

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY



**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Jueces Federales de la
República Argentina



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

**BASES PARA LA LIBERTAD
EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO
ARGENTINO**

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FISCALIS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**

1ª Edición: Enero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Blanco / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

578 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-2-3

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

**COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN DE DOCENTES
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Presidente	Leandro A. Martínez
Vicepresidente	Graciela Cristina Wüst
Secretario	Enrique Alonso Regueira
Prosecretario	Ignacio Bence Pieres
Tesorero	Ariel Cardaci Méndez
Protesorero	Guido Dubinski
Vocales Titulares	Rodolfo Facio Néstor Losa Aurora Besalú Parkinson Alberto Antonio Spota Esteban Furnari Roberto Furnari
Vocales Suplentes	Orlando Javier Moreno Elisabeth Inés Berra María Sol Flores Collazo Fabiana Compiani Mabel Dellacqua Diego Alberto Dolabjian Diego Freedman Erica Elizabeth Gorbak Fermín Pedro Ubertone Matías Posdeley Paula Eugenia Rodríguez Augusto Alfonso

COMISIÓN REVISORA DE CUENTAS

Titulares	Silvia Tanzi Gustavo Mason Felipe Agustín Fuertes
Suplentes	Juan Ignacio Stampalija Martín Haissiner

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

ESCRIBEN

RICARDO LORENZETTI

Es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Jurista argentino de larga trayectoria en el mundo académico que comenzó en la Universidad Nacional del Litoral (provincia de Santa Fe) y luego, por concurso público, culminó como catedrático de “Contratos Civiles y Comerciales”, en la Universidad de Buenos Aires. Doctor Honoris Causa de la Universidad del Litoral; Doctor Honoris Causa de la Universidad de Tucumán, Doctor Honoris Causa de la Universidad del Nordeste; Miembro de la Academia de Derecho de Córdoba; Miembro de la Academia de Derecho del Perú; Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Venera “Ius Ambiens-Lumen Orbis”, otorgado por la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas de México. En la Universidad de Buenos Aires dirige la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, y el Programa de “Contratos de Empresa”. Fue Profesor de Posgrado en las Universidades de Palermo, Austral, Católica, de Ciencias Sociales y Empresariales, de la Universidad Nacional del Litoral, de la Universidad Católica de Rosario, de la Universidad de Tucumán, de la Universidad de Mendoza. Ha dictado cerca de 600 conferencias, publicado 200 artículos en revistas jurídicas y casi 40 libros en Argentina y en el extranjero.

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Es Abogado y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular de Posgrado en la Universidad Nacional de La Matanza y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinador del Área de Derecho Administrativo de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez en lo Contencioso Administrativo Federal. <https://uba.academia.edu/alonsoregueira>.

GUSTAVO AMESTOY

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo y Financiero por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Belgrano. Profesor adjunto interino de Elementos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Cátedra Dr. Balbín. Docente en otras instituciones. Secretario de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor de artículos de la especialidad.

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

Es Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Emérito en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de posgrado en dicha casa de altos estudios, en la Universidad Austral, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y otras universidades y organizaciones públicas y privadas de nuestro país y del extranjero. Autor de un libro y

numerosas publicaciones sobre la especialidad y teoría general del Derecho. Juez de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal retirado.

DIEGO FREEDMAN

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto interino de su Departamento de Derecho Económico – Derecho Tributario, cátedra de la Dra. Fabiana Schafrik. Juez del Tribunal Oral de Menores nro. 2. Becario de C.E.J.A. Fue consultor de UNICEF Argentina. Asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, del Senado de la Nación y del Consejo de la Magistratura de la Nación. Director de la Unidad de Derechos Humanos, Género, Trata de Personas y Narcotráfico del Consejo de la Magistratura de la Nación. Secretario de la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

CÉSAR VILLENA

Es Abogado, Licenciado en Historia y Máster en Derecho & Economía y en Energía por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto interino de su Departamento de Ciencias Sociales - Elementos de Análisis Económico y Financiero. Profesor adjunto interino de la materia Introducción a la Economía y Jefe de Trabajos Prácticos de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Es Abogado y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Autor de libros y otras publicaciones sobre la especialidad. Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y Magíster en Finanzas por la Universidad de San Andrés. Autor de trabajos de investigación sobre Derecho administrativo y de los libros *Teoría General del Derecho administrativo* (2021) y *La calidad financiera de los emisores de deuda soberana* (2023). Docente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Legal y Técnico de la Municipalidad de Lanús. Fue profesor invitado en diferentes universidades y escuelas de Derecho. Director de numerosas tesis de maestría. Abogado y funcionario en diferentes espacios del sector público nacional y del sector privado. Entre ellos, abogado relator en la Procuración del Tesoro de la Nación e invitado en la reunión plenaria de las Comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación.

FABIANA H. SCHAFRIK

Es Abogada, Especialista en Derecho Tributario y Doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Cátedra por concurso en la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y Profesora de la Maestría en Derecho Tributario y Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente en otras universidades del país. Autora de trabajos sobre derecho público. Jueza de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de

Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GABRIELA SEIJAS

Es Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Profesora adjunta regular en la Universidad de Buenos Aires y Docente de grado y posgrado en la Universidad de San Andrés. Autora de numerosas publicaciones de la especialidad. Jueza de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ALBERTO SPOTA

Es Abogado y Profesor Regular por concurso de Elementos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Ex Presidente de su Asociación de Docentes.

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Es profesora en la Universidad de Oviedo y letrada del Tribunal Constitucional de España.

LUIS CASARINI

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Aduanero por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Autor de numerosas publicaciones en revistas jurídicas especializadas sobre cuestiones vinculadas al Derecho Público, con particular referencia al Derecho Administrativo.

JULIO C. DURAND

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular en la Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (CEMA). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Administrativo* (editorial Lexis Nexis). Autor de diversas publicaciones y panelista en actividades sobre la especialidad.

RODOLFO EDUARDO FACIO

Es Docente de grado y de posgrado en materias de Derecho Administrativo y Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en diversas Universidades. Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

HERNÁN EDUARDO GERDING

Es Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

PABLO ESTEBAN PERRINO

Es Profesor de grado de la Universidad Nacional de La Plata y de postgrado en esa misma casa de altos estudios y en la Universidad Austral, Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de Cuyo y en la Universidad Externado de Bogotá, Colombia.

Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Secretario del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogacía de La Plata. Autor de numerosos libros y otras publicaciones de la especialidad en la Argentina y el extranjero. Socio del Estudio Cassagne Abogados.

ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Maestrando en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Austral. Docente en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Matanza. Director Nacional de Asuntos Judiciales en la Procuración del Tesoro de la Nación. Autor de varias publicaciones en revistas nacionales.

PEDRO ABERASTURY

Es Doctor en Derecho en la especialidad de Derecho Administrativo y Profesor Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor en distintas Universidades del país y del extranjero. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Fue Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

MARÍA ROSA CILURZO

Es Abogada y Profesora de grado de Derecho Administrativo y Titular de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Procedimientos Administrativos en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Jueza en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es autora de diversas publicaciones. Ha participado en cursos de especialización, talleres y seminarios. Fue Becaria del Seminario de Doctorado organizado por el Servicio Alemán de Intercambio Académico en la Universidad de Erfurt, Alemania (2009-2012). Expositora en el Primer Congreso Internacional de Abogacía Pública en Buenos Aires (2008). Panelista en talleres, congresos y jornadas nacionales e internacionales.

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

Es Abogado, Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública y Jefe de Trabajos Prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra del Dr. Gallegos Fedriani, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de posgrado en diversas Universidades. Vocal de la Comisión Evaluadora de Ofertas, Jefe del Departamento de Adjudicaciones y Miembro del cuerpo de abogados de la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA). Coautor de libro *Contratos de la Administración. Teoría y práctica* y autor de diversas publicaciones de la materia. Profesor de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

PABLO A. LISTE

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia y Magíster en Derecho por la Universidad de Palermo. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo y también de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretario Letrado en la Cámara en lo

Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

NATALIA MORTIER

Es Profesora Regular Adjunta de la Cátedra del Dr. García Pullés en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

FERNANDA OTERO BARBA

Es Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad A Coruña. Maestranda en Derecho Digital, Inteligencia Artificial y Blockchain por la Universidad de Vitoria Gasteiz. Coordinadora Académica de la Diplomatura en Derecho Sanitario de la Universidad Austral.

ANAHÍ FLAVIA PÉREZ

Es Profesora Adjunta de Derecho Constitucional Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesora de posgrado en distintas universidades del país. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

Es Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Especialista en Derecho Administrativo y en Administración Financiera del Sector Público Nacional y Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Magister en Globalización, Liberalización Económica e Intervención Administrativa por la Universidad Carlos III. Profesor Adjunto Regular en la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de grado en la Universidad del Salvador y de posgrado en la Universidad de Belgrano. Autor y coautor de libros y otras publicaciones de la especialidad, entre las que destaca el libro *La finalidad en los actos estatales*, Argentina, Marcial Pons, 2024.

GUSTAVO J. THOMAS

Es Abogado y Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional de Rosario. Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas por la Universidad Austral. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho Administrativo por concurso y Profesor invitado en el Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Rosario. Profesor Invitado en la Especialización Derecho Laboral, Universidad Católica Argentina. Profesor de la Tecnicatura en Derecho Procedimiento Administrativo Federal en la Universidad Austral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Mérito Jurídico, Mención de Honor 2008, 2010 y 2012, Colegio de Abogados de Rosario. Premio Mérito Jurídico 2013, Colegio de Abogados de Rosario. Autor de libros y publicaciones varias.

LEONARDO MARCO TOIA

Es Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SUSANA E. VEGA

Es Abogada y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Académica de la Maestría y de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Subdirectora Departamento Derecho Público II y Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

MARÍA FLORENCIA ZICAVO

Es Abogada. Máster en Extranjería e Inmigración. Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública (con tesis pendiente de defensa). Especializada en Derecho Procesal. Docente universitaria. Jefa de Gabinete del Ministerio de Justicia. Comisionada de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE). Coordinadora y coautora del primer libro de derecho migratorio en la República Argentina: Régimen migratorio y de ciudadanía argentino, editorial Eldial.com. Reconocido en noviembre de 2022 por la Legislatura porteña de Interés para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos. Autora de múltiples publicaciones en materia de Derecho Administrativo y de Derecho Migratorio. Fue relatora de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

ÍNDICE

Prolegómenos	27
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA	
Prólogo	29
MARCELO DANIEL DUFFY	
Innovación, tecnología y Ambiente	31
RICARDO LORENZETTI	
U M B R A L	
El ocaso de la discrecionalidad	43
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA	
1. Aurora	43
2. Control de legitimidad	46
3. Presunción de legitimidad.....	47
4. Control de legalidad	50
4.1. Deber de fundamentación.....	50
4.2. Hechos	54
4.3. Conceptos jurídicos indeterminados	56
4.4. Discrecionalidad técnica.....	58
4.5. Legalidad y discrecionalidad sancionatoria.....	61
(i) <i>Previsibilidad y precisión</i>	63
(ii) <i>Discrecionalidad circumscripta</i>	64
5. Control de razonabilidad.....	67
5.1. Marco normativo	68
5.2. Mecánica del principio	69
5.3. La búsqueda de la finalidad	70
5.4. Razonabilidad por adecuación (desviación de poder).....	71
5.5. Razonabilidad por proporcionalidad.....	73
5.6. Razonabilidad por necesidad.....	73
5.7. Razonabilidad convencional.....	77
6. Interdicción de sustitución	80
7. Crepúsculo.....	81
8. Ocaso	84

El plazo razonable en la reforma del Decreto Ley 19.549	89
GUSTAVO AMESTOY	
1. Introducción	89
2. Consideraciones acerca del plazo razonable antes de la reforma de la LPA.....	93
3. El plazo razonable en la nueva redacción de la LPA	94
4. El plazo razonable y la tutela administrativa efectiva.....	95
5. Contornos y alcances de la noción de plazo razonable.....	98
6. Conclusiones	103
La confianza legítima en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos	107
PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO	
1. Introducción	107
2. Evolución.....	108
3. La protección de la confianza en la República Argentina	111
4. El contenido y encuadre de la confianza legítima.....	112
4.1. Comparación con otros institutos jurídicos	112
4.2. Interpretación jurídica, sustento jurídico y alcances	113
5. La confianza legítima en la jurisprudencia argentina	115
5.1. Los primeros pasos	115
5.2. La recepción con su propio nombre.....	116
5.3. La sentencia en el caso “Grupo Clarín”	118
5.4. Otros casos de la Corte Suprema	119
5.5. Precedentes de otros fueros	120
6. El artículo 1067 del Código Civil y Comercial.....	122
7. Conclusión.....	123
La transparencia en el procedimiento administrativo y tributario según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación	125
DIEGO FREEDMAN	
CÉSAR VILLENA	
1. Introducción	125
2. La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en los estándares del Derecho internacional.....	127
3. El derecho de acceso a la información pública y la transparencia en el Derecho interno	136
4. El derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la actividad financiera del Estado.....	145
El art. 1º del Decreto Ley 19.549/72 como derecho de la organización administrativa.....	151
GONZALO SEBASTIÁN KODELIA	

1. Introducción	151
2. La sistematización del nuevo artículo	152
3. La Administración descentralizada y la desconcentración de órganos ...	153
4. Las empresas y sociedades del Estado	154
4.1. Evaluación y derecho aplicable	157
4.2. Vínculos normativos.....	159
5. Los entes públicos no estatales	160
5.1. La persona de derecho público no estatal	163
6. Las personas privadas delegatarias de poder público	165
7. Los organismos militares “y de defensa y seguridad”	168
7.1. Una necesaria aclaración conceptual	170
8. Las autoridades administrativas independientes	171
8.1. El “concepto” de función administrativa	171
8.2. Los “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial.....	173
8.3. Una definición en ocho pasos.....	174
Principio de justicia, la igualdad y el abstencionismo.....	179
CARLOS A. NIELSEN ENEMARK	
1. Introducción	179
2. La matriz occidental en la gobernanza, según la perspectiva de Foucault.....	180
3. Los principios generales del Derecho, y en especial, los principios generales del Derecho administrativo	182
4. El principio de justicia en el ámbito del Poder Ejecutivo	184
5. El institucionalismo trascendental y el enfoque comparativo	186
6. El principio de justicia material en la doctrina de la PTN	188
7. Igualdad y justicia	189
8. Categorías de protección diferenciada del no vulnerable	191
9. Abstencionismo.....	193
10. El contexto justificable.....	197
La reforma de los principios del procedimiento administrativo y su impacto en los procedimientos tributarios	199
FABIANA H. SCHAFRIK	
1. Introducción	199
2. Sistemas de recaudación y el derecho de defensa como ejemplo de la necesidad de permeación de los principios.....	200
3. Importancia de los principios en la era de la IA.....	201
4. Conclusión.....	201
Ámbito de aplicación de la Ley 19.549 reformada por la Ley 27.742 ...	203
GABRIELA SEIJAS	
1. Introducción	203
2. La huida del derecho administrativo	204

3. Problema: las nuevas atribuciones del Jefe de Gabinete.....	207
4. Recapitulando.....	208
5. Conclusión.....	210
Límites de la revisión judicial de la legislación de emergencia	213
ALBERTO SPOTA	
1. Introducción	213
2. Primera cuestión.....	213
3. Segunda cuestión.....	215
PRÁCTICA	
Los “paneles técnicos” como medio de solución de controversias contractuales: ¿Conciliación extrajudicial y extrajudicial?	219
ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ	
1. Introducción	219
2. Aspectos generales	222
2.1. Los paneles técnicos como dispute boards	222
2.2. La contratación pública como campo de juego de los paneles técnicos.....	223
3. Los paneles técnicos en el Derecho Administrativo argentino.....	225
3.1. Los paneles técnicos en los PPP: Ley 27.328 y Decreto 118/2017.	225
3.2. Los paneles técnicos en las concesiones de obras públicas: Ley 27.742 y el Decreto 713/2024.....	227
(i) <i>La configuración de estos paneles técnicos</i>	228
(ii) <i>Su ámbito de actuación concreto: equilibrio económico y extinción de la concesión</i>	229
3.3. A modo de conclusión: paneles técnicos volátiles y tribunales administrativos estables, cuestiones técnicas y jurídicas	230
El amparo por mora en la reforma de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos	235
LUIS CASARINI	
1. Introducción	235
2. Ampliación del ámbito de aplicación y fortalecimiento del amparo por mora (arts. 28 y 29, LNPA).....	238
3. Reflexiones finales	240
Un primer análisis de las modificaciones a la LNPA sobre cuestiones varias en materia de “caducidad” y “prescripción” de acciones y derechos	243
JULIO C. DURAND	
1. Introducción	243
2. Antecedentes.....	244

2.1. El régimen original de la LNPA (1972).....	245
2.2. Las modificaciones posteriores al régimen de la LNPA	246
3. Las modificaciones incorporadas por la Ley 27.742 (Ley de Bases) en materia de caducidad y prescripción.....	248
3.1. Extensión de los plazos de caducidad en la vía impugnatoria.....	248
3.2. Extensión de los plazos de caducidad en la vía reclamatoria	249
3.3. Efecto de la interposición de recursos, reclamos y acciones judiciales sobre los plazos de caducidad y prescripción.....	250
3.4. Plazo para impugnar vías de hecho.....	252
3.5. Plazo para impugnar actos contractuales	252
3.6. Plazo para deducir los recursos directos	256
3.7. Clarificaciones sobre el régimen del silencio	258
3.8. Control de oficio de la habilitación de instancia.....	259
3.9. Modificaciones en materia de prescripción	260
(i) Plazos de prescripción de la nulidad absoluta y relativa	260
(ii) Planteo de nulidad absoluta o relativa como defensa	262
4. Conclusiones	264

La habilitación de la instancia en la reformulada Ley de Procedimientos Administrativos 265

RODOLFO EDUARDO FACIO

1. Introducción	265
2. Conceptos centrales durante la vigencia de la Ley 19.549.....	266
3. La Ley 27.742 y la “reformulación”	269
4. Interrogantes (implícitos) que la Ley 27.742 responde (implícitamente)	270
5. La Ley 19.549 según las modificaciones producidas por la Ley 27.742	270
5.1. Vía impugnatoria.....	270
(i) Artículo 23	270
(ii) Artículo 24	279
(iii) Artículo 25	280
(iv) Artículo 25 bis.....	280
(v) Artículo 26.....	283
5.2. Vía reclamatoria	284
(i) Artículo 30	284
(ii) Artículo 31	285
(iii) Artículo 32	286
6. Conclusión.....	289

La cuestión de la prueba en los denominados “recursos directos”.

Flexibilización del proceso..... 291

HERNÁN EDUARDO GERDING

1. Introducción	291
2. Los recursos directos. Concepto. Generalidades	294

3. La prueba.....	296
3.1. Principios generales	296
3.2. La necesidad de la prueba.....	297
3.3. La importancia de la prueba	297
4. El caso de la Ley de Entidades Financieras	298
4.1. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal	298
4.2. Los criterios aplicados relativamente a la apertura a prueba	300
5. Conclusión.....	304
La reforma al régimen de los recursos administrativos producidos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos por la Ley de Bases..	307
PABLO ESTEBAN PERRINO	
1. La reforma de la LNPA por la Ley 27.742 y del RLNPA por el Decreto 695/24.....	307
2. Examen de las reformas relativas a los recursos administrativos.....	309
2.1. Extensión de los plazos para la interposición de los recursos administrativos	309
2.2. Obligación de tramitar íntegramente los recursos por el órgano de grado que deba resolverlos.....	310
2.3. La obligación de notificar al recurrente la elevación de las actuaciones para mejorar los fundamentos del recurso jerárquico.....	311
2.4. Ampliación del plazo para mejorar el recurso jerárquico	313
2.5. Modificaciones atinentes al recurso de alzada.....	314
(i) <i>El recurso de alzada y las universidades nacionales</i>	314
(ii) <i>El recurso de reconsideración contra actos definitivos o equiparables de entes autárquicos que agotan la vía administrativa y la posterior interposición del recurso de alzada</i>	314
(iii) <i>Ampliación del plazo para interponer el recurso de alzada</i>	316
2.6. Mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa y determinación de los actos que lo producen	316
2.7. Posibilidad de recurrir el acto que desestima el reclamo administrativo previo	322
2.8. Recurso optativo contra el acto administrativo que agota la vía. Supresión del art. 100, RLNPA.....	325
2.9. Las modificaciones en la regulación del recurso extraordinario de revisión	325
2.10. Legitimación para recurrir	327
2.11. Interrupción del plazo de prescripción por la presentación de recursos administrativos	327

2.12. El silencio negativo no produce el reinicio del plazo de prescripción.....	328
El sentido positivo del silencio de la Administración en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación.....	331
ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ	
1. Introducción	331
2. El silencio de la Administración.....	332
2.1. Algunas consideraciones preliminares sobre el silencio	332
2.2. El silencio desde el Derecho Administrativo: fundamentos jurídicos	334
2.3. El procedimiento y la tutela administrativa efectiva: vínculo con el silencio.....	336
2.4. El silencio de la Administración como ilícito.....	338
3. Regulación del silencio de la Administración.....	340
3.1. Marco normativo previo a la Ley 27.742.....	340
3.2. Modificaciones introducidas por la Ley 27.742	342
(i) <i>Casos de derecho comparado</i>	342
(ii) <i>El sentido positivo del silencio de la Administración</i>	344
(iii) <i>Supuestos especiales de silencio positivo</i>	345
(iv) <i>Procedimiento aplicable al silencio positivo para autorizaciones</i>	347
(v) <i>Limitaciones a la configuración del sentido positivo del silencio</i>	348
(vi) <i>Efectos del sentido positivo del silencio y las resoluciones tardías</i>	350
(vii) <i>Principio de legalidad y el rol de los tribunales</i>	355
(viii) <i>Vigencia del sentido positivo del silencio para autorizaciones regladas</i>	356
4. Conclusiones	357

S U S T A N C I A

La teoría de la subsanación del acto administrativo. Su crítica.....	363
PEDRO ABERASTURY	
MARÍA ROSA CILURZO	
1. Introducción	363
2. Casos en los que se ha convalidado la subsanación.....	365
3. Razones de su aplicación	370
4. Un reciente límite a la aplicación de la Teoría de la Subsanación	372
5. Conclusiones	373
Impugnación de actos contractuales en el marco de la reforma de la Ley 19.549 y su directa incidencia con el régimen exorbitante.....	375
GUIDO JULIÁN DUBINSKI	

1. Introducción	375
2. Cuestiones incidentales	376
3. El marco de la reforma de la Ley 19.549	380
4. Problemas que plantea	385
5. Conclusión.....	387
La denuncia de ilegitimidad. Apuntes sobre el alcance del control judicial a partir de la Ley 27.742	389
PABLO A. LISTE	
1. Introducción	389
2. Nacimiento del instituto	390
3. La controversia sobre el control judicial	391
4. ¿La reforma de la LPA supone algún cambio sustancial?	397
5. Prospectiva.....	399
Impactos de la Ley de Bases en el ejercicio de la acción de lesividad ...	401
NATALIA MORTIER	
1. Introducción: ¿Un nuevo derecho administrativo?	401
2. La acción de lesividad en nuestro sistema.....	405
3. Administración y administrado frente al acto nulo	407
4. Interdicción de suspensión administrativa del acto que confiere derechos	409
5. Prescripción de la acción	411
6. La tutela judicial efectiva. Las garantías del administrado	414
7. Corolario.....	416
Nuevos Retos: La Ley 27.742 y su impacto en el empleo público.....	419
FERNANDA OTERO BARBA	
1. Introducción	419
2. Acreditación idoneidad	421
2.1. La importancia del principio de idoneidad	421
2.2. Régimen disciplinario y Jubilación	424
3. Reestructuración y estabilidad.....	425
3.1. Reestructuración.....	425
3.2. Estabilidad.....	426
3.3. Movilidad y reubicación	428
4. Conclusión.....	430
Análisis del RIGI a la luz de la jurisprudencia de la CSJN en materia incentivos tributarios.....	433
ANAHÍ FLAVIA PÉREZ	
1. Introducción	433
2. ¿Cuál es su encuadre constitucional?	438

3. La cláusula del progreso aplicada a la materia tributaria nacional, provincial y municipal	440
3.1. La cláusula del progreso como fundamento de incentivos tributarios nacionales	441
3.2. La cláusula del progreso como límite al poder tributario, provincial y municipal	443
3.3. La garantía de la estabilidad fiscal, en el campo nacional y local ...	447
4. El federalismo de concertación en materia de compromisos provinciales y municipales	451
5. La doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno: ¿puede resultar necesario aplicarla?	455
6. Conclusiones	456

Un nuevo requisito esencial del acto administrativo: la voluntad (orgánica).....

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

1. Introducción	459
2. La voluntad como manifestación de la actividad de los órganos estatales	461
2.1. La teoría del órgano	462
(i) <i>La teoría del órgano en Georg Jellinek</i>	463
(ii) <i>La teoría del órgano en Kelsen</i>	464
(iii) <i>La teoría del órgano en Carré De Malberg</i>	465
(iv) <i>La teoría del órgano en Méndez</i>	466
2.2 Consecuencias que se derivan de la admisión de la teoría del órgano.....	467
3. La voluntad como elemento esencial del acto administrativo es el fundamento que avala la tesis de la preeminencia de la voluntad real sobre la declarada	468
4. Los vicios de la voluntad estatal en la actividad predominantemente discrecional (¿una técnica de control distinta?)	472
5. Conclusión.....	474

Descuento de salario por uso derecho de huelga desde la reforma de la Ley de Bases y Puntos de Partida, Ley 27.742. (¿Reforma 4.0? No, apenas 0,5).....

GUSTAVO J. THOMAS

1. Introducción	477
2. Marco legal básico	478
3. Posiciones políticas/ideológicas	479
4. Análisis de la doctrina jurídica.....	480
5. Jurisprudencia Suprema.....	482
5.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).....	482

5.2. Cortes y Cámaras provinciales	483
(i) <i>Tribunal de Trabajo de La Plata</i>	484
(ii) <i>Cámara de Trabajo de Mendoza</i>	485
(iii) <i>Corte Suprema de Justicia de Mendoza</i>	486
(iv) <i>Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Santa Fe</i>	487
(v) <i>Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2 de la ciudad de Rosario</i>	488
(vi) <i>Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de CABA</i>	490
(vii) <i>Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo (Juzgado del Trabajo N° 2)</i>	490
6. Conclusión.....	491
7. Bibliografía.....	491
El Estado y la regulación	493
LEONARDO MARCO TOIA	
1. El nuevo orden.....	493
2. Las reformas estructurales	495
2.1. La política de privatizaciones	496
2.2. Ley de Emergencia Económica.....	498
2.3. Ley de Convertibilidad.....	498
2.4. Desregulación económica.....	500
2.5. Gestión por resultados y profesionalización de la carrera administrativa.....	504
2.6. Debilidades (¿des?)regulatorias	504
3. La industria en los nuevos tiempos.....	507
4. El devenir del sistema promocional.....	510
4.1. La “suspensión” orgánica del sistema.....	510
4.2. La promoción industrial y los beneficios otorgados.....	511
4.3 La regla y las excepciones	515
5. Reflexión	517
El impacto de las modificaciones de la Ley de Bases a la Ley de Procedimiento Administrativo en el ámbito contractual	521
SUSANA E. VEGA	
1. Introducción	521
2. Las modificaciones introducidas	522
2.1. Aplicación de la LPA a los contratos	522
(i) <i>El caso de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La ampliación del alcance de la indemnización...</i>	524
2.2. La excepción de la obligatoriedad del reclamo administrativo previo para los reclamos de daños y perjuicios contractuales.....	527

2.3. La impugnación de los actos administrativos dictados durante la ejecución contractual. La teoría de los actos coligados	528
(i) <i>Algunas consideraciones respecto de la nueva previsión de la LPA</i>	530
3. A modo de conclusión.....	536
Debido proceso y protección internacional: Garantías en la determinación del Estatuto del Refugiado a la luz de la Ley de Bases.	539
MARÍA FLORENCIA ZICAVO	
1. Introducción a la definición y el marco legal.....	539
1.1. Contexto actual de la protección internacional.....	539
1.2. Importancia del debido proceso en la determinación del estatuto de refugiado y los cambios al procedimiento de la Ley de Bases.....	541
1.3. La estructura administrativa de la CONARE y sus modificaciones a partir de la Ley de Bases.....	543
2. Marco normativo internacional y nacional.....	544
2.1. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y su receptación legal en la Argentina.....	544
2.2. Rol de las instituciones internacionales y nacionales en el proceso de refugio	547
(i) <i>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)</i>	547
(ii) <i>La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)</i>	549
(iii) <i>Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)</i>	550
(iv) <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)</i>	552
(v) <i>Consejo de Derechos Humanos de la ONU y Comité de Derechos Humanos</i>	552
2.3. Rol de las instituciones nacionales en el proceso de refugio	553
(i) <i>Oficinas nacionales de refugio y asilo</i>	553
(ii) <i>Órganos administrativos y judiciales</i>	553
(iii) <i>Defensorías del pueblo y comisiones nacionales de derechos humanos</i>	553
(iv) <i>Declaración de Cartagena de 1984: Un instrumento regional para la protección de refugiados en América Latina</i>	553
3. El concepto de debido proceso en el derecho internacional de los refugiados.....	556
3.1 Definición y principios fundamentales del debido proceso.....	556
(i) <i>Alcance y aplicación del debido proceso en procedimientos de protección internacional</i>	558
(ii) <i>Principios hermenéuticos y el enfoque pro persona</i>	559
(iii) <i>El principio de igualdad y no discriminación</i>	559
(iv) <i>Aplicación del debido proceso con perspectiva de género y enfoques diferenciados o de interseccionalidad</i>	559

(v) <i>La unidad familiar y el derecho a la no separación</i>	560
3.2. Aplicación del debido proceso en procedimientos administrativos y judiciales, las modificaciones a la ley mediante el Decreto 942/2024.....	561
3.3. Derechos procesales esenciales para los solicitantes de refugio.....	565
4. Garantías procesales en la determinación del estatuto de refugiado.....	567
4.1. Derecho a la asistencia letrada y representación, la incorporación de la Ley de Bases del art. 1º bis de la Ley 19.549	567
(i) <i>Derecho a presentar pruebas y a la revisión de decisiones</i>	570
4.2. Protección contra la devolución (principio de non-refoulement)	573
5. Conclusión.....	575

PROLEGÓMENOS

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA
Secretario de la Asociación de Docentes de la
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires;
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

*No decido cuál es mi preferido.
Lali, 2022.*

La palabra caleidoscopio proviene del griego *kalós*, que remite a lo hermoso; *eîdos*, que refiere a la imagen, y *skopéō*, que significa observar.

