante los tres años subsiguientes, fabricó aceites vegetales y vendió granos, tal como lo había hecho antes Bunge Ceval S.A., dando cumplimiento así a lo normado por el art. 77, primer párrafo, de la ley 20.628. Por otro lado, estimó que resultaba indiscutible la existencia de un conjunto económico entre ambas empresas, dado que Bunge Argentina S.A. poseía al 31/2/2001 el 99,99% del paquete accionario de la otra firma, sin que fuera requisito legal para la aplicación del inc. c) del art. 77 de la ley del gravamen la subsistencia de ambas sociedades. Y, al encuadrar el caso en el citado inc. c), no era preceptivo cumplir lo requerido por el punto III del art. 105 del reglamento, puesto que éste rige sólo para las operaciones de los incs. a) y b).

Por último, y dada la manera en que resolvió el litigio, se tornaba innecesario tratar la excepción de prescripción opuesta en subsidio por la demandada.

- II -

A su turno, la Sala "A" de la Cámara Federal de Córdoba, a fs. 619/629 vta., confirmó lo decidido por la instancia anterior en lo que aquí importa.

Para así resolver, realizó un pormenorizado estudio del acto del 27 de julio del 2004, a tenor de lo regulado por los arts. 1º, 7º y cc. de la ley de procedimientos

Procuración General de la Nación

administrativos, concluyendo que poseía todos los elementos esenciales del acto administrativo, tanto de fondo como de forma, llegando a un resultado coincidente con el del juez de la instancia anterior en cuanto a su regularidad y validez, por lo cual rechazó la demanda.

- III -

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 644/662 vta.

En síntesis, insiste en sus argumentos tendientes a demostrar que la reorganización empresarial realizada por Bunge Argentina S.A. no resultó ajustada a las reglas de la ley del gravamen para ser merecedora de la dispensa de su art. 77.

Expresó que la sentencia recurrida es arbitraria, porque no es derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa.

- IV -

De manera preliminar, es oportuno poner de relieve que la acción de lesividad, prevista en el art. 17 *in fine* de la ley de procedimientos administrativos -aplicable supletoriamente en la especie en virtud de lo normado por el art. 116 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificatorias)- tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (arg Fallos: 250:491; 302:545; 314:322, entre otros).

Tal como afirmó este Ministerio Público, en criterio que hizo suyo esa Corte en Fallos: 310:1045, se trata de "*un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y a cuyo través se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad*".

Es dable advertir que estamos frente a una actividad de la Administración, que implica un despliegue de facultades administrativas las que, como es regla, han de desarrollarse dentro del cauce de un procedimiento administrativo. A mi modo de ver, las facultades de que trata el art. 17 de la ley 19.549, sea que el acto irregular pueda ser revocado

por razones de ilegitimidad en sede administrativa (primera parte) o bien que, por las mencionadas razones, su revocación deba instarse ante el Poder Judicial (segunda parte), han de desenvolverse, como indiqué, en el marco de una interpretación armónica del articulado de la ley 19.549, dentro del preceptivo carril de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que, en el primer caso, revoque el anterior o bien, para el segundo, declare la lesividad del acto, eventualmente -en ejercicio de lo normado en el art. 12 de la misma ley- suspenda sus efectos, y finalmente dé la instrucción pertinente, por parte del órgano competente, para que se proceda al inicio de la acción judicial.

Así lo ha expresado autorizada doctrina, al señalar que el art. 17 de la ley 19.549 ordena a la Administración la revocación del acto irregular “aun” en sede administrativa, y que esa valoración o declaración administrativa de nulidad “*esto es, la anulación ‘no ejecutoria’ como presupuesto lógico de la demanda (...), la ejecución de la pretensión anulatoria sólo puede obtenerse mediante la sustanciación del pertinente proceso judicial*”, agregando que “*la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio ‘no ejecutorio’ o ‘declarativo de la lesividad’, pues éste viene a constituir el presupuesto lógico de la demanda*” (Julio R. Comadira, Procedimientos Administrativos - Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002, tomo I, ps. 344 y ss.).

Estimo que ello es también derivación necesaria e indubitable de lo establecido por la misma ley de procedimientos administrativos en sus arts. 1º, 7º y cc., y que asimismo halla su fundamento en elementales razones que hacen al derecho de defensa del particular involucrado, quien ha de participar en dicho procedimiento a fin de poder ser oído y ofrecer las razones que hagan a su derecho (arg. art. 1º, inc. f, de dicha ley).