Un tubo que contiene tres espejos que forman un prisma triangular con su parte reflectante hacia el interior, entre los cuales hay objetos de colores y formas diferentes, cuyas imágenes se ven multiplicadas¹.

De un modo imperfecto, la presente publicación es un caleidoscopio. Una obra que contiene tres tomos con tres secciones iguales, con su parte reflectante hacia el interior, con estudios de colores y formas diferentes, con la intención de que se vean multiplicados.

Celeste, Blanco y Amarillo –como la bandera– se perciben los tomos. Umbral, Práctica y Sustancia, se ordenan las secciones. Sin principio ni final, sin antes ni después. Una única obra que, como diría Cortázar, deriva en lo inmóvil (Anillo de Moebius, 1980).

La iniciativa emerge del seminario “Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino”². Luego de dos días de intensidad emocional e intelectual, en pleno acto de cierre, cuando ya no quedaba más que despedirse, agradecer y descansar, alguien del público propuso, a viva voz, la idea de hacer esta obra. Por suerte, nuestro Presidente, Leandro Abel Martínez, tuvo el coraje de recoger el guante y se comprometió a hacerla realidad.

1 Caleidoscopio. En *Wikipedia*. <https://es.wikipedia.org/wiki/Caleidoscopio>.

2 Celebrado el lunes 26 y el martes 27 de agosto de 2024, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2024/bases-para-la-libertad-en-el-procedimiento-administrativo-argentino>.

Como enseñaba Agustín Gordillo, las fuerzas individuales son limitadas³ y todo trabajo útil y fructífero es un trabajo colaborativo, asociativo⁴. Por eso quiero reconocer la inmensa generosidad de la Comisión Académica Editorial y de todas las personas y las instituciones que nos han acompañado y apoyado en esta tarea.

Al Sr. Decano de nuestra Facultad de Derecho, Leandro Vergara; al Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Horacio Rosatti; al Sr. Presidente del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Jorge Eduardo Morán, al Sr. Director de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal, Sergio G. Fernández y al Sr. Presidente la Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina (AJUFE), Marcelo Daniel Duffy: ¡Gracias!

Por último, también quiero agradecer a las autoras y los autores, que le quitaron un tiempo valioso a sus familias y profesiones para compartir, aquí, renovadas respuestas sobre el eterno debate en torno al equilibrio que debe existir entre el interés común y la libertad individual. En especial al Sr. Vicepresidente y a los Sres. Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carlos Fernando Rosenkrantz, Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda.

E.A.R.
Diciembre de 2024.

3 GORDILLO, Agustín, presentación de AA.VV., ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, La Ley y FD (UBA), 2013. <https://www.gordillo.com/video-2013-presentacion-regueira.php>.

4 GORDILLO, Agustín, presentación del libro *A mi padre, 'Éste soy yo' (Carl Rogers). Aprender y enseñar. Caos, creación y memoria*. <https://www.gordillo.com/video-2013-presentacion-amipadre.php>.

PRÓLOGO

MARCELO DANIEL DUFFY

Presidente de la Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina; Presidente de la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Desde la Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina (AJUFE), nos complace participar en la elaboración de esta publicación, en un momento en el que los cambios normativos han dado lugar a la necesidad de renovar y redoblar el estudio del Derecho Administrativo, tanto para la academia como para la práctica profesional y, por supuesto, para la magistratura federal.

Somos una asociación civil sin fines de lucro, integrada por jueces y juezas federales de toda la República Argentina, que tiene por finalidad la investigación y capacitación para mejorar la administración de la justicia federal.

Entre nuestros objetivos principales están los de estudiar e impulsar mejoras vinculadas con el desempeño de la justicia federal, la independencia judicial, el control democrático de los otros poderes del Estado y la incorporación de mecanismos que garanticen el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

La obra doctrinaria que eclosiona hoy en tres tomos inicia un nuevo sendero en la prosecución de esos fines, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y su Asociación de Docentes y, ni más ni menos, con el Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Especial mención quiero hacer respecto de los jueces y las juezas federales que han participado de este proyecto y también, en forma particular y especial, de la Comisión Académica Editorial que se ha entregado a un trabajo inconmensurable y ha logrado llevarlo a cabo con gran hidalguía.

Invito a los lectores y a las lectoras a disfrutar de la obra atentamente.

M.D.D.

Noviembre de 2024.

INNOVACIÓN, TECNOLOGÍA Y AMBIENTE

RICARDO LORENZETTI

Profesor Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires; Ministro de la
Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

El tema objeto del presente trabajo, que resulta de suma importancia en la actualidad, es muy vasto y exige ser tratado desde diferentes puntos de vista.

Lo primero que debemos hacer es superar la fascinación. Cuando surgen estos temas, todos nos entusiasmos sin saber muy bien para dónde vamos a ir. Justicia algorítmica y predictiva, *blockchain*, justicia descentralizada, *big data*, gobernanza de datos, inteligencia artificial, son conceptos que ejercen una inevitable fascinación. No obstante, hay que tratar de ir a lo concreto para comprender, con precisión, el significado exacto de cada uno. Identificar su incidencia en lo que nosotros hacemos, cómo esto influye en los que requieren el servicio de justicia y qué tipo de desafíos institucionales, políticos y sociales demanda. Es decir, superar la idea, bastante habitual en nuestro país, de la mera mención de un tema.

Una primera área de análisis sobre la que tenemos que poner el foco es aquella vinculada al campo de la información. Todas estas tecnologías, no solo las tradicionales sino también las más evolucionadas, tienen una gran utilidad en lo que se refiere al manejo de la información. En particular, considero que se trata del gran tema práctico sobre el cual debemos enfocarnos inicialmente. El manejo de la información dentro del Poder Judicial y su aporte en la gestión.

El desafío inicial, en este sentido, pasa por conocer la cantidad de casos que tenemos en cada tribunal y contar con estadísticas de evolución de tiempos. Saber exactamente cuánto demora cada juzgado en la tramitación de una causa.

Si bien toda esa información después hay que gestionarla, es claro que la tecnología, cualquiera de todas, incluso la IA (Inteligencia Artificial) sirve para el manejo de esa información interna del Poder Judicial. Este es el primer punto que me interesa destacar.

* Conferencia pronunciada, como acto de clausura, en el 1° Encuentro de Innovación del Foro Patagónico, organizado por los Superiores Tribunales de Justicia, con fecha 11 de septiembre de 2024. <https://youtu.be/7y7s49Is6QU?si=my2gVNEWCoctecjy>.

Como ya señalé, toda esa información puede servir para mejorar la gestión, pero también para hacer predicciones.

Hoy hay muchos programas informáticos, principalmente en Francia, de justicia predictiva. ¿Qué significa justicia predictiva? Importa la incorporación de tecnología que nos permite hacer predicciones, por ejemplo, sobre la orientación de la jurisprudencia. Con la cantidad de información que hay, podemos saber cómo evoluciona la jurisprudencia y, sobre todo, cómo esto influye en las personas. Si nosotros tenemos demasiada oscilación en la jurisprudencia afectamos el comportamiento de las personas.

Por eso, estas tecnologías nos permiten, por ejemplo, identificar aquellos supuestos en donde, sobre los mismos hechos y las mismas leyes, advertimos decisiones judiciales tan diferentes. Estos sistemas informáticos nos posibilitan hacer predicciones sobre la jurisprudencia y luego dialogar para ver cómo hacemos para que los precedentes sean estables y sean seguidos o adoptados por los diferentes tribunales.

A su vez, la predicción sirve para detectar sesgos cognitivos.

Como lo explicaba Kahneman, el sesgo cognitivo importa que todos tenemos alguna ideología detrás de nuestros razonamientos. En consecuencia, como se advierte con claridad en el derecho penal, puede haber distintas posiciones derivadas ya no de la interpretación de la ley; sino del pensamiento o formación que uno tiene *a priori* de determinados temas. Por tal motivo, el adecuado procesamiento de la información nos permite advertir tales comportamientos y pensar cómo hacemos para que estos no sean tan influyentes.

Este punto no es menor. Considero firmemente, y así lo he expuesto en diversas oportunidades, que si los jueces y las juezas fallan según sus convicciones no resulta viable el adecuado funcionamiento de las instituciones, del Poder Judicial. En efecto, de admitir tal posibilidad, ¿cuál sería el incentivo inevitable para los otros poderes del Estado? Poner jueces y juezas que piensen como ellos. Por el contrario, lo que tenemos que mostrar, es que hay una imparcialidad en este sentido y la imparcialidad conlleva, en cierto modo, superar los sesgos cognitivos.

Otra posibilidad que nos dan las predicciones es la de detectar, por ejemplo, políticas públicas en materia de reincidencias.

Toda esta información es muy valiosa, como dije, para una primera fase que nos permita reunir datos y luego utilizarlos para hacer predicciones, la conocida justicia predictiva.

Otro aspecto positivo y muy importante de estas tecnologías —aun las más simples— es que nos permiten usarlas para mejorar el acceso a la justicia. Si bien podemos hablar de IA, sin ser tan pretenciosos no puede desconocerse que un simple mensaje de WhatsApp puede ser muy útil para aliviarle la vida a muchísimas personas. Por ejemplo, poder solicitar audiencias por ese medio, mandar

pedidos a los tribunales u otras cosas muy simples para el acceso a la justicia. Basta con pensar, en forma concreta, qué necesitan los ciudadanos comunes, hombres y mujeres. Los que viven lejos o a lo mejor no tienen acceso a mucha información. Hay tecnologías simples, antes de ocuparnos de las más complejas, que pueden hacer el acceso a la justicia mucho más sencillo y práctico.

Esto se vio muy claramente con la pandemia del virus Covid-19, donde buena parte de los tribunales empezaron a manejarse con la red social WhatsApp, citando personas por ese medio y dándole validez jurídica.

En este mismo sentido, tenemos otro tema muy relevante. Dentro del área de las tecnologías más simples, nosotros podemos separar algunas áreas de litigiosidad y hacerlas más rápidas, por ejemplo, los arbitrajes online. Tales procesos se pueden hacer por estos medios, fácilmente y sin ningún problema.

Como vimos hasta acá, estas tecnologías, que denominamos como simples, nos permiten reunir información y llevar adelante la gobernanza de datos, lo que nos posibilita entender cómo funciona el Poder Judicial, qué es lo que hacemos y cómo lo hacemos. Por tal motivo, tenemos que darle un sentido en varios aspectos.

Tenemos que enfocarnos en un plan de gestión. Por más que nosotros tengamos información, si no gestionamos, no nos sirve. Por ejemplo, nosotros hicimos un plan de política de estado en el año 2007, que está publicado en el Centro de Información Judicial¹.

¿Qué significa esto?

En primer término, que debemos tener una proyección de mediano y largo plazo sobre cómo usamos las tecnologías.

En segundo lugar, que hay que trabajar sobre el servicio. El Poder Judicial siempre es regulado en cuestiones de poder, es decir en torno a qué tipo de jueces y juezas ingresan y como lo hacen. No obstante, cuando miramos el servicio detectamos un problema y es el siguiente. Los servicios, hoy y en general, están segmentados en función de las necesidades del usuario o consumidor. Antes había una sola zapatilla, hoy hay zapatilla para correr, para caminar, para el tenis, para el pádel, etc. Hay mucha segmentación y la tecnología permite eso.

Ahora bien, cuando nosotros decimos que hay una gran cantidad de conflictos de características diferentes, pero tenemos un solo modelo de proceso que se pensó hace 200 años, tenemos un problema. Este es uno de los aspectos esenciales y ahí la tecnología nos puede servir mucho para segmentar los procesos de acuerdo con los conflictos y no a la inversa.

En la actualidad, nosotros ajustamos los conflictos a los procesos. Por ejemplo, hay una gran cantidad de casos penales, de familia, contractuales, de

1 LORENZETTI, Ricardo Luis, "Políticas de Estado para el Poder Judicial", en <https://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf>.

consumidores que se pueden solucionar muy rápidamente con tecnología simple. No hablamos de IA, sino de tecnología muy simple. Si nosotros analizamos la cantidad de casos que hay en cada juzgado, advertimos que la labor judicial más compleja se concentra en pocos casos y que todo el resto, que generalmente son repetitivos, pueden ser atendidos diseñando una oferta de procesos de acuerdo con los conflictos.

Como supuesto representativo de esto podemos identificar a los conflictos en los que entienden los jueces de paz. Hoy, con la tecnología que existe, se puede hacer muy fácilmente una frontera que filtre una enorme cantidad de controversias. En estos casos es donde se puede usar alguna tecnología más sofisticada, dado que hay muchísimos juicios repetidos en los que se puede replicar criterios de solución ya adoptados en numerosas oportunidades y alivianar el trabajo de jueces y juezas, que muchas veces se encuentran decidiendo todos los días lo mismo.

Por otra parte, es muy importante también el aspecto cultural y el diseño institucional.

La tecnología sola no funciona. Cuando yo entré en la Corte, en ese momento estaba en el tapete la firma digital. El problema era que nadie la quería usar, algo que era lógico. Recién en la pandemia se empezó a usar la firma digital.

Hay que entender este obstáculo. Entonces, la tecnología tiene que ir acompañada de un diálogo, a fin de entender para qué sirve, etc. Incorporar la cultura tecnológica.

Después, otro aspecto que es muy importante, es el del diseño institucional. Las políticas de gestión, en mi visión y creo que esta es la posición que predomina en el mundo, tienen que ir separadas de la actividad de los jueces y juezas.

Primero, porque su actividad tiene que estar enfocada en los casos, no en la gestión. Tenemos que hacer un diseño institucional donde haya una agencia o un área de gestión, que maneje el área informática.

Segundo, porque en los tribunales colegiados, cuando cambia su composición, también cambian las ideas. Entonces, todo lo que se hizo, o gran parte, suele dejarse sin efecto. No todos opinan lo mismo sobre la gestión. Por tal motivo, tenemos que tratar de que sea un área técnica separada. Esto es muy simple, pero cuesta entenderlo. Los jueces terminamos ocupándonos de la IA, por ejemplo, cuando en realidad tenemos que resolver casos. Esto evidencia la necesidad de armar un diseño institucional que sea una política de Estado. Definir la idea y objetivos a seguir y fijar plazos de 5, 6, 10 años para llevarlos adelante, con el debido control.

Esta es la primera área a la que debemos prestarle atención. Parece la más simple pero tal vez sea la más importante hoy. La gran revolución del funcionamiento del Poder Judicial es de gestión. Si nosotros lográramos tener tecnología aplicada y pudiéramos resolver rápidamente los casos, cambiaría totalmente la

imagen que la ciudadanía tiene sobre el Poder Judicial. Veamos lo que sucede con la celeridad. Se han aportado muchas ideas en este sentido, pero después no logramos que eso sea traducido en leyes. Hoy tenemos la tecnología. Con las mismas leyes podemos hacer juicios mucho más rápidos.

Otra área a la que corresponde prestarle atención es la de las decisiones. Acá sí tenemos un gran desafío porque el área de las decisiones es donde se discute verdaderamente la incidencia de la tecnología. Una cosa es tener mucha información, manejarla, gestionarla y definir el impacto de eso sobre el servicio, y otra cosa es definir su impacto sobre la toma de decisiones.

Este es un tema difícil, porque estamos comparando las decisiones que toma una persona con las que puede adoptar una tecnología. Hay decisiones repetitivas, que es lo que les decía antes, en las que es más sencillo implementar la tecnología.

De hecho, hoy se usa en algunos países, sobre todo la IA, para ingresar un modelo de solución o fallo y que la tecnología lo pueda reproducir en muchos otros supuestos. Es decir, no se trata de una tecnología generativa sino instrumental. En esas hipótesis se puede emplear la tecnología porque facilita el trámite de los procesos y la adopción de soluciones más rápida.

También hay que prestarle atención al problema de identidad. La IA puede hacer que *yo sea yo y no ser yo*. En definitiva, problemas complejos de autoría. Por tal motivo es muy importante la trazabilidad de la autoría.

Siguiendo con la toma de decisiones, normalmente, la inteligencia artificial que es autogenerativa, es decir que puede crear a partir del ingreso de datos y tomar decisiones, plantea una gran cantidad de discusiones.

La primera se estructura sobre el siguiente interrogante. ¿En todos los casos la IA puede reemplazar el razonamiento humano? Hasta ahora, no. ¿Por qué? Pensemos en los casos difíciles que requieren de ponderación entre distintos principios jurídicos. Eso es un razonamiento humano que la inteligencia artificial no puede lograr. En general, si bien puede reproducir información, todavía no puede hacer balances autónomos.

Sí puede tomar decisiones muy rápidas sobre la base de información que nosotros le damos. ¿Está asegurada la imparcialidad? No, porque puede tomar decisiones totalmente arbitrarias, discriminatorias, puede recibir información equivocada y puede decidir de manera totalmente inconstitucional. Esto ya ha pasado. Hay decisiones que han sido muy cuestionadas en varios ámbitos de la IA.

En este contexto, creo que, en primer lugar, tenemos que separar un área del razonamiento humano judicial que es la del juicio de ponderación en casos difíciles. Ahí no se puede aplicar por ahora la inteligencia artificial.

En estas condiciones, ¿en qué consiste el avance de la IA?

Hay tres factores básicos que permitieron su aparición.

El primero fue el nivel de desarrollo computacional, de grandes manejos de datos. El segundo fue el trabajo de relacionar redes neuronales. El tercero fue el lenguaje que se incorporó en esas redes neuronales sobre bases computacionales poderosas. Recientemente se ha incorporado un desarrollo que es sobre imágenes, dado que el ser humano no sólo emplea el lenguaje sino también las imágenes.

Actualmente, en la Universidad de Stanford hay un proyecto que se ha estructurado sobre la carga de millones de imágenes que permiten que la robótica pueda utilizarlas y decidir en base a ellas.

En consecuencia, innumerables posibilidades se desprenden. Jugar al ajedrez, escribir libros, sentencias, alegatos, etc. Así, advertimos, como primer impacto, que puede desplazar el trabajo. Esto en el poder judicial es muy importante. Si nosotros utilizamos masivamente la IA podemos llegar a una situación donde no necesitemos empleados ni funcionarios e incluso jueces y juezas.

Acá hay un balance importante que hacer, sobre el que no quiero extenderme. Un balance de política, no de tecnología. Si la vamos a aplicar masivamente, hay que tener claro que vamos a suprimir una gran cantidad de empleo dentro del Poder Judicial y fuera del Poder Judicial. De este modo, la definición de hasta dónde la aplicamos masivamente para que no necesitemos más nada, es una decisión de valoración política social.

Pero, además, la IA es mucho más compleja en cuanto a sus posibilidades. Por ejemplo, puede escribir música. De hecho, puede escribir la música de Beethoven de nuevo, como también puede hacer la música de Charly García. Puede imitar voces humanas, puede influir sobre la conducta humana.

En este sentido, hay una observación que hoy se hace en la materia, que incluso la destacó el Papa Francisco cuando habló en el G7. Las tecnologías tradicionales son instrumentales. Para entender el punto que quiero destacar, hay que distinguir entre mejora e innovación. Por ejemplo, la máquina de escribir fue mejorada para hacerla cada vez más rápida hasta que pasó a ser eléctrica. Pero cuando nace la computadora, nos deshacemos de la máquina de escribir. Es decir, este último es un salto de innovación, no de mejora. Ahora estamos nuevamente ante un salto de innovación, que nos va a permitir tirar la computadora y reemplazarla con la inteligencia artificial.

Esta innovación puede hacer que se pierda el control humano sobre la tecnología, que se pierda esa característica de instrumentalidad. Este es el gran debate. La tecnología, como en toda la historia de la humanidad, desde la rueda, el cuchillo, la máquina de escribir, la computadora, siempre estuvo bajo control humano. Ahora, el desafío que plantea la IA es que el ser humano no la controla. ¿Pero por qué no la controla? En primera medida, porque hoy hay una fuerte tendencia a que se consulte a la IA ante cualquier interrogante. Antes se iba al cura,

después al psicólogo y ahora al chat. Hay que tener cuidado con esto. La idea de que la IA nos dé consejos es peligrosa porque no se trata de alguien imparcial.

Además, como siempre ocurre, detrás hay una situación de mercado y de control o dominación de mercado. Como sucede con internet, cuestión sobre la que escribí en el año 2000, no se trata de libertad de expresión o de una discusión libre de ciudadanos. Hay grandes operadores que condicionan lo que pasa en internet. Con la IA pasa lo mismo. Entonces, si nosotros escuchamos eso y decidimos en base a ese consejo tenemos un problema. Tenemos que seguir acudiendo a los libros y al pensamiento, porque la IA, como todas las tecnologías, lo que puede hacer es que dejemos de tener pensamiento crítico.

Este es un problema que ya experimentamos hoy en día. Los que damos clases en la universidad vemos como los alumnos estudian con el celular y asumen como verdadero e incuestionable lo que está ahí, lo que les brinda la tecnología. Por el contrario, el derecho requiere la crítica, requiere el pensamiento crítico. Por eso, hay que tener mucho cuidado con esta área de la tecnología, que puede llevar a recurrir permanentemente a buscar consejos que no son imparciales.

Por otro lado, la tecnología, en especial la IA, puede guiar las conductas humanas. En efecto, ya hemos visto casos de IA en este sentido. Por ejemplo, en materia electoral, ha permitido crear mensajes, personajes. Puede también guiar las compras, nuestra conducta como consumidores. Cuando uno se pregunta por qué hay tanta gente, tan distinta, de lugares tan alejados del mundo, que siguen los mismos patrones de consumo, no es porque hayan hablado entre sí como vecinos. Es porque hay una gran estructura detrás y en esto la IA puede ser muy influyente. Entonces hay que tener cuidado, porque no sólo se trata de resguardar el pensamiento crítico sino también la libertad. Es decir, podemos tener un grave y serio control social a través de la tecnología.

A su vez, puede crearnos realidades, avatares. Personajes que tienen vida y realidades propias. Esta es un área de la tecnología actual que puede traer bastantes complicaciones para la actividad judicial. Se van a plantear problemas de autoría. Por ejemplo, si en materia penal alguien comete un delito, puede empezar a decir que fue controlado, que no hay libre albedrío. Hay personas que podrían alegar haber sido influidas o condicionadas.

También tenemos el tema del lenguaje. Este es un tema sobre el que ha escrito mucho Harari. Si el lenguaje es manejado por la IA tenemos otro grave problema, ya que casi todo lo que nosotros hacemos es lenguaje. La cooperación humana se basa en el lenguaje y si nosotros dependemos de la IA a tales efectos, podemos tener gravísimos inconvenientes. Por ejemplo, un avatar o una persona que imita a un religioso lo hace perfectamente y puede exponer mensajes religiosos o extremistas que pueden crear conflictos sociales, pueden agredir a jueces y juezas, pueden hacer que los jueces y juezas digan barbaridades.

Por eso es importante tener en claro que estamos lidiando con una tecnología que una vez que la creamos se independiza del control humano. Este es el gran debate. Podemos llegar a una situación en la cual vemos una realidad humana que no es humana.

En un sentido análogo, hace 50 años comenzó la discusión sobre la influencia de la acción humana en la naturaleza, fue en la conferencia de Estocolmo. De ahí nació el ambientalismo, que hoy es algo masivo e incuestionable. Ya nadie discute que estamos en el límite del aprovechamiento de la naturaleza.

Ahora se inició el debate sobre la influencia de la acción humana sobre el humano, sobre el cerebro humano. Si nosotros seguimos así, podemos perder el control del lenguaje, de la imagen y así dejamos de tener una realidad humana. Prácticamente lo que se veía en las películas de ciencia ficción. Por eso se habla de amenaza existencial.

Esto no es algo que discutamos los poderes judiciales, pero sí es importante que conozcamos los debates que se dan en el mundo en esta materia tan relevante. Se habla de amenaza existencial, de la necesidad de control de lo que se lanza al mercado en materia de inteligencia artificial. Fundamentalmente porque los riesgos son muy grandes y hay mucha preocupación en todos los intelectuales.

Ahora, ¿qué se hace en el Derecho con esto? Como ya señalé, el debate que se planteó a principios del año 2000 fue en torno al nacimiento de internet. Si era algo nuevo, un derecho nuevo. En ese momento, que fue cuando escribí mi libro sobre el tema y lo publiqué en Brasil con Claudia Lima Márquez, la primera preocupación se suscitaba respecto de si estamos ante un derecho nuevo.

Hay una postura que llamamos ontológica, porque quiere crear algo nuevo. Es lo que pasaba en la antigüedad clásica. El Derecho que nosotros conocemos, que viene del romano, del francés, se basa sobre el mundo físico. Es decir, tenemos un derecho que como presupuesto tiene el espacio, que es el territorio, y el tiempo. Bueno, internet no requiere ninguno de esos dos presupuestos. Puede separar el tiempo y el espacio.

A partir de ahí se decía que nacía un nuevo ciudadano, el *net citizen*, un nuevo Derecho. Así, como cuando en los tiempos en que regía el Derecho romano se hacía alusión al derecho del mar para hacer referencia al ámbito en donde no había nada, donde no había regulaciones, con internet pasó lo mismo. Se sostenía que era el mundo de las libertades, donde no hay controles, donde hay que dejar que la tecnología evolucione. Esta es una posición muy fuerte, aunque yo no la comparto.

La otra idea, que es igual de importante y que nosotros compartimos, es que hay que distinguir el conocimiento técnico de la sabiduría. Para comprender esto, notemos que es la primera generación que le enseña a la anterior. Esto no ocurrió nunca en la historia de la humanidad. Hoy, los más jóvenes le enseñan a

los más antiguos todas las tecnologías nuevas. Si ustedes se fijan, todos los que están haciendo investigaciones sobre estos temas son muy jóvenes. Basta para confirmar esta idea con consultar a un chico cómo maneja cualquier tecnología, inteligencia o chat.

Ahora bien, ese saber se refiere al conocimiento técnico, no se vincula a la sabiduría necesaria para lidiar con los problemas y los conflictos humanos fundamentales, que históricamente siempre han sido similares. Estamos hablando del control de la libertad, el pensamiento crítico, la igualdad, los conflictos de poder, el abuso, el aprovechamiento, el asesinato, etc.

Todo esto es lo mismo sobre lo que escribió Shakespeare o Sócrates, entre muchos otros, es esa sabiduría a la que me refiero. Esa experiencia es lo que hay que transmitir sobre el manejo de la tecnología. Por eso hablamos de que hay identidad de principios y diversidad de reglas. Esta es la postura que hoy predomina y a la que nosotros adherimos.

Por tales motivos, la conclusión es que asistimos a un mundo con alto nivel de desarrollo tecnológico novedoso y que hay que aprovecharlo porque trae beneficio. Pero no podemos descuidarnos de los efectos adversos. No podemos perder el control de la tecnología. Esto es fácil de decir, pero difícil de aplicar, porque la aceleración es tan grande que nos perdemos.

Si nosotros tomamos en cuenta nuestra propia vida, la infancia de cualquiera de nosotros, se desarrolló en un entorno totalmente diferente al actual. Todo lo que conocemos hoy no existía hace 30 años. No existía internet, Google, Wikipedia, Netflix, las redes sociales. Después de este salto tecnológico, al cual nosotros nos hemos acostumbrado, viene otro salto tecnológico. La capacidad de adaptación del ser humano al cambio tecnológico es limitada si no tenemos en claro los principios. La postura es analógica, es decir, aplicamos los mismos principios, pero con diversidad de reglas.

Es necesario darle lugar a la innovación, pero teniendo en claro los grandes valores que inspiraron el derecho y que siempre fueron así. Cuando uno examina la historia, los grandes conflictos, religiosos, políticos o sociales, muchos derivados de avances tecnológicos como la invención de la imprenta, se resolvieron con los principios tradicionales, los que construyeron a la humanidad sobre la base de la libertad, el respeto, la no discriminación, entre otros.

Ahora estamos ante una situación similar. Debemos tener la cabeza clara sobre los grandes principios que nosotros hemos aprendido en el derecho. Hoy más que nunca se necesita del derecho. Si ustedes observan la realidad, la desorientación que hay hoy en día es inusitada y por eso se necesita, más que nunca, que todos conozcan el lenguaje del derecho y que nosotros lo hagamos público, lo hagamos conocer. En este sentido, la práctica que realizan los poderes

judiciales es muy importante para organizar la sociedad. Por eso debemos avanzar, innovar, pero con la cabeza clara sobre hacia dónde vamos.

RICARDO LORENZETTI

Es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Jurista argentino de larga trayectoria en el mundo académico que comenzó en la Universidad Nacional del Litoral (provincia de Santa Fe) y luego, por concurso público, culminó como catedrático de “Contratos Civiles y Comerciales”, en la Universidad de Buenos Aires. Doctor Honoris Causa de la Universidad del Litoral; Doctor Honoris Causa de la Universidad de Tucumán, Doctor Honoris Causa de la Universidad del Nordeste; Miembro de la Academia de Derecho de Córdoba; Miembro de la Academia de Derecho del Perú; Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Venera “Ius Ambiens-Lumen Orbis”, otorgado por la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas de México. En la Universidad de Buenos Aires dirige la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, y el Programa de “Contratos de Empresa”. Fue Profesor de Posgrado en las Universidades de Palermo, Austral, Católica, de Ciencias Sociales y Empresariales, de la Universidad Nacional del Litoral, de la Universidad Católica de Rosario, de la Universidad de Tucumán, de la Universidad de Mendoza. Ha dictado cerca de 600 conferencias, publicado 200 artículos en revistas jurídicas y casi 40 libros en Argentina y en el extranjero.

UMBRAL

EL OCASO DE LA DISCRECIONALIDAD

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA
 Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de
 Derecho, Universidad de Buenos Aires;
 Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

¡Qué esfuerzo!
¡Qué esfuerzo del caballo por ser perro!
 Federico García Lorca, *Muerte*.

SUMARIO: 1. Aurora. 2. Control de legitimidad. 3. Presunción de legitimidad. 4. Control de legalidad. 4.1. Deber de fundamentación. 4.2. Hechos. 4.3. Conceptos jurídicos indeterminados. 4.4. Discrecionalidad técnica. 4.5. Legalidad y discrecionalidad sancionatoria. (i) Previsibilidad y precisión. (ii) Discrecionalidad circumscripta. 5. Control de razonabilidad. 5.1. Marco normativo. 5.2. Mecánica del principio. 5.3. La búsqueda de la finalidad. 5.4. Razonabilidad por adecuación (desviación de poder). 5.5. Razonabilidad por proporcionalidad. 5.6. Razonabilidad por necesidad. 5.7. Razonabilidad convencional. 6. Interdicción de sustitución. 7. Crepúsculo. 8. Ocaso.*

I. AURORA

Tradicionalmente se admitía la irreversibilidad absoluta del actuar discrecional de la Administración¹.

Por lo general, el dictado de actos en ejercicio de facultades discrecionales se identificaba con cuestiones en las cuales no cabía análisis jurídico alguno, por

* El presente trabajo es una reversión de ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs*, 1º ed., Buenos Aires, Lajouane, 2024, Capítulo II, pp. 31-76.

1 LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 4º ed., Navarra, Civitas, 2022, p. 442.

Definimos discrecionalidad como la facultad normativamente conferida a la Administración para valorar jurídicamente los hechos y ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión en relación con otra u otras, válidas (ALONSO REGUEIRA, ya cit., p. 21 y ss., en similar sentido, VINCENTI, Rogelio W., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El control de la Actividad Estatal I*, 1º ed., Buenos Aires, ADD-UBA, 2016, p. 316; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php>.

resultar más propias del ámbito de la política, de lo institucional, lo económico, lo técnico, etc.

Como consecuencia de ello, por mucho tiempo se consideró que el mero hecho de que un acto fuera dictado en ejercicio de atribuciones discrecionales resultaba suficiente para excluirlo de la potestad jurisdiccional revisora².

“Allí donde se daba un acto discrecional –y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad–, allí [la magistratura], sin más, constando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo”³.

Tan importante es esta idea inicial que puede decirse que todavía hoy “se siente el eco de la vieja equiparación de lo discrecional con lo no contencioso”⁴. Incluso, se ha entendido que, “la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquél”⁵.

Ahora bien, lo cierto es que los actos administrativos no suelen ser enteramente reglados y nunca son enteramente discrecionales, sino que participan en forma parcial de uno u otro calificativo⁶.

2 Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 1, *Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, p. X-24.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Lucha contra las inmunidades del poder”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2ª ed., Pamplona, Civitas, 2011, p. 33.

4 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “La discrecionalidad técnica: Un viejo fantasma que se desvanece”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., p. 174.

5 PAREJO ALFONSO, Luciano, “La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad”, *RDA*, 15/16, p. 61. También, ver CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 107-120.

6 No se encuentra ya discutida la inexistencia del acto totalmente discrecional (PAREJO Alfonso, ya cit., p. 85; FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, 1ª ed., Buenos Aires: Alfa, 1948, p. 41). “En el Estado de derecho no hay ni pueden existir actos discrecionales” (FIORINI, ya cit., p. 18). Por el contrario, sí se ha entendido que puede ocurrir que determinados actos sean completamente reglados, por ejemplo, en el caso de la licencia de conducir (CAMPOLIETI, ya cit.). Este sería el “ámbito natural donde podría gestarse y dictarse el acto administrativo automático” (TRABAGLIA, Juan Ignacio, *Acto administrativo Electrónico y Acto Administrativo Automático*, 1º ed., Santiago, Olejnik, 2022, p.105).

Desde otro ángulo, se ha expresado que “nunca las atribuciones de [una autoridad administrativa] podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica –y en todo caso altamente inconveniente– prever hasta el último detalle de lo que [la autoridad] debe hacer [...] Siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante, salvo que se pueda interpretar judicialmente que se trata de un caso de ‘discrecionalidad cero’” (GORDILLO, ya cit., p. X-24; en igual sentido, CAPUTI, María Claudia, “Las cláusulas accidentales del acto administrativo” en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad*

No hay actos discrecionales⁷, “sino elementos discrecionales de los actos administrativos, más o menos en número, y de mayor o menor importancia”⁸.

“Por todo ello, el debate sobre los actos discrecionales debe ser trasladado del plano radical de su exclusión del sometimiento al control judicial, al más modesto de determinar cuándo estamos realmente en presencia de potestades y actos discrecionales, qué elementos dentro de éstos son reglados y cuáles no, así como al análisis de las técnicas de control judicial”⁹.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina explica que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión”, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa, la finalidad¹⁰ y, en ocasiones, a la motivación¹¹.

Austral-Facultad de Derecho, Vol. 1, Buenos Aires, RAP, 2002, p. 136; COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, 1ª ed., Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2022, p. 94).

7 “Uno de los progresos más significativos en la incesante búsqueda por aminorar la libertad de quienes expresan la voluntad del Estado, ha sido la fulminación del ‘acto discrecional’ que tan elocuentemente ha pregonado la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera” (SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma LexisNexis, 2004, p. 336).

8 “La discrecionalidad recae, según los casos, sobre unos u otros aspectos de la decisión: sobre el *an*, el *quid*, el *quomodo*, el *quando*, etc. Es más amplia o más estrecha, mínima o máxima, fuerte o débil, según las orientaciones, condiciones o estipulaciones de las normas que la confieren, pero siempre está sometida a unos límites jurídicos generales” (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Ius et veritas*, vol. 21, nro. 43, 2011, p. 264). En igual sentido: GORDILLO, ya cit., p. X-24 y T. 5, *Primeras Obras*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2012, p. IADA-V-18; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, 1ª ed., Buenos Aires, RAP, 2008, p. 62; SESÍN, ya cit., p. 96 y TAWIL, Guido S., *Estudios de derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 4 y 5.

9 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 103.

10 CSJN, “Consejo de Presidencia de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos”, 1992, Fallos: 315:1361, considerando 10; ratificado, con matices, en “Solá”, 1997, Fallos: 320:2509, considerando 10 –en el cual se expresó, además, que la discrecionalidad debía someterse al examen de razonabilidad–; “Russo”, 1999, Fallos: 322:235, considerando 5; “Kohn Loncarica”, 1999, Fallos: 322:2075, considerando 5 de la Disidencia de LÓPEZ; “González”, 2002, Fallos: 325:3435, considerando 6 del Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, al que se remitió la Corte; “Schneiderman”, 2008, Fallos: 331:735, considerando 4 del Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, al que se remitió la Corte; y “Barrios Rojas”, 2020, Fallos: 343:990, voto de Rosatti.

11 CSJN, “Roa Restrepo”, 2021, Fallos: 344:1013, Voto mayoritario suscripto por Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti; y “Alaguibe”, 2023, Fallos: 346:854, voto suscripto por Rosenkrantz y Lorenzetti.

En doctrina, es difícil encontrar defensores a ultranza de que el elemento causa sea siempre reglado, aunque sí se ha predicado dicho carácter en cuanto a la competencia¹², la forma¹³ y la finalidad¹⁴.

A nuestro entender, no resulta conveniente descartar, de antemano, la posibilidad de que los citados elementos del acto puedan ser parcialmente discrecionales, sobre todo, ante la existencia de competencias implícitas o inherentes, formas esenciales cuya reglamentación no resulta tan completa como uno quisiera y la posibilidad de que no existan criterios normativos de apreciación de los hechos. Por ello, creemos que sería prudente analizar caso a caso, ya que puede ocurrir que lo reglado, o lo discrecional, no responda al elemento esencial de un acto administrativo en forma íntegra, sino que se vincule con algún aspecto de éste¹⁵.

Quizás, el único elemento que sí podría ser siempre reglado es la finalidad, ya que, por definición, se encuentra en la norma atributiva de facultades. Sin embargo, incluso frente a este elemento, son frecuentes los casos en los cuales dichas normas presentan una vaguedad y/o ambigüedad tal, que sólo permite acceder a la finalidad a través de una interpretación razonable que se asemeja mucho a lo discrecional¹⁶.

Tal vez, por eso la ley establece que, cuando el vicio del acto se observa en el elemento finalidad, la autoridad administrativa ha ejercido su competencia en forma irrazonable o ha actuado con desviación de poder. Es decir, supuestos típicamente relacionados con la discrecionalidad administrativa.

2. CONTROL DE LEGITIMIDAD

Así, la evolución del sistema jurídico ha logrado cambiar el descontrol inicial, reduciendo el ámbito de la discrecionalidad administrativa y amplificando los casos en que la Administración debe sujetarse a la revisión judicial de su actuar.

De este modo, existe cierto consenso en que todo acto administrativo, ya sea dictado en ejercicio de facultades discrecionales o no, se encuentra sujeto a un control de legitimidad. El cual comprende, por un lado, el de legalidad, con

12 Sesín, ya cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113; CAMPOLIETI, ya cit.

13 GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113. Aunque se ha admitido “la existencia de un margen de discrecionalidad en este elemento cuando la norma establece distintas formas alternativas o no impone la estricta observancia de una forma determinada, en cuyo caso la Administración es libre para determinar aquella que juzgue más conveniente” (CAMPOLIETI, ya cit.).

14 TAWIL, Estudios..., ya cit., pp. 4 y 5; SESÍN, ya cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113; CAMPOLIETI, ya cit.

15 “Estimo que ni siquiera corresponde hablar de elementos discrecionales o reglados, porque incluso un mismo elemento o requisito del acto puede manifestar ambos aspectos” (SESÍN, ya cit., p. 96). En similar sentido, SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 263; GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-25.

16 “La aplicación de la ley no importa solamente lógica sino una cierta dosis de poder discrecional” (LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 87).

relación a sus aspectos reglados y, por el otro, un control de conformidad con los principios generales del Derecho, en particular, el de razonabilidad.

Sin embargo, antes de abordar las particularidades de estas cuestiones, ha de recordarse que dichos controles parten de una premisa (que también actúa como principio): La presunción de legitimidad, constitucionalidad o convencionalidad de los actos que dictan las autoridades constituidas.

3. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

Es quien alega la irrazonabilidad o ilegitimidad del acto quien debe efectuar una demostración concluyente y categórica de dicho punto. Por más amplias que puedan pensarse las facultades que tiene la magistratura para revisar el actuar administrativo, es necesario recordar que su control parte, por principio, de la presunción de la legitimidad apuntada, la cual exige que quien impugna judicialmente el acto, pruebe de manera indubitable su invalidez. Puesto que, en caso de duda, debe estarse a la validez de la norma impugnada.

Desde otra perspectiva, se ha entendido que “la presunción de legalidad de los actos importa la carga de la persona de impugnarlos, pero una vez impugnados, la carga de la prueba constituye otra cuestión que debe regirse por las reglas de distribución generales y no por una presunción que ha agotado previamente sus efectos propios”¹⁷.

Es absoluta la importancia que tiene este tema en cualquier demanda contra el Estado, ya que “la formulación de meras afirmaciones genéricas que sólo alcancen a reflejar una dogmática discrepancia” con la solución administrativa no suele ser suficiente a los fines de impugnar judicialmente el actuar estatal¹⁸.

El Poder Judicial tiene la potestad de revisar el actuar administrativo, pero es la persona que se dice afectada quien debe instar esa revisión mediante argumentos concretos y aptos de incidir en la convicción de la magistratura. Estos argumentos son, principalmente, los que veremos en los siguientes títulos.

17 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Pamplona, Civitas - Thomson, pp. 86 y 87. En sentido similar, se ha dicho que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera [la autoridad administrativa] de aportar las pruebas que sustenten su acción” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, *El acto administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011, p. V-23; en similar sentido, Casarini, Luis y José Luis López Castiñeira, “La prueba en el proceso contencioso administrativo”, publicado en este tomo).

18 CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, 04/12/2012, Fallos: 335:2418. En el particular caso de las sanciones administrativas, sin embargo, la mentada presunción de legalidad debe conciliarse con el consabido principio de inocencia, al punto que se ha llegado a afirmar que esta garantía importa la supresión misma de la presunción de legalidad y de la ejecutoriedad de los actos y actas administrativos (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 1ª ed., Buenos Aires, Thomson - Civitas - La Ley, 2006, p. 181).

En consonancia con esta tesis, la Corte Interamericana explica que “las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe”¹⁹.

No obstante, también cabe recordar que su jurisprudencia admite la existencia de determinadas circunstancias que parecieran relativizar este principio. Tal sería el caso de las restricciones al derecho a la información, en el cual el principio de máxima divulgación establece la presunción de que toda información es accesible, por lo que correspondería al Estado demostrar que las restricciones que establezca cumplan con los requisitos convencionales²⁰.

Otro ejemplo puede encontrarse en los casos en los que las restricciones se vinculan con el derecho a la igualdad de *categorías protegidas*, es decir, por una discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“Tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad

19 Corte IDH, casos “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/08/2013, Serie C No. 266, párr. 173; “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 29/08/2013, Serie C No. 268, párr. 210 y “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/06/2015, Serie C No. 293, párr. 189.

20 “La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”. Por ende: “Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos” (Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile” [Fondo, Reparaciones y Costas], 19/09/2006, Serie C No. 151, párrs. 92 y 93).

demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”²¹. A igual conclusión ha arribado en la jurisprudencia de la Corte Suprema²².

En cuanto a este particular, la Corte Interamericana entiende que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”, que “se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y [que] es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”²³.

Por ello, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”²⁴.

21 Corte IDH, caso “Granier”, ya cit., párr. 228. Ello “implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva” (caso “Guevara Díaz Vs. Costa Rica” [Fondo, Reparaciones y Costas], 22/06/2022, Serie C No. 453, párr. 49). Por consiguiente, no puede dejar de brindar “una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad” (Corte IDH, caso “Flor Freire Vs. Ecuador” [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], 31/08/2016, Serie C No. 315, párrs. 125 y 126).

22 CSJN, “Hoofst Pedro”, 2004, Fallos: 327:5118; “Gottschau Evelyn”, 2006, Fallos: 329:2986; “Mantecón Valdez”, 2008, Fallos: 331:1715; “Partido Nuevo Triunfo”, 2009, Fallos: 332:433; “Pérez Ortega”, 2013, Fallos: 336:131; “Z. J. J.”, 2014, Causa Z. 9. XLVIII. RHE y “Vázquez Miriam”, 2020, Fallos: 343:1447.

23 Corte IDH, casos “Guevara Díaz”, ya cit., párrs. 46 y 48 y “Flor Freire”, ya cit., párr. 109 y Opinión Consultiva OC-27/21 “Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su Relación con Otros Derechos, con Perspectiva de Género”, 05/05/2021, Serie A No. 27, párr. 152.

24 Corte IDH, casos “Flor Freire”, ya cit., párr. 110 y 101 y “Pavez Pavez Vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 04/02/2022, Serie C No. 449, párrs. 65 y 67. La Corte Interamericana define “la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Opinión Consultiva OC-27/21, ya cit., párr. 153).

“La orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por este instrumento interamericano

4. CONTROL DE LEGALIDAD

La Justicia tiene la potestad de revisar los aspectos reglados del acto. Tanto el elemento competencia, como la forma, el procedimiento, la causa, la motivación, la finalidad e, incluso, el objeto, pueden ser reglados (y, en muchas ocasiones, lo son).

En la medida en que ello suceda, la magistratura deberá establecer, básicamente, el grado de cumplimiento de los requerimientos normativos configurativos de la conducta administrativa predeterminada. De no soportar el examen jurisdiccional pleno y ser los vicios graves excluyentes del elemento (o de gravedad equivalente), el acto administrativo será nulo, de nulidad absoluta.

Con esta verificación se efectúa un juicio lógico jurídico de comparación entre las normas que atribuyeron, en forma directa o indirecta, las facultades a la autoridad administrativa y el acto.

Si bien consideramos que todos los elementos del acto administrativo pueden tener aspectos reglados, trataremos en forma particularizada cuatro cuestiones que resultan de especial trascendencia. En primer lugar, el deber de fundamentación, que se encuentra comprendido en el elemento motivación. En segundo, el alcance de la revisión judicial de los hechos determinantes de la decisión, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el elemento causa del acto administrativo. Tercero, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y, finalmente, lo que se dio a conocer como discrecionalidad técnica. Consideramos que estas últimas dos cuestiones también constituyen, aunque desde otra perspectiva, una herramienta para analizar el elemento causa.

4.1. *Deber de fundamentación*

En todo acto administrativo existe un elemento que tiende a identificarse con lo formal y que no siempre se advierte su real importancia a primera vista. Sin embargo, la fundamentación o motivación es “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en derecho”²⁵. Constituye el deber de explicitar cuáles fueron los hechos y

cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (párr. 155).

25 FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., p. 82. “El derecho de defensa y la tutela judicial efectiva comprenden también el derecho de obtener una decisión fundada” (SESÍN, ya cit., p. 37. En igual sentido, CASARINI, Luis, “La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa”, en ALONSO REGUEIRA (dir.), *El control de la...*, ya cit., p. 121.

normas²⁶ en los que se basó la autoridad para tomar su decisión a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad²⁷.

El deber de motivación o fundamentación suficiente se encuentra en el art. 7º, inc. e) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, como directa aplicación del derecho de defensa receptado en art. 18 de la Constitución Nacional²⁸ y en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹.

En tal sentido, se ha explicitado que “la motivación de los actos estatales se impone necesariamente –aun a falta de norma expresa que así lo requiera– en sistemas jurídicos tales como el argentino”³⁰.

También se ha entendido que “conviene matizar algunos de los aspectos de esta obligación. Obviamente, como la ley dispone, la motivación de los actos (de los miles de actos discrecionales que cada día se dictan) debe ser sucinta, pues de lo contrario se gravaría a la Administración con una carga desmesurada. Pero, además, debe ser adecuada a cada tipo de acto, pues no es lo mismo, por ejemplo, motivar un acto simple y singular que una disposición, acto o medida compleja y de alcance general”³¹.

Es decir que una motivación sucinta³² o incluso *in aliunde* puede, según el caso, resultar suficiente, siempre y cuando dé “razón al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”³³. “La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados ‘considerandos’ o ‘vistos y considerandos’ que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes

26 “En el derecho argentino se ha entendido que la motivación del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también de su finalidad” (TAWIL, Guido S. y Laura M. MONTI, *La motivación del acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 1).

27 Incluso, se ha entendido que “la motivación y la justificación son exigibles a cualquier norma jurídica” (REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, “Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, 2014, p. 90).

28 Cfr. COVIELLO, Pedro, J.J., “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 129 y ss.

29 Sobre el desarrollo interamericano respecto de este deber, ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Tutela administrativa y Convencional Efectiva”, publicado en el Tomo Celeste de esta obra.

30 TAWIL - MONTI, ya cit., p. 98-99.

31 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 269. “Es indudable que una motivación válida no depende necesariamente de su extensión” (TAWIL - MONTI, ya cit., p. 61).

32 TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 8 y 61.

33 *Ibidem*, p. 62. Su concepción “transpira la función democrática de la motivación, entendida como rendición de cuentas del poder ejercido y sometimiento del mismo al control de sus [personas destinatarias]” (IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Control de la Discrecionalidad Técnica: Error Manifiesto, Inmediación, Sana Crítica”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 204, septiembre-diciembre [2017], Madrid, p. 25., <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>).

previos que enuncian el porqué –de hecho y de derecho– del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado”³⁴.

Más allá de lo expresado, tampoco debe soslayarse que “son los actos discrecionales y no los reglados los que requieren de una motivación en mayor medida [...] a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión”³⁵. “Por discrecional que la decisión sea, la Administración debe explicar las razones por las que la adopta”³⁶.

En cuanto a este punto, resulta paradigmático el caso “Silva Tamayo” (2011). Allí la Corte Suprema argentina enfatizó que, si bien la motivación tiene gran relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas (porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión), es especialmente exigible cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues estas deben hallar en aquella el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio³⁷.

En consecuencia, en ningún caso puede admitirse que el ejercicio discrecional de la función administrativa se encuentre fundado en “fórmulas carentes de contenido”, “expresiones de manifiesta generalidad” o en la mera “mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos”. Por el contrario, debe darse un “estricto” cumplimiento de este deber, en forma “concreta” y de acuerdo con los hechos del caso³⁸.

34 GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-28. “Desde esa óptica, la Procuración del Tesoro ha señalado que, aun cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente –a pesar del defecto técnico que ello significa– si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí” (TAWIL - MONTI, ya cit., p. 70).

35 FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., pp. 82 y 85. En similar sentido, ver TAWIL - MONTI, ya cit., p. 61. En coherencia con esta postura, también se ha recordado que “la temática que debe abordar la justicia administrativa pasa por limitar el poder, el cual ‘es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación’, de tal manera que ‘a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigoramiento de las garantías y un acentuación de las responsabilidades’” (FURNARI, Esteban C. y Roberto O. FURNARI, *Proceso contencioso administrativo federal*, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 2).

36 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 268. Como contracara de esta máxima, también se ha entendido que los actos primordialmente reglados pueden estar motivados en forma mínima, incluso con la sola cita de la norma en que se sustentan (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 64, 78, 79 y 82); “criterio que debe admitirse con algunos reparos, pues la hermenéutica –siempre presente en la aplicación de la ley– exigirá aun en el campo reglado la motivación adecuada” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado en lo contencioso administrativo*, T. 2, 11ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 683).

37 CSJN, “Silva Tamayo”, 2011, Fallos: 334:1909 y sus citas.

38 “Respecto a la extensión del motivo, éste ha de ser real, y adaptado a cada caso discutido, no pudiendo limitarse a utilizar frases típicas o fórmulas prefabricadas. En general se admite

“Si la motivación constituye un requisito esencial del acto –o parte de uno de ellos– y su carencia conduce a que el acto sea irregular –como lo admite la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia argentina–, la falta de motivación no puede ser saneada posteriormente por la Administración en tanto ello sólo resulta posible en los supuestos de actos regulares, mas no en el caso de los irregulares”³⁹.

En sentido contrario, se ha entendido que “la ausencia o insuficiencia de motivación no significa necesariamente que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a Derecho. En consecuencia, es exagerado concluir que una decisión discrecional no motivada es, por esa sola razón, arbitraria. El defec- to de motivación (al igual que la motivación formal) no exime, por tanto, [a la autoridad] judicial de indagar las razones reales de la decisión y valorarlas hasta donde sea posible en Derecho; pero si es la falta de motivación la que no permite conocer esas razones, el acto debe ser anulado, para que la Administración moti- ve, en su caso, la decisión”⁴⁰.

Por último, cabe recordar que “la motivación carece de autonomía funcional. No es una ‘mónada’ que permita ser examinada ‘en sí y por sí sola’; por tanto, la racionalidad de la motivación no es de carácter *autorreferencial* nada más (raciona- lidad como coherencia intrínseca), sino, ante todo, *relacional*. En efecto, hay una doble circunstancia que condiciona la hechura de la motivación. Por un lado, la [...] resolución consta de dos elementos articulados entre sí: decisión y motivación. Por otro, la [...] resolución se emite como colofón de un proceso o procedimiento y, por ende, guarda con este un vínculo”. “En síntesis, controlar la motivación supone verificar: a) la completitud de la justificación que aporta; b) la fidelidad de la infor- mación en la que se basa; c) la racionalidad de la argumentación construida”⁴¹.

que la motivación pueda ser breve, pero a condición de que resulte concreta y precisa” (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 61 y 62).

39 TAWIL - MONTI, ya cit., p. 73. En similar línea argumentativa, se ha entendido que ya “no recae sobre el recurrente la carga de argumentación y prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Obviamente, además, no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente, ni –mucho menos– corresponde [a la autoridad] judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedi- miento” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, Barcelona, *In Dret*, 1/2015).

40 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 269.

41 IGARTUA SALAVERRIA, ya cit., pp. 32 a 34.

4.2. *Hechos*

Este aspecto puede traer alguna complejidad en su análisis. Hemos dicho que la discrecionalidad consiste en la facultad normativamente conferida que tiene la autoridad administrativa para ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión entre otras igualmente válidas. Al efectuar dicha operación, toma en cuenta ciertos hechos que entiende como determinantes.

Ahora bien, es importante dejar aclarado que, al fiscalizar el ejercicio del poder discrecional, la magistratura puede revisar plenamente la materialidad y exactitud de los hechos. Incluso, la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa se concreta sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente.

Si los hechos no existen, son falsos o distintos a los tomados en consideración por la autoridad administrativa, el acto será inevitablemente inválido. No cabe, en este aspecto, elección discrecional alguna. El mundo de los hechos no puede “ser” y “no ser” al mismo tiempo. El milagro, “no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”⁴². Por ello, en este terreno, el control judicial es pleno, sin que ello importe menoscabo alguno a la discrecionalidad de la Administración.

Antes de continuar, sin embargo, cabe que pongamos de resalto dos reparos sobre el tema, ya que no toda cuestión relacionada con lo fáctico es siempre ajena a la discrecionalidad administrativa.

a) En primer término, existen cuestiones que escapan a la mera verificación o comprobación de la existencia o corrección de circunstancias fácticas. Ello ocurre cuando la decisión administrativa no se sustenta en los meros hechos, sino en la valoración que la autoridad administrativa haya efectuado de ellos⁴³.

En este sentido, cabe recordar que el Consejo de Estado francés reconoció primero la posibilidad de revisar la calificación jurídica de los hechos en el *arrêt*

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 40. En igual sentido, ver SCHMIDT-ASSMANN, ya cit., p. 230; TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 200 y ss.; TAWIL - MONTI, ya cit., p. 92; SESÍN, ya cit., pp. 305 y ss.; GORDILLO, T. 1, ya cit., p. X-16 y MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T. 2, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 650 y ss.

43 “En cuanto al control de los hechos determinantes, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado desde la verificación de la existencia y exactitud de los hechos (*accertamento*, en expresión italiana) en que se funda el ejercicio de la potestad hacia el control de su valoración o ponderación por la Administración (*apprezzamento*). Pero, mientras que la mera existencia y realidad de los hechos determinantes es un elemento reglado, que “escapa a toda discrecionalidad”, su ponderación o valoración implica, la mayoría de las veces, la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso, la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control” (SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 265).

Gomel, de 1914 y, unos años después, la revisión de su existencia, en el *arrêt Camino*, de 1916⁴⁴.

Dicho tribunal distingue entre “existencia”, “calificación jurídica” y “apreciación” de los hechos determinantes. Si bien, acepta la revisión judicial de las primeras dos categorías, “se niega a entrar en lo que llama ‘apreciación de los hechos’, por considerar que eso supondría una auténtica sustitución del criterio de la Administración por el criterio del Tribunal, y, por consecuencia, una violación de la legítima potestad discrecional de aquélla (...) Teóricamente, la distinción es muy sencilla: en la calificación jurídica de los hechos nos encontramos ante un fenómeno o elemento jurídico, y por eso pueden intervenir los Tribunales; mientras que la ‘apreciación de los hechos’ se sitúa en el terreno de la oportunidad –no de legalidad–, en el que no pueden entrar los Tribunales”⁴⁵.

De este modo, si quisiéramos apropiarnos de la terminología francesa, podríamos afirmar que cuando el criterio de valoración de los hechos se encuentra predeterminado por criterios normativos, la autoridad administrativa efectúa una “calificación jurídica” identificable con el ejercicio de facultades regladas; mientras que, por el contrario, nos encontramos con una “apreciación” cuando la norma atributiva deja librada la formulación de tal criterio a la discrecionalidad de la autoridad emisora del acto⁴⁶.

En un caso, la valoración fáctica que efectúa la autoridad administrativa es reglada y, en el otro, discrecional. Sin embargo, en ambos casos la cuestión se vincula con lo jurídico, no con lo netamente fáctico.

b) En segundo lugar, puede existir otro orden de cuestiones (en las que por lo general intervienen políticas legislativas de estrategia y diseño procesal e, incluso, la propia voluntad de las personas impugnantes que imponga, como principio, la imposibilidad de comprobar judicialmente los hechos del caso.

Esto sucede cuando la persona elige un proceso abreviado o de mayor celeridad, como puede ser el amparo o algunos recursos directos, cuyo ámbito de cognición se encuentra limitado, no ya por cuestiones relacionadas con la

44 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *RAP*, 187, 145.

45 Sin embargo, “no todos los ejemplos jurisprudenciales en que se ha respetado el criterio administrativo de apreciación de los hechos son tan claros. La realidad es que la línea fronteriza marcada por el *Conseil d’Etat* dista mucho de ser convincente” (Nieto, Alejandro “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 44, Madrid, 1964, p. 152).

46 Puede analizarse esta cuestión mediante ejemplos en ALONSO REGUEIRA, Enrique, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y ‘Los Espejitos de Colores’”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 1ª ed., Buenos Aires, 2013, p. 383 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>.

discrecionalidad del acto impugnado o por el principio de división de poderes, sino por el diseño procesal del juicio que se lleva a cabo. En estos casos existe una limitación del control judicial, pero no se vincula con discrecionalidad alguna.

4.3. *Conceptos jurídicos indeterminados*

Las normas atributivas utilizan ciertos conceptos jurídicos (como ser “interés público”, “utilidad pública”, “buen padre de familia”, “buena fe”⁴⁷, “precio más conveniente”, etc.) que se caracterizan por ostentar cierta ambigüedad o vaguedad⁴⁸.