Además, y a todo evento, sostener lo contrario importaría tanto como dejar librada la posibilidad de permitir a un abogado del Estado que, sin orden expresa, inicie por su solo ímpetu una pretensión de nulidad de un acto emanado de alguno de los órganos por él representados, lo que sin duda alguna resulta inadmisibles, y contrario a lo normado por los arts. 1º y cc. del decreto 411/80 y sus modificaciones. En efecto, si bien la AFIP es un ente autárquico que se desempeña en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas (art. 1º del decreto 1.156/96, y decreto 618/97), a mi modo de ver queda abarcado por lo normado en el art. 1º del citado decreto 411/80, sin que su representante haya acreditado en estas actuaciones la pertinente autorización del órgano superior que rige su actuación o bien del órgano en el cual eventualmente se haya delegado tal función.

Procuración General de la Nación

- V -

Así las cosas, tal como lo advirtieron las instancias anteriores, en la presente causa la representante de la AFIP inició este expediente sin contar con el acto indicado que declarase la lesividad.

En su demanda, la actora hizo mención a los vicios que, en su criterio, invalidan el acto cuya impugnación persigue, y destacó que se habían expedido en ese sentido diversas instancias asesoras internas del organismo fiscal.

Una simple constatación de los antecedentes administrativos aportados a la causa permiten observar que son diversos y distintos los puntos de vista esgrimidos en cuanto a los defectos imputados al acto del 27 de julio de 2004. En efecto: a) a fs. 85 obra una nota de los inspectores actuantes, del 13 de febrero de 2004, en la que informan que no correspondería conceder el beneficio, toda vez que la peticionante encuadró su reorganización como “fusión por absorción”; b) fs. 87/88, 89 y 90, lucen diversas actuaciones de la Región Río Cuarto de las cuales surge que no habría óbices para la obtención de la franquicia; c) fs. 91/93, el dictamen jurídico n° 406/2004, del 23 de junio de 2004 (firmado por quien luego iniciara la presente acción), del cual surge que se habría cumplido con los requisitos para el goce del beneficio en cuestión; d) fs. 107/108, nota 994/04, del 10 de septiembre del 2004, de la Dirección de Asesoría Técnica, en la que informa sobre la disparidad de criterios existente al interior del organismo en cuanto a la posición de Bunge Argentina S.A. con respecto al cumplimiento de los requisitos del art. 77 de la ley del gravamen; e) fs. 120/124, nota de la Dirección de Asesoría Técnica, del 20 de febrero de 2005, en la que se sostiene que la reorganización realizada no ha cumplido con el requisito del primer párrafo del citado art. 77 de la ley 20.628, al no haber continuado durante los dos años subsiguientes con las actividades que venían desarrollando sus antecesoras; f) fs. 132/133, dictamen jurídico 461/05 (DV JUCO), del que parece surgir que Bunge Argentina S.A. no habría dado cumplimiento al requisito de continuar al menos durante dos años con la actividad de las empresas antecesoras.

Como común denominador del panorama brindado por todas esas actuaciones administrativas, emanadas de una pluralidad de reparticiones de la actora, surge la “disparidad de criterios” habida entre las Dirección Regional Río Cuarto y la Dirección Regional Córdoba de la AFIP (ver dictamen jurídico 461/05, citado, fs. 132), las que esgrimieron argumentos encontrados y puntos de vista divergentes, sin que, como quedó dicho, se haya dictado un acto administrativo que fijase la postura definitiva de la Administración, emanada del órgano competente para ello.

Sabido es que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial federal decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 12:372; 94:444; 243:176; 308:2147, entre muchos otros). Asimismo, como ha sostenido esa Corte, *“el principio indicado surge de la jurisprudencia norteamericana, que también requiere una controversia definida, concreta, real y sustancial, que admita remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cuál sería la norma en un estado de hecho hipotético”* (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851; 326:1007, entre otras).

En las condiciones señaladas, insisto, ante la ausencia de un acto administrativo que declarase de manera expresa la lesividad del acto del 27 de julio de 2004, estimo que la demanda intentada no resulta proponible. A mi modo de ver, en verdad, la ausencia del acto señalado deja entrever que la actuación requerida aquí al Poder Judicial de la Nación guarda inaceptable semejanza con una suerte de consulta para que, en definitiva, sea éste quien fije la postura que la Administración debió tomar respecto del pedido del particular sobre el beneficio fiscal aludido, tarea que es impropia de aquél.

- VI -

En virtud de lo expuesto, y por las razones aquí vertidas, opino que corresponde rechazar la demanda

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011

ES COPIA LAURA M. MONTI


ADRIANA E. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuraduría General de la Nación
16/08/11.