Si bien estos resultan potencialmente generadores de discrecionalidad administrativa, lo cierto es que, en ocasiones, pueden importar un aspecto reglado del acto. Es decir, puede suceder que, sin perjuicio de la vaguedad potencial del término, este dé lugar a un solo camino jurídicamente válido a la luz del resto del ordenamiento jurídico y, especialmente, de los hechos del caso.

Dado un caso concreto, no puede admitirse que una decisión pueda responder al interés público y que, a la vez, no lo haga. Lo mismo ocurre con la calificación de utilidad pública respecto de determinado bien o emprendimiento. Una conducta cierta de una autoridad pública no puede ser de buena fe y, a la vez, no serlo. El precio de una oferta no puede calificarse como el más conveniente

47 “El criterio de la buena fe resulta en la práctica excesivamente elástico, jugando como un arma argumental de dos filos –la buena y la mala fe– en manos de la discrecionalidad administrativa más plena” (LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO, “La Revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, 2022, nro. 217, p. 37).

48 Si bien es una teoría que, en nuestro país, no ha tenido una aplicación jurisprudencial que pueda calificarse de profusa, sí ha sido objeto de jugosos estudios doctrinarios que demuestran su valor: GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en GRECCO Carlos M. y Guillermo A. MUÑOZ, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 719 y ss.; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 686; CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 185; SESÍN, ya cit., p. 190 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, T. 1, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 315 y GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 95.

De igual modo, en el plano internacional, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1976; PAREJO ALFONSO, ya cit., pp. 90 y ss. y “El control, en especial judicial, de los poderes públicos”, en ABBONA, Angelina [et al.], *150 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-2013: ciclo de conferencias internacionales sobre la “evolución del derecho administrativo”*, Buenos Aires, Procuración del Tesoro de la Nación, 2014, p. 172 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 42 y ss. y *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Navarra, Civitas - Thomson, 2009, p. 147 y ss.; PARADA, ya cit., p. 103 y ss.; AARNIO, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *DOXA*, 8 (1990), p. 24 y ss., y BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., p. 81 y ss.

para una determinada contratación administrativa y admitirse, paralelamente, que haya otro igual o más conveniente que este.

Todos estos conceptos (sean de experiencia o de valor) revisten el carácter de jurídicos y pueden encontrarse en la norma atributiva de la facultad como indeterminados. Sin embargo, su significación puede reducirse en el proceso aplicativo de la norma, de modo que pueda arribarse a una “única solución justa”, a través de una apreciación disyuntiva.

Para una parte de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados se diferencian de la discrecionalidad en que, si bien no se encuentran enteramente definidos en la norma, podrían ser precisables en cada caso concreto mediante dicha operación interpretativa. Frente a un concepto jurídico indeterminado podría existir una sola alternativa válida, en cambio, frente a la discrecionalidad existen, al menos, dos.

Considera que, en tales supuestos, no estamos en presencia de una actividad discrecional propiamente dicha y que la labor de la magistratura está destinada a comprobar si la valoración efectuada por el poder administrador se corresponde con lo establecido por la norma y advertir, de ese modo, si la Administración se ha equivocado en la aplicación del concepto al caso concreto.

Sostiene que ambos institutos difieren en cuanto a su naturaleza. “Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero margen de volición, mientras que el margen de apreciación [propio de los conceptos jurídicos indeterminados] sería un mero margen de cognición”⁴⁹.

Sin embargo, tal postulado “no resulta convincente”. Pues, “en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen [...] ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál [sería] la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando [la propia autoridad administrativa] con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata –al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional– de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo”⁵⁰.

49 BACIGALUPO SAGGESE, ya cit., p. 98.

50 *ibidem*, p. 99, con cita de BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 203. En similar sentido, CASSAGNE, ya cit., p. 192. Allí se agrega: “Además, resulta notoria la similitud que existe entre la ‘amplia extensión’ que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad muy parecida, y basado en cánones muy similares”.

Sobre este tema, también se ha expresado que la distinción clásica que se efectúa “entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es útil, ya que permite diferenciar los casos en que la norma confiere a la Administración capacidad para decidir sobre las consecuencias jurídicas de aquellos otros en los que solo ha de apreciar o valorar la presencia del supuesto de hecho. No obstante, no permite una separación radical entre ambas categorías. No hay que olvidar que se trata de una distinción elaborada por la dogmática alemana que se generaliza después en el Derecho español, pero que no está presente en el resto de las tradiciones jurídicas, que reconducen todo al ámbito de la discrecionalidad administrativa. A este respecto, hay que tomar tres argumentos: A. En las potestades discrecionales la ‘discrecionalidad’ puede estar más en el supuesto de hecho que en las consecuencias [...] B. [...] la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados puede permitir un margen de apreciación [...] Dicho de otra forma, [...] un cierto grado de discrecionalidad [...] C. La extensión del control judicial tiende a aproximarse en ambos casos”⁵¹.

4.4. *Discrecionalidad técnica*

Una parte de la doctrina ha calificado a esta noción como “un auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega”⁵².

En tal sentido, entiende que “los aspectos técnicos involucrados en una determinada decisión administrativa forman parte de los antecedentes del acto y, por lo tanto, no escapan al control del tribunal judicial por ser ajenos a la esfera de la discrecionalidad propiamente dicha”⁵³.

También, sostiene que la discrecionalidad técnica constituye “en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equívoca y por ello controvertida),

51 “Los conceptos jurídicos indeterminados pueden comportar también un *margen de apreciación* [...] permite por definición que sean jurídicamente posibles una decisión y su contraria, siempre que ambas puedan presentarse como aplicaciones jurídicamente defendibles del concepto normativo en cuestión. Así las cosas, si la Administración puede llegar a varias soluciones jurídicas aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional. Esta discrecionalidad no es *volitiva* (la decisión ha sido tomada por [la legislatura]), sino *cognitiva*, o *de juicio* (*Kognitive Ermessen*), pero discrecionalidad al fin y al cabo” (Laguna de Paz, ya cit., pp. 438-441).

52 FERNÁNDEZ, T-R, “La discrecionalidad técnica...”, ya cit., p. 169.

53 CAMPOLIETI, ya cit. Bajo esta postura, se ha observado que “[p]ocas decisiones resultan tan ilustrativas de un enfoque errado en esta materia como el pronunciamiento recaído en la conocida causa ‘López de Reyes’, en la que el Alto Tribunal aceptó la validez de un control judicial limitado exclusivamente a las cuestiones jurídicas en virtud de la especial deferencia de la que resultaba acreedora la Administración frente a la ‘creciente complejidad’ de sus funciones. Este pronunciamiento –digno de ser recordado más por la disidencia de Boffi Boggero que por los argumentos vertidos por quienes concurrieron a formar la opinión mayoritaria– demuestra la facilidad con que se ha llegado a confundir en ocasiones la exigencia de conocimientos técnicos que faciliten la apreciación de los hechos con la atribución implícita de potestades discrecionales” (TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 208).

una manifestación del margen de apreciación [...] que provocan en su zona de incertidumbre aquellos conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común [una persona media]]⁵⁴.

Asimismo, se ha afirmado que los juicios técnicos, “tanto cuando se formulan en el marco de un procedimiento administrativo por [una autoridad, más o menos especializada], de la propia Administración como cuando se producen en el curso de un proceso por [una pericia] judicial o por una academia o institución cultural o científica, plantean siempre el mismo problema. Un tribunal no está en condiciones de afirmar o negar la corrección de las valoraciones realizadas por [las personas expertas], no tanto o no solo porque carece de los conocimientos necesarios para ello, sino también y sobre todo porque no puede hablar otro lenguaje que el del Derecho ni utilizar otros instrumentos que los de naturaleza estrictamente jurídica. Ello no significa, como es obvio, que esas valoraciones le vinculen y que no pueda apartarse de ellas a la hora de resolver. Las leyes procesales le autorizan a valorarlas, ‘según las reglas de la sana crítica’⁵⁵.”

Esta concepción supone que la discrecionalidad técnica, por el sólo hecho de identificarse con los antecedentes de la decisión, excluye la noción de discrecionalidad, conclusión que ha quedado descartada en varias oportunidades en esta obra. Sin embargo, la discrecionalidad administrativa, “no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas”⁵⁶.

Otra parte de la doctrina, indica que “[l]a discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino de la propia naturaleza de las cosas”. Bajo este instituto postula que la “oponibilidad debe agotar la hermenéutica

54 BACIGALUPO SAGGESE, ya cit., p. 99. En similar sentido, se ha entendido que “la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen [la Administración] no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes” (GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-19). Pero, a los fines de declarar la ilegalidad de la medida, “no basta con la existencia de opiniones técnicas discordantes, sino que se requiere que todas las opiniones técnicas allegadas al expediente (con la posible excepción de las emanadas de la Administración) sean unánimes en el juicio técnico disvalioso de la decisión administrativa”. De modo que [la judicatura] no puede tenerse como “incapaz de entender en cuestiones de índole técnica, sino que allí donde no existen otras razones que exijan un control judicial pleno, la deferencia del Poder Judicial hacia tales conclusiones no hace sino respetar un razonable principio de división de tareas entre los distintos poderes del Estado” (MAIRAL, ya cit., pp. 649 y 681).

55 En definitiva, concordamos con el autor, en cuanto a que “de la mal llamada discrecionalidad técnica ya solo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación, que [la ley] cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de quedarse sin contenido y que la jurisprudencia [...] sigue usando por pura inercia” (FERNÁNDEZ, T-R., “La discrecionalidad técnica...”, ya cit., pp. 173, 183 y 184).

56 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, 1ª ed., Madrid, INAP - Marcial Pons, 2003, pp. 220 y 221.

interpretativa acompañada con la profunda verificación de los hechos para separar lo que corresponde a lo ‘técnico-reglado’ y a lo ‘discrecional’ relacionado con la técnica. En definitiva, [que] se tratará siempre de actividad reglada o discrecional, pues aun cuando se interrelacione con lo técnico no pierden su identidad”⁵⁷.

En el marco de esta tesis, se ha entendido que “lo técnico –en el sentido expresado– forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva”. Consecuentemente, no tienen asidero las “posturas jurisprudenciales que sustentan que frente a cuestiones técnicas complejas lo resuelto por [las autoridades técnicas] de la Administración es irrevisable por [la magistratura]”⁵⁸. En todo caso, tal discrecionalidad técnica solo “comporta una presunción *iuris tantum* de acierto de sus decisiones”⁵⁹, la cual puede “ser desvirtuada por una prueba en contrario lo suficientemente concluyente para evidenciar el error patente de la decisión”⁶⁰.

En el pasado he defendido la primera de estas dos posturas⁶¹ y hoy, en cambio, mi posición resulta más cercana a la segunda.

En este sentido, sigo pensando que las reglas de la técnica no constituyen reglas jurídicas. Sigo pensando que la discrecionalidad solo puede provenir de normas jurídicas atributivas de facultades, que no es de generación espontánea

57 SESÍN, ya cit., pp. 44 y 173.

58 Ibidem, p. 44.

59 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Sobre la Discrecionalidad Técnica y la Sana Crítica”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 197, mayo-agosto (2015), Madrid, p. 211 y ss., <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.06>.

60 Es interesante el tratamiento que le ha otorgado el Tribunal Supremo español a la cuestión. En primera medida, distingue entre el “núcleo material” no susceptible de revisión y los “aleaños” del juicio técnico que efectúa la autoridad administrativa, que serían aquellas “actividades preparatorias e instrumentales”.

“Sobre esta base teórica –expresada o no en la sentencias–, los tribunales han anulado el resultado de determinados procedimientos de selección porque [la autoridad] de selección introdujo exigencias o méritos valorables no contemplados en las bases de la convocatoria, porque las preguntas formuladas a los aspirantes en pruebas de tipo test no eran suficientemente claras o exactas, o bien porque las respuestas tachadas de incorrectas en ese mismo tipo de pruebas eran en realidad correctas, cuando se ha producido un error aritmético de puntuación fácilmente detectable, o cuando es posible constatar una desigualdad en los méritos que se valoran a unos u otros candidatos o no se justifica la diferente puntuación otorgada a dos o más de ellos que realizan ejercicios sustancialmente iguales”.

El Tribunal Supremo “dio un paso más afirmando la necesidad de que [las autoridades] de selección motiven el juicio técnico en que fundan sus decisiones”, pues “no solo es jurídicamente inaceptable y, por tanto, causa de nulidad que no se lleguen a exteriorizar las razones del juicio técnico, sino que también cabe controlar por [las autoridades] judiciales si la motivación es suficiente o adecuada, o sea, que explique con claridad dichas razones” (SÁNCHEZ MORÓN, “Sobre...”, ya cit., p. 211 y ss.).

61 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de Convencionalidad de la Actividad Estatal*, 1ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 2017, p. 41.

y que no proviene de la naturaleza de las cosas. Mantengo también que la discrecionalidad técnica se relaciona con el elemento causa del acto administrativo, más precisamente, con los hechos y su valoración.

Sin embargo, debo reconocer que todo ello no excluye la existencia de la discrecionalidad. Por consiguiente, tal como se explicara en el apartado 4.2 del presente y utilizando los términos apropiados del Consejo de Estado Francés, considero que la discrecionalidad técnica se identifica, sin más, con un supuesto de apreciación discrecional de los hechos determinantes. Es decir, un supuesto en que la norma atributiva, a lo sumo, le ha otorgado la facultad de valorar discrecionalmente los hechos a la autoridad emisora del acto administrativo. Tal discrecionalidad, como toda discrecionalidad, resulta revisable en los términos que serán explicados en el apartado siguiente.

4.5. *Legalidad y discrecionalidad sancionatoria*

En materia sancionatoria, el control de legalidad adquiere, sobre todo a partir de la jurisprudencia interamericana sobre la materia, un mayor protagonismo en el control de la discrecionalidad administrativa.

“El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que ‘[ninguna persona] puede ser [condenada] por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable’. Dicho principio preside la actuación de [todas las autoridades] del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo [...] también [...] el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible”⁶².

Así ha definido la Corte Interamericana la garantía que se encuentra receptada por el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que obliga a los tres poderes del Estado. Al Poder Ejecutivo, le impide la creación de los tipos penales; al Poder Legislativo, le exige que emplee, en tal creación, términos claros, precisos, estrictos y unívocos; y al Poder Judicial, en tanto sólo puede considerar como delictiva una conducta que se encuentre previamente

62 Corte IDH, caso “Mémoli Vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/08/2013, Serie C No. 265, párr. 154, con cita de casos “Cinco Pensionistas Vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 28/02/2003, Serie C No. 98, párr. 155; “Suárez Peralta Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 19; “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párr. 107, y “Mohamed Vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2012, Serie C No. 255, párr. 130. En sentido similar, caso “Flor Freire”, ya cit., párr. 146.

determinada como tal por la ley, prohibiendo, por ende, tanto la aplicación retroactiva como el uso de la analogía, en los casos que perjudique [a la persona imputada]⁶³.

En “Baena” (2001), la Corte Interamericana estimó que “el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal”⁶⁴.

“Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última [materia]. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contraviene y que se pretende sancionar”⁶⁵.

“La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, [las personas] particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”⁶⁶.

Con posterioridad a este precedente, la Corte parece esbozar la intención de alejarse del art. 9º de la CADH, como sustento de las limitaciones al poder sancionatorio del Estado. Así, en el caso “López Mendoza” (2011), se inclina hacia la necesidad de preservar la seguridad jurídica, en virtud de lo preceptuado en los arts. 2º y 8º.1 de la Convención.

“[E]n el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea

63 PIQUÉ, María Luisa, “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad”, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit., p. 169 y ss.

64 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 106, postura luego ratificada en los casos “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 03/05/2016, Serie C No. 311, párr. 89 y “Cuya Lavy y otros Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/09/2021, Serie C No. 438, párr. 141.

65 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 106.

66 Ídem. Esta postura fue posteriormente ratificada en Corte IDH, caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2004, Serie C No. 111, párr. 176.

ha establecido que la norma respectiva debe ser: *i*) adecuadamente accesible, *ii*) suficientemente precisa, y *iii*) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado ‘test de previsibilidad’, el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: *i*) el contexto de la norma bajo análisis; *ii*) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y *iii*) el estatus de las personas a quienes está dirigida la norma”⁶⁷.

Finalmente, termina por retomar la senda originaria en el caso “López Lone” (2015) y encuadra la aplicación del referido “test de previsibilidad” en el principio de legalidad y no retroactividad penal, receptado por el art. 9º citado⁶⁸.

Sin perjuicio de lo cual, en relación con las faltas disciplinaria, estima que “su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver”⁶⁹.

En definitiva, lo que ha de garantizarse es que la aplicación de las sanciones administrativas sea previsible, ya “sea porque está expresa y claramente establecida en la ley la conducta sancionable de forma precisa, taxativa y previa o porque la ley delega su asignación [a la autoridad juzgadora] o a una norma *infra* legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad”⁷⁰. Es decir que, en palabras de la propia Corte Interamericana, la Convención admite que “las faltas disciplinarias pueden estar establecidas en normas que no tengan rango legal”⁷¹.

(i) Previsibilidad y precisión

Si bien la jurisprudencia reseñada es lo suficientemente clara como para que no sea necesario efectuar mayores explicaciones, quisiéramos profundizar el análisis de dos exigencias que pueden verse como complementarios. A partir

67 Corte IDH, caso “López Mendoza Vs. Venezuela” (Fondo, Reparaciones y Costas), 01/09/2011, Serie C No. 233, párr. 199.

68 Corte IDH, caso “López Lone y otros Vs. Honduras” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/10/2015, Serie C No. 302, párr. 257. Postura que ratificara con posterioridad, en casos “Flor Freire”, ya cit., párr. 146 y “Martínez Esquivá Vs. Colombia” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), 06/10/2020, Serie C No. 412, párr. 110.

69 Corte IDH, casos “López Lone”, ya cit., párr. 257; “Maldonado”, ya cit., párr. 89; “Rico Vs. Argentina” (Excepción Preliminar y Fondo), 02/09/2019, Serie C No. 383, párr. 102; “Flor Freire”, ya cit., párr. 146; “Urrutia Laubreaux Vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/8/2020, Serie C No. 409, párr. 129; “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 113 y “Mina Cuero Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 7/09/2022, Serie C No. 464, párr. 100.

70 Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párr. 259.

71 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 105.

de ellas, será necesario que la norma que contempla la calificación de un hecho como ilícito otorgue previsibilidad y, al mismo tiempo, sea suficientemente precisa⁷².

En lo atinente a la primera exigencia, resulta interesante el hecho de que la Corte no pareciera requerir que la conducta sancionada tenga que encontrarse estipulada por una ley formal del Congreso, sino que tal regulación podría efectuarse mediante la delegación de la ley a la autoridad juzgadora o a una norma *infra* legal. Lo que sí resultaría inadmisibles es que dicha delegación no contenga “criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad”⁷³.

En cuanto a la segunda, la Corte considera “que los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca”⁷⁴.

(ii) *Discrecionalidad circumscripta*

Como puede verse, dentro del diseño de control de convencionalidad que establece la Corte Interamericana en materia disciplinaria, la aplicación de principio de legalidad penal, con sus subprincipios de previsibilidad y precisión, tiene una incidencia directa en el alcance de la discrecionalidad administrativa. Puesto que esta debe encontrarse siempre limitada o circumscripta a criterios objetivos

72 En el ámbito infraccional, la Corte Suprema Argentina, con una integración distinta a la actual, efectúa una interpretación similar de la cuestión, al pregonar “la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos: 311:2082, considerando 7º *in fine*), y destacar la ‘especial prudencia’ que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos: 308:552)” (CSJN, “IBM Argentina S.A.”, 1998, Fallos: 321:1248).

73 Corte IDH, “López Lone”, ya cit., párr. 259. Esta postura, a nuestro entender, es la cristalización de lo que ya había dejado entrever la Corte IDH en los casos “Baena”, ya cit., párr. 114 y “López Mendoza”, ya cit., párr. 200.

74 Corte IDH, “López Mendoza”, ya cit., párr. 202. Postura que fuera ratificada en los casos “López Lone”, ya cit., párr. 259; “Rico”, ya cit., párr. 103 y “Urrutia”, ya cit., párr. 130. En los últimos dos casos, hace referencia expresa a “los problemas de indeterminación del tipo sancionatorio”.

Habiendo arribado a este punto, es de destacar que en estos casos la Corte Interamericana contempla la posibilidad de la arbitrariedad no importe únicamente una vulneración al debido proceso receptado por el art. 8º y que sí constituya una “violación del principio de legalidad contenido en el art. 9 de la Convención” (Corte IDH, caso “Rico”, ya cit., párrs. 106 y 108).

previamente reglados o vinculados por las normas o la jurisprudencia⁷⁵. Veamos algunos ejemplos:

En “López Lone” (2015) resalta que “aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal [...], el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados tales como la ‘dignidad de la administración de justicia’ o el ‘decoro del cargo’ requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación”⁷⁶.

En “Flor Freire” (2016), dicho señor había sido sancionado por una conducta que “se encontraba tipificada en una norma *infra legal*, contenida en el Reglamento de Disciplina Militar (...) Sin embargo, dicha norma y la sanción impuesta en consecuencia fueron dictadas con base en una norma legal más general, contenida en los arts. 76 y 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, que regulaba la dada de baja y puesta en disponibilidad por ‘mala conducta’ cuando ‘conven[ía] al buen servicio’, haciendo una delegación expresa al ‘Reglamento correspondiente’ para la determinación de estas circunstancias”. Por ello, la Corte Interamericana concluye que “el señor Flor Freire no fue sancionado con base exclusivamente en una norma reglamentaria. El señor Flor Freire fue sancionado con fundamento en el art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar, en combinación con los arts. 76 y 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, entre otras normas”. “En materia disciplinaria sancionatoria, ciertos conceptos abiertos o indeterminados como la ‘mala conducta’, pueden ser precisados en cuanto a su interpretación o contenido por vía reglamentaria o jurisprudencial, de forma tal de evitar la excesiva discrecionalidad en el uso de dichos supuestos. En virtud de lo anterior, la Corte no encuentra que el simple hecho de que la conducta sancionada fuera precisada en el Reglamento de Disciplina Militar infrinja el principio de legalidad”⁷⁷.

75 En materia sancionatoria “lo discrecional resulta mucho más estrecho” (COVIELLO, “El Exceso...”, ya cit., p. 168). En sentido contrario, la Corte Suprema considera que en “el ejercicio de esas facultades disciplinarias debe reconocerse a la autoridad competente una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego” (CSJN, “Ramos Villaverde”, 2022, Fallos: 345:1365, con cita de Fallos: 305:102; 330:4429).

76 Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párr. 272.

77 Conforme al art. 29.b, “ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de ‘limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte’ de la Convención. De acuerdo al representante, el art. 24.1 de la Constitución ecuatoriana exigía que la infracción establecida en el art. 117 del

En línea con el citado referente, cabe traer a colación el caso “Mina Cuero” (2022), en el cual se hace especial hincapié en la importancia que adquiere el deber de motivación frente a supuestos de indeterminación del tipo disciplinario. Allí, la Corte insiste sobre el hecho de que “los problemas de indeterminación de un tipo disciplinario no pueden ser examinados en abstracto, sino a la luz de la motivación [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación. A juicio de la Corte, la aplicación de un tipo disciplinario abierto no constituye, en principio, una violación del derecho al debido proceso, siempre que se respeten los parámetros jurisprudenciales que se han definido para tal efecto. De esta manera, al aplicar normas abiertas o indeterminadas, se debe tener en cuenta la afectación que la conducta realizada puede tener en la función policial, ya sea establecida positivamente a través de la determinación de criterios normativos para su aplicación o por medio de un adecuado razonamiento e interpretación [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación. De lo contrario, se expondría el alcance de estos tipos disciplinarios a las creencias morales o privadas [de ella]. En esa medida, ante la falta de criterios normativos que orienten la conducta [de la autoridad juzgadora], la motivación del fallo sancionatorio permite dar claridad a los tipos disciplinarios abiertos o indeterminados”⁷⁸.

Reglamento de Disciplina Militar estuviera tipificada en una norma de carácter legal en sentido formal. No obstante, este Tribunal constata que el representante no ha aportado elementos adicionales al texto de dicha norma como fundamento de su aseveración. La Corte recuerda que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementario. A este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las leyes internas, en el ámbito interno o nacional, ni su interpretación. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho. En consecuencia, correspondía al representante la carga argumentativa y probatoria para fundamentar que la interpretación correspondiente al art. 24.1 de la Constitución ecuatoriana de 1998, conforme fue aplicada en el foro jurídico nacional, es aquella que ha alegado ante esta Corte. No obstante, el representante no brindó fundamentación en este sentido”. “[N]o existe una obligación convencional por la cual no se pueda sancionar, por vía disciplinaria, conductas que no sean delitos penales. El control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño de una persona para el cargo o función que desempeña como funcionario público. El control penal tiene como propósito sancionar conductas que lesionan bienes e intereses jurídicos y que [la ley] estimó razonable y proporcional repudiar para el buen funcionamiento de la sociedad. Si bien ambos son una expresión del poder punitivo del Estado, no siempre coinciden ni tienen que coincidir” (Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párrs. 147 a 150).

78 “En cuanto a los alegatos referidos a la violación al principio de legalidad, el Tribunal observa que, en abstracto, el contenido de los numerales 5 y 26 del artículo 64 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, así como los literales c), d) y m) del artículo 30 del mismo Reglamento, proveen elementos que permiten deducir los supuestos de hecho contenidos normativamente, con la precisión requerida dada la naturaleza administrativa disciplinaria de dichos preceptos. Cuestión distinta es que, en su aplicación, la autoridad administrativa no haya logrado explicitar, mediante una motivación suficiente, cómo habrían concurrido en el caso concreto tales supuestos de hecho [...]. Por su parte, frente al alegato del representante, referido a la inobservancia del principio de reserva de ley, el Tribunal estima que las faltas disciplinarias pueden estar

En “Maldonado” (2016), los hechos acreditados, conducen a la solución contraria. Allí la Corte nota que en la normativa local “no se indicaba que la ‘honorabilidad’ o la ‘autoridad moral’ fueran requisitos que debían cumplir quienes ostentaran los cargos de Auxiliar Departamental o de Educador. Dichas características fueron invocadas como causales para la destitución de la señora Maldonado sin que se encontraran contempladas en los requisitos para cumplir las funciones de su cargo titular o su cargo interino. Por lo tanto, la señora Maldonado fue destituida por una conducta que no se encontraba tipificada en el Reglamento del Personal del Procurador de Derechos Humanos como infracción disciplinaria y que además no correspondía a la conducta descrita en [las] disposiciones [...] invocadas [...] para justificar la sanción impuesta [...] De lo anterior se concluye la vulneración del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Maldonado”⁷⁹.

Esta postura es mantenida en “Urrutia” (2020), en el que, frente a una sanción disciplinaria a un magistrado, la Corte agrega que la norma inconveccional también resultaba contraria a la garantía de imparcialidad de lx magistradxs judiciales, receptada en el art. 8º.1 de la CADH. Puntualmente, explica que “la Corte Suprema de Chile al sancionar al señor Urrutia Laubreaux utilizando el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales utilizó una norma que permitía una discrecionalidad incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma en violación del principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención”⁸⁰.

5. CONTROL DE RAZONABILIDAD

La magistratura, ante un acto que cumple con la norma en que se sustenta la facultad de la autoridad administrativa que lo dictó y con el resto de las normas del

establecidas en normas que no tengan rango legal y así lo ha señalado la Corte en casos previos, por lo que no se advierte la vulneración alegada” (Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párrs. 100 y 105).

79 Corte IDH, caso “Maldonado”, ya cit., párrs. 94 y 95.

80 “El propio Estado implícitamente reconoce estos argumentos al manifestar que esta causal disciplinaria fue utilizada por última vez contra el señor Urrutia, lo cual “fue una excepción en la jurisprudencia disciplinaria chilena”, y que la misma no se ha aplicado en los últimos 14 años, admitiendo de esa manera su inconveccionalidad. Asimismo, se advierte que normas como la presente vulneran no solo el principio de legalidad sino también la independencia judicial. En efecto, independientemente de la imprecisión en la formulación legal de la norma de referencia, esta Corte no puede dejar de observar que la garantía para [toda persona, de ser juzgada por una magistratura] “independiente” del art. 8.1 de la Convención, presupone la existencia de [magistraturas] “independientes”, es decir, que todo Estado respete la independencia judicial. Si bien es obvio que existen limitaciones inherentes a la función judicial en cuanto a sus manifestaciones públicas, en especial referidas a los casos sometidos a sus decisiones jurisdiccionales, no deben confundirse éstas con las que hacen a la crítica que pueda dirigir a [las otras magistraturas] y, menos aún, a la defensa pública de su propio desempeño funcional” (Corte IDH, caso “Urrutia”, ya cit., párrs. 135 a 137).

ordenamiento jurídico, nunca podrá imponer su criterio, por más que considere que es más meritorio, conveniente u oportuno. Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿qué es lo que puede examinar, entonces, de estos aspectos que no se encuentran reglados por las normas, sino librados a la discrecionalidad del poder administrador?

Lo que debe hacer es verificar que el acto o actuar administrativo se ajuste a los “principios generales del Derecho”⁸¹. La definición y alcance de estos principios es diversa según se tenga una concepción iusnaturalista o positivista⁸². Sin embargo, más allá de esta diferencia que hace al debate propio de la filosofía del Derecho, ellos tienen una importancia relevante y una función específica al momento de resolver las cuestiones que no tienen solución expresa en la ley. Además, por ser los fundamentos del Derecho, permiten la formulación, integración e interpretación de las normas jurídicas⁸³.

Entre los principios generales del Derecho que limitan el actuar administrativo, es paradigmático el principio de razonabilidad⁸⁴, debido a su mayor utilidad y desarrollo, razón por la que corresponde analizarlo con mayor profundidad.

5.1. Marco normativo

La razonabilidad no se encuentra regulada en todo su espectro en una norma determinada, sin embargo, existe cierto consenso respecto de su alcance y su mecánica⁸⁵.

En la Argentina, su fundamento constitucional reside en el art. 28 de la Constitución Nacional, el cual (siempre es bueno recordarlo)⁸⁶ es anterior a las

81 Cfr. REQUENA LÓPEZ, Tomás, “Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 93; GORDILLO, ya cit., T. 1, pp. VI-31 y ss., pp. X-26, X-29 y ss. y T. 7, *Primeros Manuales*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, pp. VII-1 y VII-2; LINARES, ya cit., pp. 138 y 139; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 66; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 50; SAINZ MORENO, ya cit., p. 350; PARADA, ya cit., p. 427; SESÍN, ya cit., pp. 340 y ss.; TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 16 y 17 y GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 688.

82 SAGGESE, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, 1º ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 37 y ss.

83 ALONSO REGUEIRA, Enrique y Luis E. CASARINI, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *LL*, Año LXXXVI, Nº 231, 7-12-2012, p. 1.

84 COVIELLO, Pedro J. J., “El Exceso de Punición en el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria en Relación con el Empleo Público”, *RAP*: 430:167, p. 172.

85 Existe una trama, “construida en el mundo y, sobre todo, en los Tribunales Administrativos muy acumuladamente, de principios jurídicos que limitan la actividad administrativa, sea reglada o discrecional, sin necesidad de que haya norma y sin discusión alguna respecto a si hay, o no, norma” (GORDILLO, Agustín, “Los valores en el Derecho Administrativo Global, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 695-700).

86 Pues, “el sistema jurídico de cada país es fruto de una realidad histórica, social y económica propia e irrepetible” (CAPUTI, María Claudia, “El Principio revisor en versión norteamericana”,

Enmiendas que receptaron la noción norteamericana de debido proceso sustantivo y, por supuesto, muy anterior a la interdicción de arbitrariedad plasmada en la relativamente reciente Constitución española. A través de esta norma, el Poder Constituyente argentino impuso a las autoridades constituidas el deber de no alterar los derechos que la Constitución garantiza.

Este mandato debe interpretarse en forma armónica con lo normado por su art. 33, en cuanto prescribe que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. También con lo previsto por el art. 14, en tanto establece que dichos derechos no son absolutos, sino que serán gozados por los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, y por el art. 99, inc. 2, en la medida en que atribuye al Poder Ejecutivo la potestad de efectuar las reglamentaciones necesarias para la ejecución de dichas leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

En lo atinente al examen de razonabilidad de los actos y procedimientos administrativos, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (conf. Ley 27.742 de Bases) no define, pero introduce en el art. 1º *bis.*, dos principios que califica como fundamentales del procedimiento administrativo. El de proporcionalidad y el de razonabilidad.

Asimismo, para darle contorno al elemento finalidad, puede leerse que el art. 7º, inc. *f.* ahora exige que se cumpla “con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes” y que “las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas” a su finalidad (art. 7º, inc. *f.*)⁸⁷.

5.2. *Mecánica del principio*

De conformidad con los lineamientos expuestos, resulta claro que no hay actividad de la Administración ajena al control judicial de legalidad y/o razonabilidad. Es decir, aun tratándose de una manifestación de potestades discrecionales, estas en ningún caso pueden resultar contrarias al Derecho.

El ejercicio del poder estatal debe ser razonable. La circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye

LL 2000-F, 620).

87 Según la Ley de Bases, las medidas no deben ser razonable y proporcionalmente adecuadas, sino que debe ser razonables (por un lado) y proporcionalmente adecuadas (por el otro). La autoridad legislativa no solo diferencia razonabilidad de proporcionalidad en el art. 1º *bis.*, sino que también la diferencia del concepto de adecuación. Cabe preguntarnos, entonces, si lo razonable no es lo proporcional ni lo adecuado, ¿qué es? Quizás podría acudirse al principio convencional que informa que las decisiones administrativas deben ser “necesarias para una sociedad democrática”, tal como veremos en el punto 5.7 del presente.

justificativo de una conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a dichos actos⁸⁸.

Dentro de esa órbita se ha dicho que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario⁸⁹, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente; todo lo cual puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común.

Ahora bien, al momento de argumentar la impugnación de un acto estatal, no conviene limitarse a manifestar que resulta arbitrario o injusto y que por tal motivo es irrazonable e inválido. Es necesario concretizar el argumento a fin de fortalecerlo. Para ello se debe entender tanto el marco teórico como la mecánica del examen de razonabilidad.

5.3. *La búsqueda de la finalidad*

En primer lugar, resulta imprescindible identificar, la finalidad a la que debe dirigirse dicho acto. Es decir, la que resulta de la norma atributiva de la facultad discrecional. Este paso inicial es, quizás, el más difícil. Pues, en ocasiones, la finalidad no surge de manera expresa y manifiesta de la norma atributiva, por lo que ella debe ser “razonablemente” interpretada. Además, también puede ocurrir que, como hemos visto, las facultades discrecionales ejercidas en el acto que se esté revisando no sean el resultado de una norma precisa, sino de un conjunto de ellas que inciden de distinto modo en el caso, por lo que la interpretación de cuál es la finalidad prevalente puede resultar más compleja aún⁹⁰. Máxime si se

88 La circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos [...] del Estado y que permite a [las judicaturas], ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (CSJN, “Industria Maderera Lanin”, 1977, Fallos: 298:223; ratificado, con matices, en “Almirón”, 1983, Fallos: 305:1489; “Arenzón”, 1984, Fallos: 306:400; “Verdaguer”, 1985, Fallos: 307:2205, Disidencia de Fayt; “Berrutti”, 1985, Fallos: 307:639; “D’Argenio”, 1986, Fallos: 308:727; “Ducilo”, 1990, Fallos: 313:153; “Elías”, 1993, Fallos: 316:3077; “Sola”, 1997, Fallos: 320:2509; “Cedale”, 1998, Fallos: 321:1970, Voto de Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez; “Goldemberg”, 1999, Fallos: 322:3066, Disidencia de Moliné O’Connor y Fayt; “Unisys Sudamericana”, 2001, Fallos: 324:1691; “Instituto Dupuytren”, 2004, Fallos: 327:5; “Banco Latinoamericano”, 2007, Fallos: 330:3714, Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni; “Schnaiderman”, ya cit.; “Granillo Fernández”, 2012, Fallos: 335:1523; “Díaz”, 2019, Fallos: 342:58, Disidencia de Maqueda; “Barrios Rojas”, ya cit., Voto de Rosatti y “Farmacity”, 2021, Fallos: 344:1557, Disidencia de la conjueza Sotelo de Andreau).

89 Irrazonabilidad y arbitrariedad son conceptos que, si bien se encuentran lejos de ser idénticos, habitualmente se los utiliza en forma indistinta. Si bien todo lo irrazonable es arbitrario, también entra dentro de esta última noción, el acto o decisión adoptada sin fundamentación o motivación. Es más, esta última acepción ha sido tomada por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ como el eje de su teoría del control del poder discrecional (“Sobre los límites...”, ya cit., p. 146).

90 “Todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica [...] No obstante, tratándose de una regulación limitada –pudiendo en muchos casos

advierte que en un determinado mandato pueden coexistir distintas finalidades que incidan de modo diverso en el actuar administrativo.

Por ello, el intérprete debe afrontar este estudio con la mayor intensidad posible, ya que la identificación de una u otra finalidad puede conducirnos a soluciones diametralmente opuestas⁹¹.

5.4. *Razonabilidad por adecuación (desviación de poder)*

Una vez identificada la finalidad, debe valorarse si el objeto del acto persigue efectivamente dicha finalidad. En tal caso, será razonable y, por ende, válido. A este primer examen se lo denomina *de adecuación*. No requiere que el acto *cumpla* con dicha finalidad, sólo que *tienda* a ella. Ello es suficiente para poder afirmar que el acto resulta razonable, en tanto tiene una relación de adecuación con su finalidad.

Como puede verse, el referido examen de razonabilidad por adecuación tiene fuertes puntos de contacto con el instituto de origen francés conocido como desviación de poder, *expresamente* establecido en la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos⁹². Puede decirse incluso, que constituyen dos modos de emplear la misma herramienta de control sobre el actuar administrativo, en tanto varían, casi exclusivamente, en cuestiones de vocabulario y tradición u origen jurídico-cultural⁹³.

“La desviación de poder o *détournement de pouvoir* se configura, así, cuando [una autoridad administrativa] realiza un acto de su competencia, respetando en la mayor parte de las ocasiones las formas legales para ello, pero utilizando su poder con motivos o fines distintos de aquellos en vista de los cuales la autoridad le fuera conferida. Implica, pues, un abuso de mandato [...] o de derecho [...] que puede darse no solo en el dictado de actos administrativos, sino también en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Se trata, siempre, de una actuación

existir más de una posibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida por la norma— el fin opera más bien como uno de los límites elásticos de la discrecionalidad administrativa” (GORDILLO, T. 1, ya cit., p. X-17).

91 Sobre este punto, ver ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes...”, ya cit., p. 381 y ss.

92 “Esbozada tímidamente aún en algunas ocasiones anteriores, la consolidación definitiva de la desviación de poder como técnica de fiscalización jurisdiccional de la legitimidad del obrar administrativo se produjo, en Francia, en la última mitad del siglo XIX. Notable resultó, en este aspecto, su recepción durante el Segundo Imperio —especialmente a partir de la intervención de Laferrière como *maitre des requetes* en el año 1870—, momento a partir del cual la desviación de poder se transformó —junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación a la ley— en una de las *formes de ouvertures* o motivos de impugnación clásicos del recurso por exceso de poder. Con ciertas variantes, esta construcción fue adoptada en Italia bajo la denominación de *sviamento di poere*” (TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 6 y 7)

93 En sentido contrario, TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 10 y 11.

inspirada por consideraciones ajenas al interés del servicio, sea teniendo en mira el interés egoísta o personal de quien dicta el acto o un interés público distinto al perseguido en ocasión de otorgarse la potestad [...] Deviene [...] en la violación de la ley en su espíritu, aun cuando no siempre en su texto”⁹⁴.

En mi opinión, resulta más conveniente controlar la discrecionalidad administrativa mediante el principio de razonabilidad. Por un lado, porque constituye un criterio más comprensivo. Por el otro, porque, frente a la desviación de poder, se tiende a pensar que el “carácter clandestino con que se manifiesta este vicio [...] torna prácticamente imposible la plena prueba de su existencia”⁹⁵. Es que, cuando se analiza la desviación de poder, muchas veces la discusión termina direccionándose a las intenciones subjetivas de la autoridad administrativa. En cambio, en el análisis de razonabilidad por adecuación, tal tentación es más sencilla de resistir⁹⁶.

Sin perjuicio de esta opinión, la desviación de poder constituye una herramienta que ha tenido un importantísimo reconocimiento por parte de la jurisprudencia argentina y su utilización, en forma independiente del examen de razonabilidad, es de gran valor para el control de la actividad administrativa, sobre todo, en el marco del empleo público⁹⁷.

94 TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 9 y 10. Para profundizar sobre esta cuestión, también puede recurrirse a SÁNCHEZ MORÓN, “Función...”, ya cit., p. 265; SESÍN, ya cit., pp. 44, 86, 173, 259 y ss.; GORDILLO, T. 1, ya cit., pp. X-29 y ss.; CAMPOLIETI, ya cit.; MAIRAL, ya cit., pp. 649 y 681; BÉJAR RIVERA, LUIS J., “La finalidad del acto administrativo. Estudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el procedimiento contencioso administrativo mexicano”, RAP, Buenos Aires, 2010, p. 163 y ss. y LÓPEZ MENDOZA, JOSÉ A., “Desviación de Poder”, en ALONSO REGUEIRA, *Estudios...*, ya cit., p. 299 y ss.

95 TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 16-17, en donde se explica que “algunas de las nuevas técnicas de fiscalización ensayadas resultan particularmente aptas para superar el mayor obstáculo con el que se ha enfrentado la desviación de poder: su acreditación. Tradicionalmente difícil –a punto de haber sido considerado este el ‘gran problema práctico’ de la desviación de poder–”.

En similar sentido, se ha reconocido que “no es frecuente encontrar la invocación del desvío de poder, pues se considera que los vicios formales son más prácticos y de más fácil apreciación para los operadores jurídicos” (BÉJAR RIVERA, ya cit., p. 164 y, en igual sentido, TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 13).

96 “La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través p. ej. de su motivación, que adolece de este vicio: Más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso” (GORDILLO, T. 1, ya cit., pp. X-29-30).

97 A modo de ejemplo, pueden citarse algunos de los precedentes en los que la Corte Suprema ha empleado la mentada herramienta: “Sánchez Oscar”, 2022, Fallos: 345:477; “Gómez, Orlando”, 2014, Fallos: 337:1337; “Quaranta, Daniel, 6/03/2014, Causa Q. 87. XLVIII”; “Cerigliano Carlos”, 2011, Fallos: 334:398; “Sánchez Carlos”, 2010, Fallos: 333:335; “Ramos José”, 2010,

5.5. *Razonabilidad por proporcionalidad*

Ahora bien, a esta altura de la explicación debe aclararse que puede efectuarse el análisis de razonabilidad con distintos grados de intensidad. El examen de adecuación resulta ser el más tenue de los criterios que, potencialmente, comprende el principio de razonabilidad.

El examen de proporcionalidad constituye un segundo criterio, que implica un examen más agudo del acto discrecional. Para “aprobar” este test, no alcanza con que el acto administrativo tienda a la finalidad perseguida, sino que se requiere que lo haga en forma proporcional. Es decir, la finalidad no puede justificar actos que, si bien se adecuan a ella, contienen una decisión que resulta, en términos absolutos, excesivamente lesiva de los derechos de la persona.

Cabe destacar también que, si bien se ha identificado la utilización de uno u otro criterio de razonabilidad con los casos en que se invoca una lesión al derecho de propiedad y los que ventilan otros derechos constitucionales, lo cierto es que la frontera que ha delimitado las circunstancias que han llevado al Poder Judicial a recurrir a uno u otro criterio muchas veces aparece desdibujada. Por lo que, en este sentido, resulta más conveniente efectuar un análisis casuístico y evitar, de ser posible, conformarse con la utilización de reglas simplificadas que pueden representar un riesgo innecesario en los estrados judiciales.

En caso de duda, sin embargo, debe recordarse (aunque no siempre se lo haga) que la propia Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos exige que se emplee el criterio de proporcionalidad sobre todos los actos administrativos, independientemente de la materia sobre la que verse su objeto. Pues, en todos los casos: “[I]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” (art. 7º, inc. f, *in fine*).

5.6. *Razonabilidad por necesidad*

La adecuación y la proporcionalidad fueron, tradicionalmente, los dos únicos criterios aceptados como integrantes del juicio de razonabilidad. Sin embargo, la Corte Suprema argentina ha aceptado un tercer criterio para situaciones

Fallos: 333:311; “Boggiano Antonio”, 2006, Fallos: 329:3235; “Gorodisch David”, 2006, Fallos: 329:2162; “Laboratorios Ricar”, 1995, Fallos: 318:2311; “Savino Ángel”, 1986, Fallos: 308:1260; “Hughes Tool”, 1985, Fallos: 307:178; “Vaillard Elbio”, 1985, Fallos: 307:1926; “González Luis”, 1985, Fallos: 307:1907; “Castiñeira de Dios”, 1985, Fallos: 307:1189; “Di Giovanni Juan”, 1983, Fallos: 305:445; “Adelphia”, 1974, Fallos: 288:287.

Por lo demás, también ha tenido un interesante desarrollo a nivel interamericano, Corte IDH, casos “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) Vs. Venezuela” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/08/2008, Serie C No. 182, párr. 147; “Corte Suprema de Justicia”, ya cit., párr. 173, 177, 180; “Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, ya cit., párr. 210, 219, 222 y arg. voto de Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 90 y, principalmente, “Granier”, ya cit., párr. 189, 196-199.

muy puntuales. En el caso “Asociación Magistrados”⁹⁸ reseña esta postura, presente en su jurisprudencia de los últimos años⁹⁹. Comienza por explicar que la intensidad con la que es ejercido el examen de razonabilidad se encuentra atada a las circunstancias del caso y a la naturaleza de los derechos involucrados. Desde esta perspectiva, sostiene que el examen de validez de los actos del Estado debe ser más agudo cuando estos establecen una distinción sustentada en lo que se denomina como *categorías protegidas*, es decir, “en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁰⁰.

En tales casos, no sólo debe valorarse judicialmente que el acto en cuestión sea adecuado y proporcional respecto de la finalidad perseguida por la o las normas atributivas de la facultad, sino que, además, debe ser verificable que “se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”. Como puede verse, este nuevo criterio se identifica con lo que se conoce como subprincipio de necesidad, dentro del esquema tripartito del juicio de proporcionalidad empleado en Alemania, España y en Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰¹.

98 CSJN, “Asociación Magistrados”, ya cit.

99 CSJN, “Hoofdt Pedro”; “Gottschau Evelyn”; “Mantecón Valdez”; “Partido Nuevo Triunfo”; “Pérez Ortega”; “Z. J. J.” y “Vázquez Miriam”, ya cit.

100 En cuanto a este punto, ver TREACY, Guillermo F., “El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas”, en DALLA VÍA, Alberto Ricardo (dir.), *Derecho constitucional*, 2º ed., Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, pp. 881 a 920; e “Igualdad y nacionalidad”, en RIVERA, Julio César (h) (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 1044 a 1082). Estas categorías también se conocen como “sospechosas” y con esa denominación pueden ser encontradas en gran parte de la doctrina.

101 Sobre esta visión (que en nuestra opinión no resulta aplicable en forma automática al Derecho argentino) ver ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, 02/06/03, p. 131-40; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, 3-9-00, p. 297 y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cap. III, § 8, 1ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 111-5; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; SANDULLI, Aldo, *La Proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1ª ed., Padova, CEDAM, 1998, en particular, cap. III, Sezione Terza, § 4, pp. 371 y 2; BEILFUSS GONZÁLEZ, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 53 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en el derecho público*, 1ª ed. Madrid, Civitas, 1996, pp. 448-518; ALVES DA FROTA, Hidemberg, *O Princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*, 1ª ed., Río de Janeiro, Editora GZ, 2009; BENVINDO ZAIDEN, Juliano, *On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, 1ª ed., Berlin Heidelberg, Springer, 2010, p. 83 y ss.

En adición a este “escrutinio estricto” por el que debe guiarse el juicio de razonabilidad, la Corte ha estimado, además, que los actos que establecen distinciones basadas en categorías protegidas se presumen ilegítimos e inconstitucionales, lo cual provoca una inversión de la carga de la prueba. No es entonces la persona que considera afectados sus derechos quien debe probar la ilegitimidad que alega, sino el propio Estado quien tiene que acreditar que la norma que ha dictado cumple con el criterio de razonabilidad enunciado, en tanto el trato desigual responde a fines sustanciales y no meramente convenientes.

Hemos dicho, al analizar el criterio de proporcionalidad, que la irrazonabilidad se verificaba cuando podíamos decir que el acto era excesivo en sí mismo, en términos absolutos. Entendemos que el nuevo criterio de necesidad también evalúa que la norma no resulte excesiva, aunque no ya en forma absoluta sino relativa. Es decir, tomando como punto de comparación otras hipotéticas medidas igualmente posibles, justas y razonables, en términos de adecuación y proporcionalidad.

Este criterio podría entenderse, a primera vista, como cercano a los de oportunidad, mérito o conveniencia, que, en palabras de la Corte Suprema, “no son susceptibles de revisión judicial”¹⁰².

Asimismo, CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2004; GRECCO, Carlos Manuel y Ana Patricia GUGLIELMINETTI, “El principio de Proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)”, en Documentación Administrativa, Nos. 267-268, El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I), Madrid, Septiembre 2003 - Abril 2004, pp. 121-134; y Alonso Regueira, Enrique, “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, ED, 2008, 647 y “Artículo 30. Alcance de las Restricciones”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 535-539, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

102 Las decisiones “adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, y sólo corresponde a [la judicatura] controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, sin estar facultados para sustituirse a ellos en la valoración de circunstancias ajenas al campo de lo jurídico” (“Gómez, Alberto”, 2015, Fallos: 338:1583). “La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos solo comprende, como principio, el control de su legitimidad –que incluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes–, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por estos adoptadas” (CSJN, “Hoyos Darío” 2015, Causa H. 147. XLVIII). En similar sentido: “Ferrocarriles Argentinos”, 2012, Fallos: 335:770; “Méndez Daniel”, 2011, Fallos: 334:1216; “Aceval Pollacchi”, 2011, Fallos: 334:799; “Mamic Construcciones”, 2005, Fallos: 328:2712; “Partido Demócrata Progresista”, 2003, Fallos: 326:2004; “Berón, Luisa” 2005, Fallos: 328:91; “Smith, Carlos”, 2002, Fallos: 325:28; “González de Delgado”, 2000, Fallos: 323:2659; “Prodelco”, 1998, Fallos: 321:1252; “Rodríguez, Rafael”, 1998, Fallos: 321:663; “Rodríguez, Jorge”, 1997, Fallos: 320:2851; “Miguel Ángel Baz”, 1997, Fallos:

Cabe preguntarse, entonces, si este último escrutinio de necesidad que la Corte ha establecido para los casos en que las normas efectúen una distinción sustentada en *categorías protegidas* consiste, efectivamente, en lo que tradicionalmente se ha entendido como examen de razonabilidad, o si, en realidad, constituye una valoración de mera conveniencia o eficacia. Pues, si fuera este último el caso, la cuestión no podría someterse a la revisión jurisdiccional, sin violentar el principio de división de poderes.

Si bien el problema es harto complejo, consideramos que puede encontrarse una respuesta a este interrogante si se recuerda que el objeto de este examen resulta sustancialmente ajeno a la conveniencia o a la medición de eficacia de la medida que se haya estipulado. Por el contrario, su validez depende, únicamente, del nivel de intrusión sobre el derecho de las personas.

Es decir, la existencia de una medida alternativa más eficaz o conveniente que la cuestionada carece de toda relevancia a los fines de evaluar la validez de la norma que se someta a este escrutinio estricto. El único criterio para evaluar su irrazonabilidad será, siempre, el hecho de ser más o menos intrusiva, restrictiva o lesiva que la medida alternativa y nunca el grado de adecuación, eficacia, oportunidad, mérito o conveniencia en relación con el fin que exija la norma atributiva de las facultades que se hayan ejercido¹⁰³.

De este modo, cuando pueda determinarse cuál de las dos medidas resulta menos lesiva a los derechos de las personas afectadas (circunstancia que no resulta posible en todos los casos)¹⁰⁴, la elección de una u otra pertenece al campo de la razonabilidad y, por ende, su validez o invalidez es justificable.

320:976; “Chocobar, Sixto”, 1996, Fallos: 319:3241; “Superintendencia de Seguros”, 1993, Fallos: 316:188; “Consejo de Presidencia”, ya cit.; “Astilleros Alianza”, 1991, Fallos: 314:1202; “Gamberale de Mansur”, 1989, Fallos: 312:435; “Carbonaro, Raúl”, 1988, Fallos: 311:2128; “Piaggio de Valero”, 1988, Fallos: 311:1206; “Ferrer, Roberto”, 1986, Fallos: 308:2246; “Martínez Bolin”, 1986, Fallos: 308:1486; “Moen, Alberto”, 1986, Fallos: 308:434; “Ramírez Aragón”, 1984, Fallos: 306:1792.

103 ALONSO REGUEIRA, “El examen de necesidad”, ya cit. En sentido contrario, CIANCIARDO, ya cit., p. 90.

104 “Pues, sólo puede ejercerse una preferencia respecto de medidas al menos tan eficaces [o adecuadas] como la cuestionada. Es decir que existen dos pasos necesarios en la aplicación del subprincipio. En un primer momento, debe determinarse la existencia de otras medidas posibles que no tengan un menor grado de adecuación para la obtención del fin perseguido. Una vez encontradas, se procede a un segundo paso, analizar si ella resulta la menos intrusiva para los derechos de [la persona] y únicamente si ello se constatare, se la considerará constitucionalmente válida. Sin embargo, no cabe el juicio de mínima intrusión si no existieren medidas alternativas con tales características” (ALONSO REGUEIRA, “El examen de necesidad”, ya cit., con cita de ALEXY, Robert, *Teoría...*, ya cit., p. 113 y “On the Structure...”, ya cit., p. 298).

En otras palabras, cuando el criterio adoptado por la Administración se sustenta en la distinción de una categoría protegida, la magistratura puede analizar si tal decisión es la que restringe en menor medida los derechos de la persona afectada. En caso contrario, debe declarar su invalidez. No porque sea más o menos conveniente, ello nunca podría analizarlo la Justicia, sino porque importa una intromisión excesiva a la esfera de derechos constitucionalmente protegidos. El hecho de que ese exceso sea en términos relativos (tomando en consideración otras posibles medidas) no cambia la naturaleza del examen que se efectúa.

Por último, a fin de despejar cualquier duda que pueda plantearse en este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema argentina ha manifestado expresamente que este escrutinio estricto debe considerarse como una vertiente de la razonabilidad, completamente ajeno a la conveniencia. Pues, ambos juicios se distancian por “un paso, un grande y delicado paso, que no puede ser saltado sin quebrantar el régimen de división de poderes en que se asienta el diseño institucional de esta República”¹⁰⁵.

5.7. *Razonabilidad convencional*

Cabe comenzar por recordar que, en términos interamericanos, también rige el principio que informa que el “ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales”¹⁰⁶. Sin perjuicio de que la Corte Interamericana reconozca que existen “algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”¹⁰⁷.

Si bien este es un tema de gran complejidad y delicadeza, la Corte IDH efectúa un profundo e iluminador análisis en el Caso “Castañeda Gutman” (2008), en el cual explica que existen tres criterios para valorar la convencionalidad de las restricciones a los derechos, en tanto ellos no son absolutos.

El primer criterio está constituido por el principio de legalidad formal. Pues, “[e]l primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material”¹⁰⁸.

105 CSJN, “Asociación Magistrados”, ya cit., cons. 12.

106 Corte IDH, caso “Moya Chacón y otros Vs. Costa Rica” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/05/2022, Serie C No. 451, párr. 73.

107 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 06/08/2008, Serie C No. 184, párrs. 174 y ss.

108 Ibidem, párr. 176 (con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

El segundo, exige que “toda restricción se relación[e] con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los arts. 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, ‘los derechos y libertades de las demás personas’, o ‘las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática’, ambas en el art. 32)”¹⁰⁹.

El tercero, requiere que la restricción sea “necesaria para una sociedad democrática” o “necesaria y proporcional”. Este criterio es primero establecido en forma específica por la CADH para determinados derechos, como los de expresión¹¹⁰, reunión, asociación y circulación¹¹¹; y luego extendido por la Corte para la totalidad de las restricciones a derechos protegidos por dicho instrumento¹¹².

13/11/ 1985, Serie A nro. 5, párr. 39; Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 09/05/1986, Serie A nro. 6, párr. 34 y Caso “Yatama Vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/06/2005, Serie C No. 127, párrs. 27 y 32). En cuanto al alcance convencional del principio de legalidad, ver ALONSO REGUEIRA, “Artículo 30...”, ya cit., p. 541 y ss.

109 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 180. Ver FREJO, Agustina, “Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, ya cit., pp. 555-567.

110 “De acuerdo a la propia Convención, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” (Corte IDH, caso “Urrutia”, ya cit., párrs. 81 y 85). A fin de analizar el alcance de lo normado por el precepto citado, ver SCIOSCIOLI, Sebastián, “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión”, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit., pp. 237-250.

111 Para una mayor comprensión de estos derechos, acudir a GUARDIA, Lucas, “Artículo 15. Derecho de Reunión”; LEPERE, Pablo, “Artículo 16. Libertad de Asociación” y RICART, Luciana T. “Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia”, todos ellos en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit.

Como ejemplo, puede recordarse que si bien “los Estados gozan de un cierto grado de discreción al evaluar el riesgo al orden público, a efectos de disponer el uso de la fuerza, esa discrecionalidad no es ilimitada ni carece de condiciones, particularmente cuando se trata de reuniones, protestas o manifestaciones protegidas por el artículo 15 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar que adoptó las medidas estrictamente necesarias y proporcionales para controlar el riesgo percibido al orden público o a los derechos de las personas, sin restringir o violentar innecesariamente el derecho a la reunión pacífica de las demás personas” (Corte IDH, caso “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2018, Serie C No. 371, párr. 167).

112 “En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria

“Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: *a*) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; *b*) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y *c*) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”¹¹³.

Es importante observar que este recaudo no resulta exclusivo del análisis de convencionalidad de restricciones que sean decididas mediante actos de alcance general o normativo, por el contrario, son varias las oportunidades en que la Corte lo ha utilizado con relación a la valoración de actos de alcance particular.

En “Claude Reyes” (2006), respecto de las restricciones al derecho a la información, exige requiere que ellas “estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”¹¹⁴. Por ello, concluye que el acto impugnado (cuyo objeto era rechazar parcialmente un pedido de información pública) era violatorio del artículo 13.2, en tanto “el Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática”¹¹⁵.

También puede traerse a colación “Baena” (2001), en relación con la destitución de los dirigentes sindicales allí involucrados, en cuanto se expresa que no ha sido demostrado “que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de ‘necesidad en una sociedad democrática’ consagrado en el artículo 16.2 de la Convención”¹¹⁶.

Por último, cabe recordar el caso “Pavez Pavez” (2022), en el cual el Estado parte había revocado la habilitación como profesora de religión de una persona y reasignado sus funciones en un centro educativo público, con sustento en su

para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos” (Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 185 y arg. casos “Yatama”, ya cit., párr. 206 y ss. y “Argüelles y otro, Vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 20/11/2014, Serie C 288, párrs. 221 a 231).

113 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 186.

114 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 91.

115 Ibidem, párrs. 95 y 103.

116 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 172.

orientación sexual. Allí la Corte considera que “los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de [las] categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”¹¹⁷.

6. INTERDICCIÓN DE SUSTITUCIÓN

El control que puede efectuar el Poder Judicial respecto del nudo decisional que caracteriza a los actos administrativos discrecionales ha de ser ejercido en forma negativa¹¹⁸.

La magistratura sólo puede declarar la invalidez del acto. Nunca efectuar nuevamente el proceso decisional llevado a cabo por la Administración y adoptar

117 Como nota de color, se destaca que, en el citado precedente, el Estado discutía la condición de funcionaria pública, “debido al hecho que la contratación se regía por un contrato de derecho privado y no de derecho público. Sin embargo, para [la] Corte, lo relevante es que Sandra Pavez Pavez ejercía un cargo de docente de educación pública, en un establecimiento de educación pública, y remunerada con fondos públicos. En ese sentido, la naturaleza de las funciones que ejercía Sandra Pavez Pavez eran las de una funcionaria pública, cuyo acceso y permanencia dependía finalmente de la decisión de una institución estatal, por lo que, gozaba de las protecciones establecidas en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana, el cual contiene el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad”. En cuanto a este último punto, la Corte recuerda que los “procesos de destitución” de personas que sean funcionarias públicas se relacionan “con la garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo” (Corte IDH, caso “Pavez Pavez”, ya cit., párrs. 137 y 142).

118 Este principio general, sin embargo, contiene modulaciones, sobre todo en materia disciplinaria a partir del conocido precedente de la Corte Suprema “Demchenko” (Fallos: 321:3103); tal como se ilustra en GUSMAN, Alfredo Silverio, “Poder Judicial y Poder Discrecional. Problemas Contemporáneos”, en *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021, pp. 119 a 139. En igual sentido, se ha expresado que la judicatura “podrá sustituir la decisión administrativa cuando –en las circunstancias concretas– se elimine el margen de discrecionalidad (*ermessenreduzierung auf null*): porque cuando el tribunal tiene todos los datos en su mano así lo exige el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva” (Laguna de Paz, ya cit., p. 477).

una nueva decisión. Su jurisdicción se limita a analizar la legalidad y razonabilidad del acto, siendo la autoridad administrativa la única facultada para ejercer las atribuciones discrecionales necesarias para adoptar una determinada decisión sobre la cuestión. En caso de que la magistratura avanzara más allá de los límites de su jurisdicción y sustituyera a la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones, se estaría quebrantando el principio de división de poderes.

Un claro ejemplo de esto puede observarse en el precedente “Buttice, Eduardo” de la Corte Suprema, en el cual se reconoció que la decisión discrecional de anular un concurso para acceder a un cargo docente resultaba manifiestamente arbitraria, razón por la que confirmó su anulación. Sin embargo, se entendió que la sentencia del tribunal de la anterior instancia de adjudicar dicho cargo al Sr. Buttice por ser él quien se encontraba segundo en el orden de mérito constituyó un exceso de jurisdicción.

En tal sentido, se explicó que “el Poder Judicial, al comprobar la existencia de un vicio en un acto que fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes. Pero al resolver del modo cuestionado, se había obligado a la Universidad [demandada] a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de [la judicatura], violando así el principio de división de poderes del Estado”¹¹⁹.

7. CREPÚSCULO

“Es posible y deseable que con el correr del tiempo la distinción [entre facultades regladas y discrecionales] pierda importancia, en la medida que la asuman en mayor medida principios tales como el de la razonabilidad”¹²⁰.

Hemos visto que todos los actos administrativos, incluso en sus aspectos discrecionales, son justiciables y pasibles de control de legalidad y razonabilidad. Esta afirmación no siempre es analizada en todo su alcance.

Significa que ya no corresponde declarar la inadmisibilidad de una pretensión dirigida al control de lo discrecional, ni como *prius* ni como *posterius*. Ni al momento de analizar la procedencia formal del proceso, ni al momento de resolver el fondo de la cuestión. La magistratura debe valorar si el acto administrativo se ajusta al orden jurídico y, en caso afirmativo, declarar su validez y rechazar la pretensión¹²¹.

119 CSJN, “BUTTICE Eduardo”, 2006, Fallos: 329:5368. En similar sentido, ver “Barrios Rojas”, 2020, Fallos: 343:990.

120 GORDILLO, T. 1, ya cit., p. X-11.

121 SESÍN, ya cit., p. 41. Puntualmente, allí se expresa que “jamás puede haber inadmisibilidad de lo discrecional o lo político, como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso, desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad o la actividad política ejercida es producto del orden jurídico. Con tal estrategia se cumplimenta el derecho a la tutela judicial efectiva [...] Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona

Suele decirse que la magistratura no se encuentra habilitada a revisar la discrecionalidad, salvo los casos de arbitrariedad manifiesta. A mi entender, esto equivale a decir, por ejemplo, que no puede mirar un semáforo, a menos que se encuentre en verde. ¿Cómo?

Para poner un poco más de condimento a la cuestión, puede decirse que el razonamiento de la discrecionalidad no justiciable, por más atractivo que resulte, termina siendo circular: como un perro que intenta morderse la cola.

Esta conclusión no significa la muerte jurídica de la discrecionalidad¹²², sin embargo, tiene una entidad que no puede dejar de ser tenida en cuenta¹²³. Pues, finalmente, la discrecionalidad ha perdido ese “atributo” o “funcionalidad” original orientada a definir qué es lo que puede ser controlado judicialmente.

Es probable que tampoco conserve mayor utilidad al momento de explicar cómo ha de encausarse su control judicial. En las aulas se enseña que primero se debe valorar la legalidad de las cuestiones regladas y luego la legitimidad o razonabilidad de las discrecionales. De tal modo, frente a la discrecionalidad, debe prestarse especial atención a la valoración de los hechos determinantes y a que se haya cumplido con el deber de motivación y/o con el principio de razonabilidad¹²⁴.

Esta tesis, sin embargo, pareciera olvidar que también deben analizarse tales cuestiones respecto de los aspectos reglados del acto. El acto administrativo que se sustenta en hechos falsos¹²⁵, que se encuentra motivado en forma

de reserva de la administración, ultrajando la división de poderes”. De tal modo: “La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones” (p. 106).

“El criterio es simple y por demás claro, todos los actos estatales deben sujetarse al control de [la judicatura y esta puede] invalidar o no el acto estatal, según su conformidad con el modelo jurídico” (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 72). El Poder Judicial “no puede excluir el análisis de la causa *a priori*, excepto que deba rechazarla *in limine* por alguna causa objetiva prevista; debe analizar en profundidad la causa y resolver en el fondo –excepto que haya alguna defensa previa del demandado que sea procedente– para decidir, mediante un juicio de valor en el cual controla la adecuación o no de la conducta administrativa a la juridicidad. Lo discrecional queda libre de censura (siempre que no contradiga la juridicidad) no de control judicial” (HUTCHINSON, ya cit., p. 340).

122 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la...*, ya cit., p. 47 y ss.

123 “Se presenta así como un carácter rituario y adjetivo, no sustancial, la expresión control de la discrecionalidad administrativa: -No aporta ningún instrumento nuevo en el control de la actividad administrativa, consistente en el examen de legalidad de aquella. -No presenta en ese examen, en consecuencia, diferencia alguna sustancial respecto al que se realiza sobre la calificado como actividad reglada” (REQUENA LÓPEZ, ya cit., p. 93).

124 Tan afincada está esta tesis, que la propia estructura del presente trabajo responde a ella.

125 “La verificación de la exactitud de los hechos invocados por [la Administración] como origen o ‘causa’ de su acto constituye un capítulo esencial del control judicial de la Administración, tanto del ejercicio de facultades regladas –para establecer si efectivamente se ha configurado el presupuesto de hecho que conforme a la norma aplicable, debía dar lugar a la emisión del acto

insuficiente¹²⁶ o resulta irrazonable, será siempre inválido, sin importar los aspectos discrecionales o reglados que tenga. “Los límites negativos que vinculan la actividad administrativa no son, por lo tanto, específicos de la discrecionalidad, sino de toda la gestión administrativa; trátase de la que actúe en forma reglamentaria como de la que actúe libremente”¹²⁷. “En realidad, debiera hablarse de control de la legalidad (o juridicidad) de la actividad de la Administración, sin más”¹²⁸.

Desde un punto de vista desfibrador, podría argumentarse que, si la discrecionalidad administrativa ya no incide en el *qué* se controla ni en el *cómo*; sí lo hace en el *cuánto*, de modo de permitir que la magistratura anule el acto, pero nunca que sustituya a la Administración en sus facultades propias o discrecionales¹²⁹.

Sin embargo, no debe soslayarse que las cuestiones relacionadas con el alcance del control y la prohibición de sustitución constituyen, temas en los que pareciera haber menos acuerdos que desacuerdos¹³⁰.

con objeto predeterminado por parte de ésta— como, especialmente, de facultades discrecionales” (GORDILLO, T. 1, ya cit., p. x-16).

126 “La motivación resulta esencial tanto en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales como regladas. En el primer supuesto, porque permite develar si el uso por parte [de la autoridad administrativa] de su libertad de apreciación ha resultado correcto o incorrecto [...] En el caso de las potestades regladas porque permite controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico y, en caso de haber sido así, si tal aplicación lo ha sido a un caso que reviste las características exigidas por el presupuesto fáctico de la norma” (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 78 y 79).

127 FIORINI, ya cit., p. 91.

128 “Por tanto, en ningún caso el objeto del control puede ser la actividad discrecional de la Administración en cuanto tal; puede consistir y de ordinario consiste en la comprobación de que éste respeta los límites a que está sujeta. Y considerando que juegan de modo sustancialmente idéntico para la actividad reglada, aquel examen no debe condicionarse previamente por la idea de la discrecionalidad, sino que ha de efectuarse sin distinciones respecto de la reglada. Debe hablarse de control, fiscalización, enjuiciamiento, del proceder administrativo, sin más aditamentos” (REQUENA LÓPEZ, ya cit., pp. 95 y 92).

129 En cuanto a este punto, ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “La Administración va al jardín de infantes...”, ya cit., pp. 388 y 389; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 87; SESÍN, ya cit., pp. 69, 114, 190, 215 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 87 y ss.; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 690 y ss. y MAIRAL, ya cit., p. 652.

130 SESÍN, ya cit., p. 174; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 64; GORDILLO, T. 1, ya cit., p. VI-40 y ss.; CASSAGNE, ya cit., pp. 175 y 215; HUTCHINSON, ya cit., p. 285; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 677 y GUSMAN, Alfredo Silverio, “De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial”, *ED*, 2007, p. 495.

Como testimonio de los mencionados desacuerdos, pueden señalarse las siguientes afirmaciones: (i) “[la judicatura], al amparo de la tradición de reducción de la discrecionalidad, recaba para sí la definición de la frontera entre la legalidad y la oportunidad. Las consecuencias posibles saltan a la vista: al poder administrativo para decidir desde criterios de oportunidad se suma el poder [de la judicatura] para hacer lo propio. Y el resultado no es otro que la inexistencia de certeza y objetividad ni siquiera en el control judicial, pues la intensidad de éste no depende ya de la definición objetiva de dicho control, sino de la apreciación que [la judicatura] tenga de su papel en cada caso [...] Pero, además, se olvida también que, en la Constitución, el principio de interdicción

Es más, sobre este punto, quisiera plantear un interrogante: ¿La prohibición que recae sobre la actividad jurisdiccional de sustitución de las facultades propias de la Administración nace como consecuencia del instituto de la discrecionalidad o, en realidad, lo excede y es independiente de éste?

Pongamos un ejemplo que, por grosero, puede ser ilustrativo. Si una mujer se casara (civilmente, ante funcionario público) con un niño de 8 años, la magistratura podría declarar la nulidad del matrimonio, pero no podría decretar en su sentencia que la mujer se case con el hermano mayor del niño. Es más, si ninguna persona legitimada (ni siquiera el ministerio público) planteara la cuestión en sede judicial; tampoco podría decretar dicha nulidad. En ninguno de los casos la limitación de la jurisdicción se funda en la prohibición de sustituir las facultades propias de la Administración, sino en que la magistratura simplemente no tiene la facultad para tomar dichas decisiones.

Entonces, podría cambiarse el prisma, analizar estas cuestiones desde otro punto de vista y, probablemente, arribar a resultados similares, pero con independencia de la teoría de la discrecionalidad.

La revisión judicial del actuar administrativo no encuentra su límite en las facultades propias o discrecionales de los otros poderes constituidos, sino que sus límites resultan intrínsecos de la propia jurisdicción que, como cualquier otra facultad, también es concedida y limitada normativamente¹³¹.

8. OCASO

Existe otro motivo que parecería abonar a esta postura. Sostener que la interdicción de sustitución no es una consecuencia de los límites de la jurisdicción, sino que deriva la existencia de discrecionalidad, implica postular que el único

de la arbitrariedad está referido, tanto por su ubicación sistemática (título preliminar), como por su misma formulación, a todos los poderes públicos sin distinción y, por tanto, desde luego para el administrativo, pero también para el judicial. Consecuentemente, por sí mismo y directamente no constituye un argumento válido para determinar el control de este último sobre el ejecutivo-administrativo" (PAREJO ALFONSO, ya cit., pp. 62 y 66); (ii) "En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba" (FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., p. 102); (iii) "Lo que en ningún caso debe hacerse, es partir apriorísticamente de la solución que puede parecer más lógica, o más razonable, o de la reclamada por los recurrentes para reducir a la nada la discrecionalidad en los casos en que verdaderamente ésta existe" (SÁNCHEZ MORÓN, "Función...", ya cit., p. 269).

131 "Porque siempre que se aborda la función del control judicial del poder se suele hacer desde la perspectiva del sometimiento del Estado al derecho, contraponiendo así [judicatura] y Estado y olvidando, por tanto, que [la judicatura] es también un poder público del Estado, es Estado" (PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 60). "El conocimiento judicial determinado por el objeto del proceso no es, sin embargo, el control (en sentido estricto) de la 'actuación' anterior 'impugnable', sino el o las pretensiones deducidas [...] en relación con o a propósito de dicha actuación" (PAREJO ALFONSO, Luciano, "La vigilancia, la supervisión y el control administrativos. (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)", en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la...*, ya cit., p. 217).

motivo por el que la magistratura no puede pronunciarse sobre la cuestión es porque dicha cuestión fue otorgada por el Congreso al poder administrador, para su decisión exclusiva.

Sin embargo, esta formulación soslaya que, en sistemas como el nuestro, la magistratura puede, incluso de oficio¹³², controlar también la constitucionalidad y razonabilidad de la ley atributiva de facultades. Control que ha efectuado la Corte Suprema Argentina, por ejemplo, en el caso “Uriarte”, en el que declaró la inconstitucionalidad de una ley por otorgar una facultad discrecional con amplitud irrazonable. Puntualmente, allí estableció que, “de acuerdo con los principios constitucionales y convencionales enunciados, el derecho de toda persona a ser juzgada por [una magistratura] independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno”¹³³.

En el plano interamericano, por ejemplo, son reiteradas las oportunidades en las que la Corte Interamericana valora la convencionalidad de la norma atributiva de la facultad discrecional de la Administración.

A modo de ejemplo, puede recordarse lo expresado en el sentido de que es “importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de [las personas]”¹³⁴. También, que la norma atributiva de la función administrativa debe establecer reglas claras y objetivas, a fin de no otorgar “una discrecionalidad amplia [a la autoridad] del Estado”¹³⁵.

132 THEA, Federico G. et al, *Análisis Jurisprudencial Corte Suprema Parte General*, 1º ed., José C. Paz, EDUNPAZ, 2017, p. 128.

133 CSJN, “Uriarte”, 2015, Fallos: 338:1216.

En similar sentido, se ha observado que, “si la norma otorga una habilitación genérica, sin límites precisos y para supuestos de hecho también generales, se vulnera el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que la competencia administrativa quedaría regida por el principio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento jurídico” (CAMPOLIETI, ya cit.).

134 Corte IDH, casos “Baena”, ya cit., párr. 126, “Chocrón Chocrón Vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 01/07/2011, Serie C No. 227, párr. 115 y “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 105.

135 Corte IDH, caso “Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, 08/09/2005, Serie C No. 130, párr. 191. En sentido similar, aunque en otro contexto, considera que “la ausencia de parámetros objetivos que legitimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos por la misma, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o ex post por las pruebas obtenidas” (Corte IDH, caso “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina” (Fondo y Reparaciones), 1/9/2020, Serie C No. 411, párr. 97 y ss.).

“[L]a Corte entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales [...], crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”¹³⁶.

Por último, la Corte Interamericana también ha dictado una serie de precedentes en los que reconoció la posibilidad de que la inconventionalidad de la norma atributiva de competencias afecte el principio de legalidad penal y, en particular, la exigencia de previsibilidad que nace de este, por conceder “una excesiva discrecionalidad [a la autoridad encargada] de aplicar la sanción”¹³⁷.

“[L]a Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca”¹³⁸.

Los precedentes citados, como en un eterno retorno, hacen replantearse las palabras de Wade, en el sentido de que “solía pensarse como doctrina constitucional clásica que la amplitud del poder discrecional resultaba incompatible con el Estado de Derecho. Sin embargo, dicho dogma no puede ser tomado en serio en la actualidad y nunca tuvo mucho de verdad. Lo que el Estado de Derecho

136 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 98.

137 Como ejemplo, puede destacarse Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párrs. 263 y 264, con cita de Corte IDH, caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 202.

Si bien el razonamiento no es idéntico, cabe recordar un caso que participa de características similares a los analizados en este título, en la medida en que la Corte explicita que “la facultad ejercida por aquella autoridad para nombrar a la presunta víctima como fiscal provisional sin especificar alguna condición resolutoria que determinara la terminación del nombramiento, así como para dar por concluida la designación de manera discrecional, se apoyó en la inexistencia de un marco normativo específico que garantizara la estabilidad del funcionario mientras ejerciera el cargo. A lo anterior se sumó una interpretación judicial, incluido el criterio del Tribunal Constitucional, congruente con las decisiones de la autoridad administrativa” (párr. 101). Razón por la que concluye que “al no haber suprimido prácticas que entrañaban violación a las garantías previstas en la Convención, y dada la falta de expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de tales garantías, el Estado incurrió en incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, conforme al artículo 2 de la Convención, en relación con la garantía de inamovilidad de [las autoridades fiscales], reconocida como una de las garantías judiciales que consagra el artículo 8.1 de la Convención” (Corte IDH, caso “Casa Nina Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 24/11/2020, Serie C No. 419, párr. 102).

138 Corte IDH, Caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 202.

demanda no es la eliminación de la amplitud del poder discrecional, sino el control por parte del derecho respecto de su ejercicio”¹³⁹.

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Es Abogado y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular de Posgrado en la Universidad Nacional de La Matanza y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinador del Área de Derecho Administrativo de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez en lo Contencioso Administrativo Federal. <https://uba.academia.edu/alonsoregueira>.

139 “It used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law. But this dogma cannot be taken seriously today, and indeed it never contained much truth. What the rule of law demand is not that wide discretionary power should be eliminated, but that the law should be able to control its exercise” (WADE, H. W. R., *Administrative law*, Oxford, 1986, p. 347, citado por CASARINI, Luis, “Discrecionalidad administrativa, control judicial y Estado de Derecho [A propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema]”, ED, 2004, 296).

EL PLAZO RAZONABLE EN LA REFORMA DEL DECRETO LEY 19.549

GUSTAVO AMESTOY
Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires; Secretario en lo Contencioso
Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones acerca del plazo razonable antes de la reforma de la LPA. 3. El plazo razonable en la nueva redacción de la LPA. 4. El plazo razonable y la tutela administrativa efectiva. 5. Contornos y alcances de la noción de plazo razonable. 6. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de plazo razonable siempre nos conecta con la idea del tiempo; casi nulas certezas tenemos en el desarrollo de nuestra vida acerca de muchísimas cuestiones, pero si de algo debemos estar seguros, es que el tiempo transcurre inexorablemente, y que lo no concretado en su oportunidad difícilmente pueda realizarse luego.

Esa manifestación permite recordar que en épocas de estudiante, un docente de Derecho Procesal nos dijo que para el hombre y la mujer dos cosas carecían de solución: la muerte y los plazos del Derecho; claro que se refería a los tiempos procesales y en el marco del desarrollo de la función judicial. Y ya en ocasión de estudiar el Derecho Administrativo, vimos que el tiempo también es relevante en los múltiples procedimientos que se siguen por ante la Administración, pero presenta aristas diferentes a las que se dan en los procesos judiciales. Básicamente, partiendo de la índole de cada una de las funciones estatales que ejercen los organismos por un lado, y los tribunales por el otro.

Los plazos en el procedimiento administrativo han sido y son obligatorios para el particular y para la Administración; esa obligatoriedad desplaza, en principio, la idea de la perentoriedad que importa que los términos procedimentales no tengan el carácter fatal que sí se da en el proceso judicial; y ello es así, de nuevo, por la índole de las funciones; mientras que en el procedimiento se persigue la obtención del interés público y por ello los organismos se encuentran dotados de múltiples prerrogativas tendientes a conseguirlo (parte ellas del régimen exorbitante

que se observa en el ejercicio de la función administrativa), en la función judicial el juzgador es un tercero imparcial e independiente que resuelve un litigio puntual entre partes contendientes, con el objeto de tributar a una finalidad distinta a la que siguen los órganos. Y por eso el tratamiento de la cuestión temporal es diferente.

El órgano dirige el procedimiento (como el juez gobierna el proceso) y es en ese carácter, en conexión con el objetivo de la función administrativa, que “maneja” los tiempos en pos de alcanzar la finalidad ínsita en la naturaleza de la tarea de obtención del interés público que despliega.

A resultas de ello, la obligatoriedad de los plazos no colisiona con la posibilidad de que respecto de ellos se adopte un criterio que los flexibilicen de modo que la rigidez en el cómputo de los plazos del procedimiento no sea la razón para dejar de lado la intervención de los particulares en él, aun cuando se trate de los plazos que las normas establecen para la impugnación de los actos en sede administrativa (de ahí la procedencia de la denuncia de ilegitimidad).

En ese escenario, el tiempo en el procedimiento administrativo reviste importancia para el particular que participa en un *iter*, puesto que se encuentra obligado a cumplir determinadas diligencias en las diversas fases de los trámites, en las oportunidades que la regulación determina, siendo de vital importancia el cumplimiento de los términos para la interposición de los recursos administrativos en pos de obtener la revocación, modificación o sustitución de los actos que emiten los órganos. Y ya en el proceso contencioso, deducir la demanda contra el Estado dentro del plazo de caducidad establecido por la norma.

La reciente modificación que la denominada Ley 27.742 de Bases¹ introdujo en el texto de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos² abarca diversas cuestiones, teniendo en consideración la estructura histórica de la norma procedimental.

Al respecto, debemos recordar que la LPA se estructura, básicamente, en dos sentidos; sus Títulos I, II y III refieren al ámbito de aplicación, estipulan los principios del procedimiento, regulan acerca de los plazos, fijan los caracteres de la competencia y el modo de resolver las contiendas que a su respecto se susciten y la recusación y excusación, enumeran los requisitos esenciales (elementos) del acto administrativo y aluden a la forma de aquel, también legisla en materia de vías de hecho, y acerca del silencio.

En esa línea, específicamente en lo que concierne al acto, determina cómo y cuándo adquiere eficacia, establece cuáles son sus caracteres, el régimen de nulidades, qué debemos entender por actos irregulares y regulares y a partir de allí el camino a seguir para alcanzar su revocación en sede administrativa o su anulación en un proceso judicial según el caso, de qué manera se puede obtener el saneamiento

1 BO del 08/07/24.

2 BO del 27/04/72.

de los actos y, finalmente, en qué consiste y cuáles son los recaudos para llegar a la caducidad como medio de extinción. También en esta primera parte que integran los títulos referidos, debemos citar que figuraba el denominado recurso extraordinario de revisión (que la reforma que comentamos, ha eliminado del texto de la LPA lo ha insertado en el nuevo art. 99 del Reglamento de Procedimientos).

Concretamente en lo que hace al procedimiento administrativo, las previsiones de los tres primeros títulos de la LPA se complementan con lo que regula el Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72³ (y sus modificaciones) que también fue pasible de cambios recientes mediante la emisión del Decreto 695/24⁴ que reglamentó el Título II - Reforma del Estado, Capítulo III - Procedimiento Administrativo, de la Ley de Bases.

Seguidamente, la LPA consta del Título IV que, en lugar de regular cuestiones propias del procedimiento administrativo, trata respecto del proceso judicial contencioso. Ello, en el marco de la ausencia de un código procesal contencioso administrativo para el orden nacional, lo que ha llevado a que, con miras al análisis de los presupuestos rituales que habiliten la instancia judicial contenciosa, y también que regulen las fases del proceso judicial en la materia, se aplique por un lado este título, juntamente con las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A lo que cabe anudar la Ley 26.854⁵ de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional.

Así, enuncia los requisitos para la impugnación judicial de los actos de alcance particular y general fijando la regla del agotamiento de la vía administrativa, establece el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción y los diversos modos en que se debe computar según el objeto impugnatorio que se persiga, también lo inherente al plazo para demandar en caso de silencio y cuando el Estado sea actor, el trámite del amparo por mora, y los requisitos, trámite y excepciones para reclamo administrativo previo con el que se cuestionan omisiones estatales enmarcadas en relaciones jurídicas preexistentes.

Aquel esquema dual que en cuanto a sus contenidos presenta la LPA (regulación del procedimiento y de parte del proceso contencioso) se conserva con la reforma que comentamos.

En esa línea, entonces, cabe decir que las modificaciones que se observan en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pueden diferenciarse en dos grupos, teniendo en consideración que la norma, desde antaño –y como ya afirmamos, por la ausencia de regulaciones procesales particulares en lo que concierne al proceso contencioso administrativos; v. gr., carencia de un código procesal en esa materia– ha fijado:

3 BO del 27/04/72.

4 BO del 05/08/24.

5 BO del 30/04/13.

- a) Normas de naturaleza procedimental a los fines de reglar múltiples aspectos atinentes a los procedimientos administrativos y,
- b) Requisitos procesales relacionados con la impugnación judicial de los actos (generales y particulares), de las demás manifestaciones relacionadas con el ejercicio de la función administrativa (hechos, vías de hecho y omisiones); así como también el amparo por mora de la Administración.

En dicha inteligencia, los cambios pueden distinguirse en:

- Modificaciones procedimentales, relativas a:
 - Ámbito de aplicación de la LPA;
 - Principios del procedimiento administrativo;
 - Elementos, y forma del acto administrativo;
 - Competencia para la resolución de cuestiones de competencia;
 - Audiencia pública en procedimientos respecto de usuarios y consumidores, y sus alcances;
 - Vías de hecho administrativas;
 - Silencio administrativo;
 - Eficacia del acto administrativo;
 - Presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria del acto administrativo;
 - Régimen de nulidades del acto administrativo;
 - Régimen de revocación del acto administrativo irregular y regular;
 - Derogación del acto administrativo de alcance general;
 - Saneamiento del acto administrativo;
 - Reclamo administrativo previo.
- Cambios procesales, vinculados con:
 - Plazos de prescripción para requerir la anulación judicial de los actos nulos y anulables;
 - Requisitos para la impugnación judicial de los actos de alcance particular;
 - Régimen de impugnación de los actos de alcance general;
 - Plazo de caducidad para la habilitación de la instancia judicial;
 - Plazo de caducidad, y cambios en la regulación acerca de los recursos directos;
 - Plazo para la impugnación judicial del silencio de la Administración, y de los daños provocados por los actos declarados ilegítimos;
 - Plazo para la nulidad promovida por el Estado;
 - Amparo por mora de la Administración.

Como puede observarse, los cambios en la LPA abarcan, entonces, dos planos diferenciados; por un lado, los referidos al procedimiento administrativo propiamente dicho y, por el otro, los relativos al proceso judicial.

El objetivo de este trabajo consiste en plantear cómo, en ese contexto, la modificación de la LPA trae consigo la inserción de la noción del plazo razonable,

con los contornos que presenta puntualmente en lo que atañe al procedimiento, y los alcances que tiene respecto de los propios órganos de la Administración. Ello, además, de la relevancia de la noción en ocasión de llevarse a cabo el análisis del cumplimiento de los tiempos en sede judicial, y acerca del actuar útil, o no, de la Administración.

2. CONSIDERACIONES ACERCA DEL PLAZO RAZONABLE ANTES DE LA REFORMA DE LA LPA

A poco de analizar el texto de la LPA anterior a la reforma que comentamos, podemos observar que la idea del plazo razonable estaba relacionada o con la ponderación que la propia Administración efectuaba a los fines de disponer o no la ampliación de los plazos procedimentales (art. 1º, inc. e), ap. 5º) o de escrutar acerca de si el particular dejaba transcurrir, o no, un lapso excesivo de los fijados para la interposición de recursos administrativos y, como fruto de ese análisis, el órgano aceptaba o denegaba la admisión de la presentación impugnatoria tardía, como denuncia de ilegitimidad (art. 1º, inc. e), ap. 6º).

Además de ello, en la regulación concerniente a la caducidad del acto, el órgano podía disponerla siempre que con carácter previo constituyera en mora al particular que incumpliera las cargas emergentes del acto, previa concesión de un plazo suplementario razonable al efecto; esto es, el otorgamiento de una extensión tendiente a lograr no solo el cumplimiento de las mandas surgidas del decisorio, sino también con el fin de evitar la declaración de caducidad (art. 21).

En todo ese marco, se verificaba el otorgamiento a la Administración de la herramienta para determinar la razonabilidad o no de la extensión de los plazos, la admisibilidad de un cuestionamiento a sus decisiones cuando él fuera planteado de modo extemporáneo a la luz de las pautas temporales fijadas por el reglamento de procedimientos, y la fijación de un plazo dirigido a evitar la caducidad del acto; en esa línea es que el gobierno acerca de los tiempos se ponía en cabeza del órgano, en un sentido concordante con la dirección que el mismo tiene respecto del *iter* procedimental.

Pero salvo lo que sostenía la LPA con relación a que los plazos eran obligatorios para la Administración y para el particular, parecía que quien con mayor énfasis debía acatar las regulaciones temporales era éste, y solo el organismo contaba con la facultad de extender los términos, o bien abrir paso al trámite de una impugnación demorada, u otorgar un lapso complementario para que el interesado cumpliera las mandas derivadas de un acto ya dictado con miras a enervar la posibilidad de extinguirlo.

La obligatoriedad del cumplimiento de los plazos por parte del particular se veía, creemos, con más nitidez que la que podía vislumbrarse acerca de la Administración, puesto que, a modo de ejemplo, en materia recursiva la no emisión

de una resolución acerca de los recursos administrativos abría paso a la posibilidad que el recurrente los reputara denegados tácitamente por silencio del organismo que debía resolver (y sin necesidad de interponer pronto despacho), y en el caso de los procedimientos de gestión, la no respuesta en el plazo fijado, o bien en el genérico de 60 días previsto en el anterior art. 10 de la LPA daba la alternativa al particular de deducir un pronto despacho y, siguiendo el cómputo de ese art. (v. gr. 30 días desde el emplazamiento) considerar denegada tácitamente la pretensión.

Por otra parte, el abordaje acerca de la razonabilidad de los plazos, también en el anterior texto de la LPA, se hallaba en cabeza del juez en el contexto de la acción de amparo por mora de la Administración, al momento de considerar si las razones suministradas por un organismo en ocasión de responder el informe requerido por el juzgador permitían o no la emisión de la orden de pronto despacho judicial (art. 28).

3. EL PLAZO RAZONABLE EN LA NUEVA REDACCIÓN DE LA LPA

Ahora bien, con la nueva redacción de la LPA surgen novedades acerca del plazo razonable, dado que más allá de mantenerse lo que antes citamos, se agregan menciones puntuales respecto del tema; en efecto, se mantiene la ponderación por parte de la Administración acerca de ampliar o no los términos procedimentales por un “tiempo razonable”, la determinación respecto de si el particular dilató en exceso la presentación de un recurso administrativo, y lo dicho con relación a la caducidad del acto y al amparo por mora. Pero además se erige al plazo razonable como parte del principio de la tutela administrativa efectiva.

En efecto, el nuevo art. 1° *bis*, en su inc. *a*) y apartado (*iv*) determina que en el procedimiento administrativo, la garantía de la tutela administrativa efectiva se integra con el derecho al plazo razonable, estipulando que “los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”.

A ello debemos anudar que el inciso *g*) del mismo art. 1° *bis* conserva la regla referida al carácter obligatorio del plazo, para los interesados y para la Administración.

Asimismo, en la inserción que hace la nueva LPA en su art. 8° *bis*, aparece el “procedimiento de consulta pública que resguarde el acceso a la información adecuada, veraz e imparcial, y proporcione a los interesados la posibilidad de exponer sus opiniones con la amplitud necesaria, dentro de plazos razonables”; nuevamente, la razonabilidad de la cuestión temporal está supeditada a lo que determine la autoridad competente.

En ese escenario, creemos conveniente delinear los contornos de la noción de plazo razonable a partir de su inclusión como parte de la tutela administrativa

efectiva, y enunciar luego las derivaciones que de ello se siguen para los órganos de la Administración.

4. EL PLAZO RAZONABLE Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

En el contexto del procedimiento administrativo, diversas son las manifestaciones que atañen al ejercicio del derecho de defensa de los particulares, acerca de ello, debemos memorar que se encontraba previsto ya en el texto del anterior art. 1° de la LPA, ubicándose en el inciso *f*) el principio del debido proceso adjetivo (comprensivo del derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y a una decisión fundada); eso, como una derivación del principio de defensa al que refiere el artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto garantía de orden sustantivo.

De su mano, el Reglamento de Procedimientos preveía en el *iter* diversas oportunidades en las cuales los particulares podían ejercer la defensa de sus derechos por ante la Administración, como por ejemplo la fase impugnatoria o recursiva del procedimiento, lo que se mantiene a partir de la reforma de aquel, incluida la ampliación de los plazos para la presentación de los recursos.

Más en modo alguno podían soslayarse los diversos institutos y reglas que emergen de la reforma constitucional del año 1994 –con todas las derivaciones que de ello se siguen–; sustancialmente, en lo relacionado con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75/22, y su jerarquía constitucional lo que significó, para los órganos estatales, la imposición del cumplimiento de las normas convencionales, más allá de las ya vigentes en el texto constitucional.

En esa línea, con la reforma constitucional del año 1994 se proyectan al procedimiento administrativo las garantías surgidas del Derecho internacional de los derechos humanos, resultando rectoras en la materia las decisiones de la Corte Interamericana. Es así que, acerca de la tutela administrativa efectiva no puede soslayarse el pronunciamiento recaído en el caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” del 02/02/01 ya que fijó los criterios para la imperatividad de aquel principio en el procedimiento administrativo.

Para llegar a dicha conclusión, la tarea de la Corte IDH consistió en analizar los alcances del art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que, bajo la denominación de Garantías Judiciales, determina que:

“1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda*

persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: *a)* Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; *b)* Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; *c)* Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; *d)* Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; *e)* Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; *f)* Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; *g)* Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y *h)* Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Así, los puntos salientes de la sentencia de la Corte Interamericana son los siguientes:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, *cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*”;

“el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; *el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*”;

“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo,

no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”;

“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”;

“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8º de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”.

De lo reseñado pareciera colegirse que el pronunciamiento dictado en “Baena” se refiere al ejercicio del derecho de defensa no solo en los procesos judiciales sino también en los procedimientos administrativos mediante el respeto que los órganos de la Administración deben tener acerca de las garantías que enuncia el art. 8º del Pacto de San José –sustancialmente en materia recursiva o impugnatoria–, lo que no es inexacto; solo que observando cuáles son las manifestaciones que hacen al ejercicio del derecho de defensa, podemos verificar la importancia que reviste la sentencia. En efecto, y tal como veremos seguidamente, aquel se presenta a través de múltiples institutos.

En el ámbito local, la noción de tutela administrativa efectiva se plasmó en la sentencia que la Corte Suprema dictó en la causa “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER C dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, del 14/10/04⁶.

Siguiendo el sendero de “Baena”, la Corte nacional fijó la pauta general por la que tanto el art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, v. gr. los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que cuentan con jerarquía constitucional al ser integrados en el art. 75/22 con la reforma del año 1994, resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva.

Y fue un paso más allá al delinear el contenido de la tutela administrativa afirmando que ella “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y

6 CSJN, “Astorga Bracht Sergio y otro c/ COMFER - DTO. 310/98 s/amparo Ley 16,986”, 2004, Fallos: 327:4185.

obtener de ellos sentencia o *decisión útil* relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada”.

Dicho ello, entendemos que lo relevante del fallo, repetimos que en línea con “Baena”, es que la tutela administrativa impone el derecho de los particulares a presentarse en sede administrativa a fin de obtener allí un decisorio que sea el resultado de un procedimiento sustanciado de modo regular (esto es, de acuerdo a las reglas vigentes) en el que se garantice la tutela de sus derechos, y que todo ello se enmarque en pautas temporales razonables.

Siendo así, evidentemente el debido proceso adjetivo reviste primordial importancia como parte de la tutela administrativa efectiva, ya que el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada hacen a la esencia del ejercicio del derecho de defensa; pero él no se agota en aquel porque surgen la tutela se integra con otras herramientas que coadyuvan a su concreción.

Pero no debemos dejar de lado la relevancia que presenta –junto con la aparición y concreción de las garantías antes referidas, y que ya integraban la noción de debido proceso adjetivo– que las decisiones de la Administración se adopten en un tiempo útil, que el órgano se pronuncie de modo expreso pero en un lapso razonable que guarde relación con la naturaleza de las cuestiones que se le planteen, suministrando así una respuesta, con independencia de su contenido.

Es así que aparece el factor tiempo, con las características que seguidamente apuntaremos.

5. CONTORNOS Y ALCANCES DE LA NOCIÓN DE PLAZO RAZONABLE

Dijimos que aquella tutela administrativa efectiva no se satisface con las manifestaciones que hasta ahora hemos comentado, sino que resulta preciso también para abonarla, que todo el trámite administrativo se desarrolle, y concluya con la emisión del acto, en un *plazo razonable*. A eso se refiere el art. 1° bis, inc. a), apartado (iv) cuando impone que los procedimientos tramiten y concluyan de ese modo.

Entendemos que el derecho al plazo razonable en el procedimiento administrativo puede verse desde dos aristas; por un lado, la referida a la duración de los trámites desde su inicio hasta su conclusión mediante el dictado del acto definitivo o el que resuelva la conclusión del *iter* aun cuando no dirima el fondo de la cuestión planteada y, por el otro, la relacionada con los tiempos con los que cuenta el particular a fin de ejercer sus derechos en el contexto del procedimiento.

Acerca de lo primero, cabe decir que la razonabilidad del plazo estará imbricada con la naturaleza de las cuestiones que se debatan en el expediente, puesto

que la mayor o menor complejidad del tema que se trate no resulta irrelevante a los fines de ese análisis.

A modo de ejemplo, veamos la regulación del instituto del amparo por mora de la Administración que contiene el art. 28 de la LPA (tanto en su original redacción como en la actual) en la que el abordaje por parte del juez de la razonabilidad del plazo es determinante a los fines de librar o no la orden de pronto despacho judicial; nótese que la norma establece que para adoptar una decisión que conmine al órgano obligado a pronunciarse en un plazo establecido judicialmente, o bien denegar el pedido del particular en ese sentido y aceptar el plazo comunicado por la Administración en ocasión de responder el pedido de informes acerca del estado del expediente y las razones de la demora, dice el artículo citado que deberá considerarse la razonabilidad “en atención a la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes y a la demora ya incurrida”.

Es entonces a partir de las peculiaridades del procedimiento que debe ponderarse si el plazo del trámite deviene o no razonable; es este punto cabe aludir a determinados parámetros llegados desde la Corte IDH para determinar en cada caso el carácter razonable o no de los términos temporales que insume un proceso o un procedimiento administrativo; ello ya que la Corte IDH ha hecho extensivas a este las garantías contenidas en el art. 8° del Pacto de San José, como hemos visto a partir de “Baena”.

Dicho ello, veamos que la Corte IDH primero reconoce la dificultad de determinar con carácter genérico qué debe entenderse por plazo razonable más luego fija pautas tendientes a su determinación; dice respecto de aquel: “no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”⁷; para luego aclarar que “la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso”⁸.

Al propio tiempo, afirma que “corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte

7 Corte IDH, “Genie Lacayo Vs. Nicaragua”, 29/01/1997.

8 Corte IDH, “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, 15/09/2005.

tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto”⁹; y que el plazo razonable “se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva. El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”¹⁰.

Pero en el estudio acerca de las particularidades del caso específico, y el temperamento de las partes, indica la Corte IDH “que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado. No obstante, un examen detenido del desarrollo del aludido proceso, muestra que tanto el Estado como el demandante, es decir, el señor Cantos, incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna. Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable. En todo caso, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y el desinterés del actor, entre otros factores, la duración global del proceso litigioso no revestiría la importancia necesaria para declarar la violación de los artículos que protegen el derecho al acceso a la justicia y a las garantías judiciales”¹¹.

Como derivación de lo anterior, estima que “los retrasos causados por las acciones u omisiones de cualquiera de las dos partes se deben tomar en cuenta al analizar si el proceso ha sido llevado a cabo en un plazo razonable”¹².

Sin perjuicio de eso, y tomando el criterio seguido por la Corte EDH, afirma que “hizo especial énfasis en la importancia de “lo que estaba en juego” para el accionante, y determinó que el resultado del procedimiento en cuestión tenía un carácter particular de irreversibilidad, por lo que en este tipo de casos las autoridades deben actuar con una diligencia excepcional”¹³.

El derecho a que el trámite y resolución del procedimiento administrativo se lleve a cabo en un plazo razonable también fue analizado por la Corte Suprema nacional a partir de la sentencia emitida en la causa “Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. 169/05”¹⁴ en el que se parte precisamente de los pronuncia-

9 Corte IDH, “Anzualdo Castro Vs. Perú”, 22/09/2009.

10 Corte IDH, “Favela Nova Brasília Vs. Brasil”, 16/02/2017.

11 Corte IDH, “Cantos Vs. Argentina”, 28/11/2002.

12 Corte IDH, “Mémoli Vs. Argentina”, 22/08/2013.

13 Corte IDH, “Furlan y familiares Vs. Argentina”, 31/08/2012.

14 CSJN, “Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708 s/ L. 216. XLV. REX”, 2012, Fallos 335:1126.

mientos de la Corte IDH en torno a los cuales las garantías judiciales del Pacto de San José y las derivaciones de la tutela judicial efectiva se proyectan aplicables al procedimiento administrativo (doctrina surgida en “Baena”).

En efecto, sostiene la Corte nacional que “el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 18 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación será cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En la misma senda, determina que “el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional –derivado del *speedy trial* de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica–. En ese sentido se ha expedido esta Corte al afirmar que ‘la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal”.

Puntualmente en lo que concierne a los procedimientos, en el pronunciamiento se afirma que “cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el Estado de Derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentre limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función– sino que deben ser respetadas por toro órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Ha sostenido al respecto al Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquiera autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera ‘que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8º de la Convención Americana’ (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)”.

De ahí que adopte las pautas fijadas por la Corte IDH en tanto “el ‘plazo razonable’ de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8,

constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de procesos, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana (...) como el tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad procesal del interesado; *c)* la conducta de las autoridades judiciales y *d)* el análisis global del procedimiento (...) tales criterios resultan, sin duda, apropiados para apreciar la existencia de una dilación irrazonable, habida cuenta de lo indeterminado de la expresión empleada por la norma. En tal sentido, cabe recordar lo expuesto por esta Corte en el sentido que la garantía a obtener un pronunciamiento sin demoras no podía traducirse en un número fijo de días, meses o años (...) en otras palabras, las referidas cautas dan contenidos concretos a las referidas garantías y su apreciación deberá presidir un juicio objetivo sobre el plazo razonablemente admisible para que la Administración sustancie los pertinentes sumarios y, en su caso, sancione las conductas antijurídicas”.

En función de lo anterior, y para el caso analizado en “Losicer”, la Corte concluyó en que “los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentan como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Sostuvimos que el derecho a una tramitación y definición del *iter* en un plazo razonable puede analizarse también desde la óptica de los tiempos que las normas acuerdan a los particulares para plantear sus posiciones por ante la Administración; y, en este punto, debemos referirnos a los plazos del procedimiento recursivo; al respecto, fue insistente el planteo acerca que los plazos para la interposición de las impugnaciones en sede administrativa resultaban exiguos en relación con los tiempos con los que contaba la Administración para resolver los recursos y que ello impactaba disvaliosamente en el adecuado ejercicio de defensa de los particulares en tanto se verificaba un óbice no solo en la vía impugnatoria, sino que también ello impactaba en el acceso a la vía judicial al no cumplirse el agotamiento de la vía administrativa como requisito para la habilitación de la instancia procesal.

En ese punto, con la reforma a la LPA se verifica una decisión del legislador en pos de ampliar los términos para la presentación de los recursos administrativos

porque desde el nuevo art. 23 inciso *d*) fija la regla por la que el plazo para la deducción del recurso que agote la vía administrativa no podrá ser inferior a 30 días contados desde la notificación válida del acto impugnado. Y esa decisión se ve emparentada con lo normado en el Reglamento de Procedimientos en tanto extiende de 15 a 30 los días para la presentación del recurso jerárquico (nuevo artículo 90), rigiendo lo propio acerca del recurso de alzada (artículo 94 segundo párrafo). En lo que atañe a la reconsideración, que como sabemos es optativa y por ende no agota la vía, el tiempo para la interposición pasa de 10 a 20 días.

La ampliación de los términos también se observa respecto del plazo de caducidad para presentar la demanda contenciosa del art. 25 de la LPA, ya que los 90 días hábiles judiciales que acordaba el texto anterior, la reforma los extiende a 180, contados del modo en que para cada manifestación de la Administración allí se determina. El tiempo para la impugnación mediante los llamados recursos judiciales directos se unifica en 30 días, desde el momento en que la parte final del artículo que aquí mencionamos deroga todas las normas que impongan términos menores, lo que entendemos un acierto dada la multiplicidad de regulaciones que fijan la demandabilidad directa de actos dictados por determinados organismos y que fijaban plazos exigüos que atentaban contra la tutela judicial efectiva; ello, básicamente, puesto que el criterio judicial ha sido conteste en que fijado normativamente un medio para el cuestionamiento de un acto en sede judicial –v. gr. el recurso directo– queda desplazada la posibilidad de recurrir en sede administrativa; de ahí que determinar un plazo mayor para los recursos directos facilite el control judicial respecto de un sinnúmero de decisiones de la Administración.

6. CONCLUSIONES

De lo que hemos reseñado y afirmado hasta aquí, puede colegirse que el tratamiento del tiempo en la LPA ha tomado otros ribetes con la modificación normativa recientemente introducida.

Primeramente, porque a partir de las nuevas fijaciones temporales que tanto la LPA como el Reglamento de Procedimientos Administrativos establecieron a fin de extender el tiempo para la presentación de recursos administrativos y deducir las impugnaciones judiciales (sea por acciones o por recursos directos) se ha dado respuesta a los cuestionamientos referidos a la exigüidad de los plazos para cuestionar (administrativa o judicialmente) las decisiones de los organismo estatales. Pero digamos también que persiste el debate en punto a la utilidad o conveniencia de proseguir sosteniendo el principio de agotamiento de la vía administrativa como requisito para la habilitación de la instancia judicial: ese tema no ha sido abordado de modo completo por la reciente reforma, más allá de lo regulado en el nuevo art. 23.

Seguidamente, y ya con relación a los plazos del procedimiento, dijimos que en el anterior texto legal el manejo del tiempo se encontraba en cabeza de la Administración pero ella no se veía expresamente compelida a cumplirlo, por lo que con la inserción de la noción del plazo razonable como componente que integra la garantía de la tutela administrativa efectiva, se consagraría para el particular el derecho a contar con una respuesta del órgano en un tiempo útil.

De ese modo, podemos afirmar que lo regulado en el art. 1 *bis*, inc. *a*), apartado *(iv)* en orden a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable coloca a la cuestión del cumplimiento del tiempo en el terreno de la Administración y ya no solo como carga del particular.

En esa inteligencia, la concreción del derecho a un procedimiento administrativo en el que se cumpla con el plazo razonable debe hacerse por la propia Administración; así, sin dejar de tener en cuenta el principio de instrucción –y en todo caso también las cargas en cabeza del particular– el órgano deberá tramitar el expediente y emitir una decisión fundada ponderando sus particularidades, circunstancias y complejidades y la cuestión a resolver, evitar el transcurso injustificado del tiempo, e imprimir con suma diligencia el trámite cuando el tema a decidir presente urgencia y excepcionalidad.

Pero ello nos ubica frente al interrogante acerca de qué alcances concretos en favor del particular tendrá la garantía de emisión de una resolución de la Administración en un plazo razonable, como parte integrante del derecho a la tutela administrativa efectiva, dado que prosiguen en el texto de la LPA resortes procedimentales que enervarían aquella materialización del derecho a una respuesta útil.

En efecto, nótese que en materia de resolución de recursos administrativos la regulación conserva, como excepción a la obligación de los organismos de resolver las impugnaciones, la denegatoria tácita de los medios impugnatorios deducidos cuando transcurrieren los plazos fijados para su resolución, y el órgano no lo hiciera; y sin necesidad de presentar un pronto despacho (arts. 87, 91 y 94 del Reglamento de Procedimientos Administrativos).

Al propio tiempo, especial mención reviste la regulación general acerca del silencio administrativo positivo del nuevo art. 10 de la LPA, en curso de reglamentación; ello, sin perjuicio de reiterar la índole del instituto, erigido siempre en favor del particular en ocasión que la Administración omitiera dar respuesta a un planteo en un procedimiento de gestión.

Es aquí donde aparece la importancia del escrutinio que corresponde que se efectúe en sede judicial en ocasión de, por ejemplo, analizarse la pertinencia o no de emitir una orden de pronto despacho en el marco del amparo por mora; es tarea del juzgador considerar todas aquellas variables, pero también la actividad procedimental y el interés o no del particular demostrado en la tramitación, la

conducta del órgano competente requiriéndole, para ese estudio, las razones por las cuales el procedimiento se ha extendido sin resolución, su duración total y, como afirmara la Corte IDH, “lo que estaba en juego”.

Con todos esos elementos, estimamos que el juez no solo podrá determinar el cumplimiento o no de este derecho sino también, y lo que es más relevante, disponer las medidas tendientes a que la Administración emita la decisión pendiente en el término que el magistrado fije, con miras a concretizarlo.

Constituye entonces un desafío observar de qué manera se conduce a partir de ahora la Administración con el objeto de garantizar la plena vigencia de la tutela administrativa efectiva a partir no solo de tributar con su actuación a la concreta defensa del particular (derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada) sino también suministrar respuestas a los interesados en un plazo razonable, entendido él como un tiempo útil en el contexto de las pretensiones que se deduzcan ante los órganos.

Porque, en suma, la esencia de la función administrativa está en conseguir el interés general pero no solo con el actuar oficioso de los órganos, sino también mediante la resolución de los planteos que los particulares presenten ante la Administración en tanto colaboradores de ella, siendo relevante que, por un lado, cuenten con las garantías encaminadas a la materialización de sus derechos, pero que al mismo tiempo los organismos concreten el cumplimiento de sus competencias en todo momento, de modo fundado y ante cualquier circunstancia.

GUSTAVO AMESTOY

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo y Financiero por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Belgrano. Profesor adjunto interino de Elementos de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Cátedra Dr. Balbín. Docente en otras instituciones. Secretario de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor de artículos de la especialidad.

LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

Profesor Emérito, Pontificia Universidad Católica Argentina.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución. 3. La protección de la confianza en la República Argentina. 4. El contenido y encuadre de la confianza legítima. 4.1. Comparación con otros institutos jurídicos. 4.2. Interpretación jurídica, sustento jurídico y alcances. 5. La confianza legítima en la jurisprudencia argentina. 5.1. Los primeros pasos. 5.2. La recepción con su propio nombre. 5.3. La sentencia en el caso “Grupo Clarín”. 5.4. Otros casos de la Corte Suprema. 5.5. Precedentes de otros fueros. 6. El artículo 1067 del Código Civil y Comercial. 7. Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El art. 1° *bis* de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, texto incorporado a la Ley 19.549 por el art. 25 de la Ley 27.742, establece en uno de sus párrafos:

“Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, *la confianza legítima*, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración” (conforme al art. 25 de la Ley 27.742, rotulada como Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos).

La “confianza legítima” o la “protección de la confianza”, aunque aún resulte poco conocida, desde hace muchos años ha sido mencionada y utilizada fructíferamente en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas. Es más, hasta en el texto de nuevo Código Civil y Comercial, se la menciona en el art. 1067, con un alcance que, a mi modo de ver, no se distancia dogmáticamente del concepto del Derecho Administrativo, ámbito, éste, en donde nació.

* En primer lugar, nuevamente agradezco a la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires la invitación formulada para expresar mis ideas acerca de la incorporación del principio general de la protección de la confianza legítima en la reforma hecha a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Es una invitación que me honra y espero dar un aporte útil a la ciencia del Derecho Administrativo.

En estas breves líneas trataré de brindar una exposición que sirva a los lectores a tener una primera aproximación sobre dicho principio.

2. EVOLUCIÓN

Puede decirse que esta figura nace a mediados del siglo pasado en Alemania con el caso tradicionalmente denominado de “la viuda de Berlín”, fallado por el Tribunal Administrativo Superior de Berlín¹. El caso fue algo así como una reacción contra la rígida aplicación del principio de la legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad² de actos que habían conferido beneficios a los particulares que obraban de buena fe.

En dicho pronunciamiento del 14 de noviembre de 1956, se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien se le había oficialmente certificado que si se trasladaba a Berlín occidental tendría derecho a percibir su pensión, por lo que, en consecuencia, basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas.

La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión esta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957³. Lo más interesante del caso es que se resolvió no sólo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión⁴.

1 La traducción y el comentario al caso fue hecho en esta revista por E. Patrizia GOTTSCHAU: “El caso de la ‘Viuda de Berlín’”; *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, tomo 2013-531

2 O, *retiro (Rücknahme)* en la terminología del Derecho Administrativo alemán, ello es, según esta concepción, la anulación de un acto administrativo ilegítimo en el seno de la propia Administración. MAURER, Harmut: *Droit Administratif allemand*, trad. fr. de Michel FROMONT, París, 1995, p. 284.

3 Conviene mencionar que en Alemania en el orden federal hay un Tribunal o Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), con asiento en Karlsruhe, y cinco órdenes de jurisdicción federal (ordinario, administrativo, financiero, de trabajo y social). El administrativo, tiene tres instancias: los tribunales administrativos (*Verwaltungsgerichte*), tribunales administrativos superiores (*Oberverwaltungsgerichte*) y el Tribunal (o Corte) Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgerichte*), con asiento en Berlín, todos ellos colegiados. Ver: FROMONT, Michel y RIEG, Alfred: *Introduction au droit allemand, t. I, Les fondements*, París, 1977, pp. 96-106, y 117-124. AUTEXIER, Christian: *Introduction au droit public allemand*, París, 1997, pp. 68-69. Heyde, Wolfgang: *Justice and the Law in the Federal Republic of Germany*, Heidelberg, 1994, *passim*.

4 GARCÍA MACHO, Ricardo: “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en la Revista Española de

Poco tiempo después, el Tribunal Administrativo de Baviera, en consonancia con dicha doctrina, sostuvo que en los supuestos de actos administrativos de favorecimiento ilegales se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior que el principio de la legalidad, como es el caso de la seguridad y de la protección de la confianza, llegando a la conclusión de que correspondía limitar la revocación *ex nunc*⁵.

A partir de allí la institución fue creciendo en el continente europeo, en grado tal, por ejemplo, que en el Código Europeo de la Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo en el año 2001, se lee en el art. 10, bajo el epígrafe “Legítimas expectativas, consistencia y asesoramiento” (la locución “legítimas expectativas” es la denominación que se da en Gran Bretaña a la institución en estudio), que:

“1. El funcionario será coherente en su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual; este fundamento deberá constar por escrito. 2. El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado”.

Por otro lado, la protección de la confianza había sido antes consagrada normativamente en el § 48 de la Ley de Procedimiento, del año 1976, que contempla el “retiro (*Rücknahme*) de un acto administrativo irregular”, pero para determinar los alcances de la anulación se tiene en cuenta, entre otros recaudos, la protección de la confianza.

En el Derecho español se lee en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, en el art. 3º, que preceptúa en su inc. e), que las administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones, entre otros, los principios de “Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”.

Derecho Administrativo (REDA) N.º 56, 1987, pp. 557-571, publicado luego en el *Libro homenaje al profesor Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989. GARCÍA LUENGO, Javier: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2002, p. 29. Maurer, ya cit., pp. 290-291. JESCH, Dietrich: *Ley y Administración. Estudio de la evolución el principio de legalidad*, trad. esp. –probablemente, porque no se indica, de la 2ª edición alemana, Tübingen, 1968; la primera edición de la obra de Jesch es de 1961–, Madrid, 1978, p. 246. Forsyth, C. S.: “The provenance and protection of legitimate expectations”, publicado en *Cambridge Law Journal*, 47 (2), julio de 1988, pp. 238-260, esp. p. 243-244.

5 JESCH, ya cit., p. 250, nota 81. Ver asimismo las citas sobre otros pronunciamientos del Tribunal Administrativo Federal citados por MAURER, ya cit., pp. 290-291, y JESCH, ya cit., p. 246, n. 74. En la n. 75 este autor menciona también pronunciamientos del Tribunal Social Federal y de los Tribunales Administrativos de Württemberg-Baden, de Renania-Palatinado y de Hamburgo, todos ellos contemporáneos con el de la “anciana viuda”.

También hay que mencionar la abundante jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea, hoy en día, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (como superior instancia) y un Tribunal General, que ha sido decisiva en la conformación de la protección de la confianza.

En Iberoamérica la institución fue estudiada en capítulos especiales distintos países, entre otros, México⁶, República Dominicana⁷, Venezuela⁸, Colombia⁹, Brasil¹⁰, Chile¹¹ y Uruguay¹². También en los laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), instituido por el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, si bien no se hace explícita referencia a la institución, lo cierto es que se lo encuentra bajo la remisión a la buena fe, a las “expectativas”, y en un término común en estos

6 CASTRO ESTRADA, Álvaro: *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, 1997, p. 124 y pp. 125 y sigs.

7 Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo (Ley 107-13).

8 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano”, en AA.VV.: Libro homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, t. V, Córdoba, 2000, pp. 271 y sigs.; reproducido también en AA.VV.: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias 9-12 de noviembre de 1998: La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas, 1998, pp. 295.

9 VALBUENA FERNÁNDEZ, Gabriel: *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad del Externado, Bogotá, 2008.

10 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe: *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Belo Horizonte, 2009, pp. 13 y ss. El trabajo en el que hace referencia, se titula “Ética pública, o Estado democrático de direito e os princípios consecutórios” Allí cita un trabajo de la autora MARTINS-COSTA, Judith: “Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva” (nota 18). DO Couto e Silva, Amiro: “O princípio da segurança jurídica (proteção confiança no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos”, en *REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Nro. 2, abril-junio 2005, Bahia- Brasil. DA CAS MAFFINI, Rafael. Principio de proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro (tesis) Universidad Federal do Rio Grando Do Sul. Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2005.

11 PHILLIPS LETELIER, Jaime: *La protección de expectativas en el Derecho Administrativo chileno*, Tirannt lo Blanch, Valencia, 2020. BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, *Revista De Derecho*, volumen 18, nro. 2, Valdivia, diciembre de 2005.

12 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en *Casos de derecho administrativo*, vol. V, Montevideo, 2007, pp. 139 y sigs., y, más recientemente: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay”, trabajo incluido en *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*, La Ley, Uruguay, Montevideo 2012. GUARIGLIA, Carlos E.: “Confianza legítima y discrecionalidad de la administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nro. 5 (2012), pp. 129 y sigs.

tratados como es el “trato justo y equitativo”, que la encierran, como en los laudos casos “Metalclad”¹³, “Biloune”, de 1993, o “Compañía de Aguas del Aconquija”¹⁴.

3. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En nuestro país dicho principio ha sido expuesto, sin necesidad de texto que lo recepte, en la doctrina y en la jurisprudencia. Distintos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema hicieron mención directa o indirecta a la protección de la confianza, sobre todo bajo el uso de la denominación “legítimas expectativas”; otro tanto ha ocurrido, esta vez con la mención de la confianza legítima o protección de la confianza, por parte de tribunales federales y provinciales. A ello cabe agregar los trabajos, entre otros, de Cassagne¹⁵, Bianchi¹⁶, Merteikian¹⁷, Silva Tamayo¹⁸, Cardelli¹⁹, Ivanega²⁰, Silva Tamayo²¹ o Rey Vázquez²², autor, éste último, que dedicó su excelente tesis doctoral al tratamiento del tema. Y no puedo

13 Caso ARB (AF)/97/1, del 2000.

14 Caso ARB/97/3, del 2000.

15 CASSAGNE, Juan Carlos: *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 53 y sigs.

16 BIANCHI, Alberto: *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, pp. 147 y sigs.

17 MERTEHIKIÁN, Eduardo: *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, pp. 143 y sigs.

18 “La confianza legítima”, en *Revista Régimen de la Administración Pública (RAP)*, n° 399 (2011), pp. 27 y sigs.

19 CARDELLI, Eugenia Mara: “La buena fe y la confianza del administrado a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense”, publicado en *El Derecho - Administrativo (EDA)* 2012-106, y “La relación de empleo público desde la perspectiva de las legítimas expectativas del empleado”, *EDA* 2015-236.

20 IVANEGA, Miriam Mabel: “El rol de los precedentes administrativos en la actividad de la administración”, en el sitio del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, <http://www.gestion-publica.org.ar>. En dicho sitio se encuentran muy interesantes trabajos, cuya lectura recomiendo. También la autora hace uso del instituto en su trabajo “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, publicado en *RAP*, N° 360, año 2008.

21 “La confianza legítima”, en *Revista Régimen de la Administración Pública (RAP)*, n° 399 (2011), pp. 27 y sigs.

22 REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo: “El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el Derecho Administrativo Argentino” (*AFDUC*) 17, 2013, pp. 259 y sigs. Y su obra: *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones*; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2016.

dejar de mencionar la Introducción del profesor Comadira al libro que escribí sobre el instituto²³. En lo personal, al principio me refiero desde el año 1992²⁴.

Puede destacarse, por ejemplo, que el Decreto 4175/2015, de la provincia de Santa Fe, Reglamento para el Trámite de Actuaciones Administrativas, en el art. 93 dispone lo siguiente:

“Cuando alguna autoridad administrativa, en ejercicio de sus respectivas competencias, establezca medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberá obrar conforme al *principio de confianza legítima* y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, procurando que, en ningún caso, se produzcan diferencias de trato discriminatorias” (énfasis añadido).

4. EL CONTENIDO Y ENCUADRE DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

4.1. Comparación con otros institutos jurídicos

a) *La confianza legítima es un principio general del Derecho*. Ello es así porque está situada entre los valores –que contemplan los criterios orientadores para la conducta, sin contener, por lo general, una respuesta concreta al caso– y la realidad, sea la del caso o la normológica (de estar previsto en la norma positiva). Es decir, es la aplicación del valor a través del principio.

b) *No se confunde con la seguridad jurídica*. En primer lugar ésta, por su generalidad, es un valor y tiene un alcance mucho mayor, ya que abarca desde el aparato estatal hasta el resto del cuerpo social, incluyendo, lógicamente, a quien sostiene una confianza legítima, que es sólo la seguridad jurídica desde el exclusivo ángulo de visión de la persona frente al Estado. Y ello la constituye en una derivación de la seguridad jurídica. En otros términos, la protección de la confianza legítima es una seguridad jurídica especificada.

c) *Es un derecho subjetivo*. En efecto, podría calificarse como un derecho en expectativa, que no tendría en principio amparo legal, y estaría sujeto a los vaivenes de los cambios, se eleva, cuando concurren los requisitos jurídicos, a la

23 La protección de la confianza del administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004

24 Comentario al caso “Columbia”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “El caso ‘Columbia’: nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos” (comentario a la sentencia de la CSJN, recaída en dicha causa), publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9/10-139; “La confianza legítima”, *El Derecho*, diario del 04/05/98, y en *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, con prólogo del profesor Julio Rodolfo COMADIRA.

condición de derecho subjetivo, o mejor, *un derecho del administrado a exigir un comportamiento determinado del Estado*.

d) *La buena fe*. Este principio general tiene fuerte vinculación, y hasta se lo ha confundido a veces. Mas la buena fe actúa como el componente subjetivo –y principal– para que se configure la situación de confianza protegible.

e) *La doctrina de los actos propios*. La teoría o doctrina de los propios actos se da en el marco de una relación jurídica especificada y no general, como es la del particular con el Estado. Ciertamente la confianza puede surgir en el marco de una relación particular con el Estado. Entonces habrá que distinguir si resulta aplicable la primera doctrina o la protección de la confianza, que puede darse fuera del marco (y es lo que generalmente ocurre) de una relación jurídica determinada. Además, la protección de la confianza alcanza a comportamientos que la doctrina de los actos propios no podría alcanzar, por ejemplo, cuando la confianza del particular surgió de un comportamiento ilegal del lado estatal.

f) *Los derechos adquiridos*. Aunque en varios precedentes, sobre todo europeos, se invocó la confianza legítima, ella fue confundida con la *protección de los derechos adquiridos*, olvidándose que este último instituto jurídico ostenta un claro y definido perfil en nuestro ordenamiento, en punto a asignar un amparo particular a las situaciones que están consolidadas en el patrimonio jurídico de las personas.

4.2. Interpretación jurídica, sustento jurídico y alcances

a) *La confianza legítima es de interpretación estricta*. Ello, porque no cualquier situación fáctica o normativa puede dar lugar a su configuración en la faz subjetiva. Para ello será necesario:

- que se compruebe, en primer término, la existencia de una situación subjetiva de confianza; ello es, que exista la *buena fe de quien la invoca*;
- que, aunque haya actuado de buena fe, lo haya hecho en forma *prudente* o, en otros términos, como un buen padre de familia, o un comerciante diligente, o como una persona adulta consciente y previsor; y, en relación con este recaudo,
- que el hecho generador haya sido idóneo para producirla.

En estos términos se configurará la situación jurídica de confianza legítima, que importa un derecho subjetivo para el administrado, y que habilita jurídicamente para peticionar su reconocimiento y amparo.

b) *El sustento normativo*. A mi juicio, éste se puede encontrar en la Constitución Nacional a partir de la cláusula del Preámbulo que señala el fin de “afianzar la justicia”, en los arts. 14 y 17, en cuando garantizan el uso y disposición de la propiedad, en el art. 16, cuando se quiebra el principio de igualdad, como igualmente en el art. 18, cuando se trata del ejercicio del derecho a ser oído.

c) *La anulación y la revocación de actos administrativos*. El alcance de la protección de la confianza en relación con la *anulación* de los actos administrativos puede llegar a limitar los efectos de la extinción del acto nulo o el anulable respecto de quien se comprueba la existencia de una posición de confianza legítima²⁵. El tema, a la luz del texto reformado, merecería un tratamiento particular, puesto que lo establecido en la reforma se presta a cierta confusión. En efecto, en el nuevo art. 14, se lee en su parte final:

“La sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por *razones de equidad*, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo”.

En primer término, la introducción de la equidad es una clara manifestación de la aplicación del principio de protección de la confianza, máxime que, como condicionamiento, se exige la ausencia de dolo; en otros términos, la presencia de buena fe de parte de quien la invoca.

Otro tanto puede decirse del art. 15, que, al tratar la anulabilidad del acto, dispone:

“La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo”.

El texto presenta cierta confusión, porque si bien aplica el principio de equidad, lo cierto es que sólo lo limita a la *sentencia* que se dicte. La pregunta es si sólo el juez es quien puede aplicar la equidad, o también puede hacerlo el propio Estado. Además, otra pregunta que surge es si sólo la sentencia tiene efecto retroactivo, o también el acto.

Cuando se trate de la *revocación* de actos administrativos, la extinción sólo podrá ser *ex nunc* también, puesto que en caso contrario se estarían afectando los derechos adquiridos, que, como señalé, tienen un perfil propio y bien definido en nuestro ordenamiento. La protección de la confianza jugaría en relación con la revocación para el futuro de la situación consolidada anteriormente, porque sería necesaria la evaluación de los intereses en juego.

d) *Los precedentes y otros comportamientos administrativos*. El mantenimiento de ellos, en la medida que generaron la confianza serán obligatorios en tanto sean legítimos. No lo serán si carecen de idoneidad para producir la confianza en quien la invoca, o existieran motivos particularmente importantes y graves para su modificación, pese a estar acreditada la confianza y la idoneidad del comportamiento para generarla.

e) *Los cambios normativos* ofrecen los mayores puntos de fricción, porque contienen dos componentes. El primero es la permanencia del *status* adquirido

25 El tema lo traté en el libro *La protección de la confianza del administrado*.

por el afectado, que quiere que no sea modificado por el cambio normativo. El otro es el reconocimiento del derecho a una indemnización en caso de que la permanencia en la situación adquirida no pueda producirse (o que de permanecer significara un quebrantamiento del principio de igualdad).

En cuanto al primero, nada impide el cambio normativo; mas ello no significa la posibilidad de control por parte del juez, si pese a la necesidad del cambio puede existir un particular interés en que la situación del afectado permanezca inalterada, en atención a la protección de la confianza que en este caso podría jugar juntamente con la protección de los derechos adquiridos.

Respecto del segundo, la pérdida de un derecho con efectos *ex nunc* sólo podrá ser indemnizada en la medida que reúna los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad estatal.

f) *La protección de la confianza legítima como principio general del Derecho.* Ella es un principio que abreva en las fuentes tradicionales del Derecho para dar respuesta, en una nueva configuración, a las necesidades de los particulares en su relación con el Estado.

No es un principio que funcione siempre en forma autónoma, en la medida en que otros principios y valores pueden perfectamente conjugar con él —entre ellos el de legalidad, porque la confianza legítima sólo se da en el marco de la legalidad—, y cuyo empleo es subsidiario, o en extremo subsidiario.

Ello es: sólo podrá aplicarse cuando otras instituciones jurídicas no puedan ser el remedio para la solución del caso. Es la última reserva, que debe ser utilizada con mucha prudencia. Por ello, considero que la protección de la confianza aparece en el contexto del desarrollo jurídico, como adelanté, como una *manifestación de la equidad*, en punto a morigerar las consecuencias perniciosas sobre los administrados de decisiones y comportamientos estatales que les ocasionan perjuicios insostenibles sin dolo, culpa o negligencia de su parte. La nueva forma jurídica que alumbró la aplicación de la equidad para estos casos es lo que denominamos protección de la confianza legítima.

5. LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

5.1. *Los primeros pasos*

Ella aparece confundida con otras instituciones que más a mano estaban, como por ejemplo la *doctrina de los propios actos*, por ejemplo en el precedente “Zubdesa”²⁶, que se trataba del caso de una empresa invitada a participar en una contratación directa por haber incurrido en faltas, donde la Corte aplicó la doctrina de los propios actos al tener en cuenta que la actitud asumida por la entonces

26 Fallos: 308:191 (1986).

Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires había implicado la aceptación de la aptitud técnica de la empresa.

Otros casos que pueden ser considerados precursores están vinculados con la responsabilidad por cambios normativos, como “Carlos Reisz”²⁷ y “Los Pinos”²⁸. En el primero se amparó el derecho de un proveedor que había contratado teniendo en cuenta los precios existentes y que, en circunstancias que no eran normalmente previsibles, el propio Estado había variado los precios. En el segundo, se reconoció el derecho a obtener una indemnización a quien se había visto afectado en su explotación por un cambio normativo. Este último caso fue considerado por Mertehikian como un supuesto de protección de la confianza²⁹.

Otro muy importante precedente como “Industria Maderera Lanín”³⁰ muestra, entre sus muchas facetas, la provechosa aplicación del juicio de razonabilidad y el reconocimiento, *in nuce* quizás, del derecho a una indemnización por haberse frustrado “toda expectativa razonable” de aprovechamiento forestal. O sea, sería la aplicación de la confianza legítima en la responsabilidad del Estado.

Tiempo después, en el caso “Consolidación”³¹ (CS 1980) donde con acierto se citó la confianza de quienes habían adquirido bonos de YPF confiando sobre la forma en que se los liquidaría conforme los anuncios que se habían dado, y que luego unilateralmente la empresa estatal varió.

5.2. *La recepción con su propio nombre*

En votos disidentes de los jueces Moliné O’Connor y López en los casos “Revestek”³² y “Cirlafin”³³, se habló de ella para amparar la situación de quienes habían confiado en el mantenimiento de la cotización del dólar en lo que se conoció como la “tablita” del ministro Martínez De Hoz, que, inopinadamente por el cambio de autoridades, se modificó drásticamente.

La causa “Estado Nacional (Ministerio de Economía - Secretaría de Industria) c/ Sevel Argentina S. A. (FIAT) s/ cobro de pesos”³⁴, constituye un claro ejemplo de la aplicación de la doctrina de la confianza legítima, donde la

27 Fallos: 248:79 (1960).

28 Fallos: 293:617 (1975). El fallo lo comenté en la columna Sentencias para recordar, de EDA 2006-89, bajo el título “‘Industria Maderera Lanín’: un desconocido precedente de la Corte Suprema, reiteradamente citado en materia de control por el juicio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos”, donde destaqué todas las facetas del pronunciamiento. COVIELLO, Pedro José Jorge. EDA, 2006-89 [Publicado en 2006].

29 MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 139 y ss.

30 Fallos: 298: 223 (1977).

31 Fallos 302:1065 (1980).

32 Fallos: 318:1531 (1995).

33 Del 15/10/95. No está publicado en la colección de Fallos.

34 Fallos: 319:2185, 1996.

Secretaría de Industria pretendía el cobro del arancel compensatorio por actos de control e inspección de regímenes de promoción de la industria automotriz, que había sido instituido por el Decreto Ley 8655/63, mas una serie de modificaciones posteriores habían producido, según lo sostuvieron los jueces Moliné O'Connor, Boggiano, Bossert, López y Vázquez (el juez Petracchi emitió un voto concurrente pero en diferente sentido), una derogación orgánica del anterior, que no justificaba la vigencia del Decreto 8655/63, sobre todo, al no establecer el sistema de controles que aquél había instituido.

En particular, entendió la mayoría entre otras cosas tal conclusión era “la que indudablemente se sigue del principio de seguridad jurídica, con ajuste a las circunstancias del caso, en las cuales la recurrente ha tenido *razonables expectativas* para considerar derogada la tasa” (el énfasis me pertenece), agregando luego que la conducta observada por las autoridades “ha podido suscitar la *razonable confianza* en la derogación de la tasa; creencia que, apreciada en el contexto examinado, no puede quedar sin tutela jurídica efectiva” (el énfasis me pertenece).

Poco después la Corte Suprema en el caso “Provincia de San Luis”³⁵ se habló expresamente de la confianza en los votos de los jueces Moliné y López (consid. 37), Vázquez (consid. 30), y, en especial, el juez Fayt dijo:

“El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque *la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social*. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado” (énfasis añadido).

Lo más triste de todo esto fue que un año después la Corte Suprema, *in re* “Bustos”³⁶, cambió bruscamente su doctrina, gracias a la nueva integración. El juez Fayt volvió a reiterar dicho concepto.

Años más tarde, la Corte *in re* “Gentini”³⁷ invocó las *legítimas expectativas*, en estos términos:

“Es evidente que el art. 4º del Decreto 395/92, al establecer que las licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias, desatendió la finalidad de proveer al mejor cumplimiento del mandato legal contenido en el art. 29 de la Ley 23.696, en la medida en que no sólo no se subordinó a la voluntad del legislador allí expresada en forma inequívoca ni se ajustó al espíritu de la norma para constituirse en un medio que evitase su violación, sino que –por el contrario– se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las legítimas expectativas que poseían como acreedores” (el énfasis me pertenece).

35 Fallos: 326:417 (2003).

36 Fallos 327:4495 (2004).

37 Fallos: 331:1815 (2008).

Otro precedente de la Corte es “Ramos”³⁸, donde dijo:

“El comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el ‘despido arbitrario’”.

En este caso se reconoció el derecho a una indemnización al empleado “contratado” que había permanecido más allá del término fijado en el contrato inicial.

5.3. *La sentencia en el caso “Grupo Clarín”*³⁹

Esta sentencia tiene, sin duda, un componente político, que los jueces de la Corte no trataron, salvo la jueza Argibay. Este aspecto lo trataré al final. Pero en sí el tema, excluyendo las finalidades últimas que campearon, podría limitarse a lo siguiente: ¿pudo cambiarse en forma abrupta, aunque por ley, una situación nacida al amparo de una legislación anterior, no muy lejana de la modificación instaurada?

En el voto de los jueces Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, sostuvieron, entre otros argumentos, que nadie tiene derecho o confianza legítima al mantenimiento de un régimen normativo, que no tenía el Grupo un derecho adquirido a ello y que los fines profundos que hubiera tenido el gobierno para cambiar el régimen por un problema particular contra el multimedio no entra en la consideración del Tribunal; en todo caso, las indemnizaciones por los daños producidos por el cambio normativo podría ulteriormente ser reclamadas judicialmente. El juez Zaffaroni, en su voto particular, lo mismo que el juez Petracchi, también siguió la misma línea.

Los votos de los jueces Fayt, Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay fueron parcialmente disidentes en un tema clave: el mantenimiento del plazo para la utilización de las licencias. Coincidieron en que debían las demandantes continuar con las licencias hasta que finalizaran los plazos legales.

Pero en el voto del juez Maqueda se invocó específicamente tanto la seguridad jurídica como la protección de la confianza para dar sustento a su posición. Así expuso en el consid. 53:

“Que resulta claro entonces que la conducta del Estado Nacional en la materia, desarrollada en forma continua y permanente por un lapso más que

38 Fallos: 333:311 (2010).

39 Del 29/10/2013. Fallos: 336:1774. Dos comentarios, entre otros que se han hecho, destaco los de BIANCHI, Alberto B. y SACRISTÁN, Estela B.: “El caso ‘Grupo Clarín’. Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos”, *El Derecho Constitucional*, del 20/02/2014, y “ Propiedad y derechos adquiridos. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, de AZZARRI, Juan Cruz, *La Ley* 2014-C-1037.

prolongado, llevó a la actora a presumir legítimamente la estabilidad de su situación jurídica.

El orden jurídico de la Nación, de acuerdo al objetivo del preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, debe *proteger la confianza* suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Esta regla resulta aplicable, con mayor razón, en el marco de relaciones entre el Estado y los particulares y es coherente con los principios que limitan la arbitrariedad estatal, según los cuales las autoridades públicas no deben adoptar medidas que resulten contrarias a la razonable estabilidad de sus actos, y en función de las cuales los individuos han adoptado determinadas decisiones (confr. Arg. Fallos: 308: 552 y 328:1108). Por lo tanto, existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, como la actora, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas”.

Respecto a la seguridad jurídica, dijo en el consid. 59: “Que lo expuesto se relaciona directamente con la seguridad jurídica entendida por esta Corte como el principio que ordena el acatamiento de las normas que imperan en el Estado de Derecho, que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no sólo formal (confr. Arg. Fallos: 243: 465; 251: 78; 317: 218 y 325: 2875). Este principio se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma –en el caso, la dicta– y luego la desconoce pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales (Fallos: 249:51; 294:220)”.

5.4. *Otros casos de la Corte Suprema*

La confianza legítima, bajo la figura de la “legítima expectativa”, fue utilizada en el caso “Kek” (Fallos: 338:212; 2015), donde a mi juicio se hizo una mala aplicación de la doctrina del caso “Ramos”⁴⁰.

Dos casos que pueden finalmente citarse son “Faifman” (Fallos: 338:161; 2017) y “Abarca” (Fallos: 339:1254; 2016).

En el primero, señaló la Corte la posición contradictoria del Estado Nacional al reconocer, por un lado la responsabilidad estatal en el atentado a la AMIA, y, por otro, invocar la prescripción ante la acción indemnizatoria de los actores, en estos términos:

40 El caso lo comenté en la columna de opinión de *El Derecho*, tomo 266-751, bajo el título “La distorsión del empleo público”, a cuya lectura remito.

“15) Que la postura del Estado Nacional resulta incompatible con el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento, tanto público como privado, y que condiciona, especialmente, la validez del actuar estatal (Fallos: 311:2385, 312:1725, entre otros).

Cabe recordar que una de las derivaciones del principio mencionado es la doctrina de los actos propios, según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta (...). [pues la buena fe] impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (Fallos: 321:221 y 2530, 325:2935, 329:5793 y 330:1927, entre otros).

16) Que, desde esta perspectiva, la invocación de la prescripción resulta incoherente con las *expectativas de reparación* que la propia demandada generó con sus actos anteriores y, por ende, contraria al principio de buena fe que debe regir, muy especialmente, el obrar estatal”.

En el segundo, “Abarca”, donde se dejó sin efecto la elevación de una causa vinculada con el reajuste tarifario, la Corte en un duro mensaje hacia la jueza, sostuvo: “al desplazar discrecionalmente la radicación del asunto –en que está en tela de juicio la validez del régimen tarifario en materia de energía eléctrica con un colectivo que, según la jueza, se extiende a todos los usuarios de la Nación– trasladó a esta Corte la responsabilidad por la decisión final de un conflicto de gravedad institucional que la sociedad y los poderes políticos, de la Nación y de las Provincias, vienen aguardando con especial interés, sustrayéndose de sus obligaciones como jueza de la Nación, colocando a esta Corte en un escenario judicial en el que, por el momento, no le compete conocer, y comprometiendo el prestigio de todo el Poder Judicial al *frustrar las legítimas expectativas* de los ciudadanos que aguardan la resolución definitiva de este conflicto, ignorando los ‘tecnicismos’ legales de las disposiciones regulatorias de la competencia, de los procesos colectivos y de la acumulación de procesos”.

5.5. Precedentes de otros fueros

a) En el Fuero Contencioso Administrativo Federal, pueden citarse las siguientes causas: Sala I: “Estado Nacional (Gendarmería Nacional) c/ “Briganti”⁴¹ y “Vázquez” (voto del juez Bernardo Licht)⁴²; Sala II: “Viande”⁴³ y “Aguas Argentinas”⁴⁴; Sala III: “Sociedad de Distribuidores de Diarios y Revistas”⁴⁵; Sala

41 Del 11/12/1998.

42 Del 08/10/2002.

43 Del 17/11/2015.

44 Del 22/11/2016.

45 Del 26/04/2000.

IV: “Ytoiz”⁴⁶; Sala V: “Exolgan”⁴⁷, Sala V, “Ticoral”⁴⁸ y “Escuela Superior de Psicología Social”⁴⁹.

b) De la Cámara Federal de Córdoba se pueden citar las causas: “Lema”⁵⁰ y “Pauli”⁵¹, el plenario “Gómez, Miguel Ángel c/ Administración Nacional de Aduanas - Contencioso Administrativo”⁵², y “Verzini”⁵³, de la Sala A de dicha Cámara.

También se invocó la confianza legítima en las Cámaras Federales de Salta, *in re* “García, Liliana c/ Un Nac Jujuy” (2011) y “Esquibel”.

c) El Superior Tribunal de Córdoba es de los que más aplicación ha hecho de la institución de la protección de la confianza; por ejemplo, en los casos “Asociación Vecinal Leandro N. Alem”⁵⁴, “Alberti Huber”⁵⁵, “Abraham” y “Dinosaurio”⁵⁶.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires la aplicó o hizo referencia a ella en las causas “Iberargen”⁵⁷, “Nazar Anchorena”⁵⁸, “Vaccaro Hnos.”⁵⁹, “González”⁶⁰ y “Morosi”⁶¹ o, más recientemente, en la causa “Química True”⁶².

También la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Sala I de dicho tribunal *in re* “Plan Ovalo S.A.”⁶³

En Santa Fe, la aplicó la Cámara de lo Contencioso Administrativo, en la causa “Embotelladora del Atlántico”, del 11/06/2013. Y también en la Cámara del mismo fuero de Rosario en las causas “Boasso”⁶⁴ y Antik”⁶⁵.

46 Del 11/5/2000, LL del 07/02/2001.

47 Del 21/09/98.

48 Del 27/04/2007.

49 Del 12/07/2011. EDA del 29/2/2011.

50 Del 04/09/2002.

51 Del 15/08/2003.

52 Del 07/06/2004.

53 Del 31/10/2005.

54 Del 15/03/1999.

55 Del 08/06/1999.

56 Del 15/08/2004.

57 Del 01/12/2004.

58 Del 27/02/2008.

59 Del 24/10/2011. EDA 29/2/2012, con el comentario de María Eugenia CARDELLI: “La buena fe y la confianza del administrado a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense”.

60 Del 10/08/2011.

61 Del 26/10/2011.

62 Del 24/09/2024.

63 Del 11/06/2004.

64 Del 25/04/2006.

65 Del 18/04/2013.

6. EL ARTÍCULO 1067 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El instituto⁶⁶ que aquí se trata está regulado en dicha norma, en estos términos:

“Protección de la confianza. La interpretación debe *proteger la confianza* y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto” (el énfasis me pertenece).

Cabe preguntarse qué grado de influencia puede tener dicha recepción normativa de la protección de la confianza en el Derecho Administrativo. En mi opinión quizás la influencia sería de éste hacia el Derecho Privado.

Me atrevo a decir que ninguna. Mas bien diría que mucho antes que se consagrara en el Derecho Civil, ya estaba en el Derecho Administrativo, como precedentemente se vio. Me explico: en primer lugar, la forma en que está incluida la institución en el nuevo Código se refiere más bien a una relación entre particulares en el marco de una relación contractual. No parece ser extensible a la relación Estado - administrado.

La protección de la confianza en el Derecho Administrativo es, como se vio, más amplia puesto que se refiere a una relación muy particular, y puede llegar a tener incidencia aún en supuestos que podrían considerarse ilícitos, pero en beneficio de quien actuó de *buena fe*, con confianza legítima.

Puede aquí aparecer la tentación de recurrir a la aplicación del Derecho Civil como derecho supletorio o supuesta fuente originaria del Derecho Administrativo. Mas hace rato que ello fue dejado de lado, puesto que distinguidos autores como Meilán Gil y Vergara Blanco han reconocido que el Derecho Administrativo tiene mérito con prosapia y principios propios como para que no se considere al Derecho Civil como su derecho común, sino antes bien, que hay principios jurídicos que hay ingresado al acervo del Derecho y que no son propios o exclusivos del Derecho Civil⁶⁷.

En todo caso, podría decirse que se puede aplicar *analógicamente* dicho precepto y su contenido, en la medida que se lo entienda criterio jurídicamente ecuménico, puesto que, en definitiva, el derecho es uno. No está de más recordar que en el Derecho Administrativo reiteradamente se han aplicado en forma

66 Reitero aquí básicamente lo escrito en “La protección de la confianza y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. CASSAGNE, Juan Carlos (Director): *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 491 y sigs.

67 MEILÁN GIL, José Antonio: “La construcción de categorías en el Derecho Administrativo”, en su obra, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, 2011, pp. 17 y sigs. Ver también la monografía de VERGARA BLANCO, Alejandro: *El Derecho Administrativo como sistema autónomo*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, *passim*.

analógica los preceptos no sólo del Código Civil⁶⁸, sino también del Código de Comercio⁶⁹.

Mas debe quedar claro que no aplicamos la protección de la confianza porque está consagrada normativamente, aunque apliquemos el art. 1067 en forma analógica, sino, antes bien, lo aplicamos en el Derecho Administrativo porque existe en él desde hace mucho más de medio siglo, y porque fue el que le dio forma a una nueva institución jurídica, ya existente *in nuce* en el ordenamiento jurídico, en una forma aún desconocida hasta que, cuanto menos, la jurisprudencia alemana le dio alumbramiento.

Podría decirse que es precisamente el Derecho Administrativo el que puede servir al Derecho Civil para explicar qué es la protección de la confianza.

7. CONCLUSIÓN

La protección de la confianza, se le adicione o no “legítima”, no necesitó su reconocimiento por el Derecho Positivo para que fuera aplicada tanto en el Derecho comparado como por nuestro Derecho. Y ello, simplemente, porque ha sido reconocida como un principio general del Derecho, derivado, fundamentalmente de los valores del Estado de Derecho, entre ellos la seguridad jurídica, la buena fe y la doctrina de los propios actos.

La reforma introducida a la LNPA contiene, a mi modo de ver, un reconocimiento legislativo a los valores que el texto anterior contiene, lo mismo que sus autores y comentaristas pero que fue una “puesta al día” (*aggiornado*, decimos vulgarmente), conforme los avances de la dogmática del Derecho Administrativo, mas no “derogado” por contener alguna incompatibilidad jurídica que repugne a algún principio constitucional. Ciertamente, hubiera sido interesante conocer cuáles fueron las pautas u objetivos que se fijaron los autores de la reforma, y hasta sus autores, lo cual nos permitiría, quizás, interpretarla de mejor modo.

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

Es Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Emérito en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de posgrado en dicha casa de altos estudios, en la Universidad Austral, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y otras universidades y organizaciones públicas y privadas de nuestro país y del extranjero. Autor de un

68 Como ocurrió en el caso “Los Lagos”, Fallos: 190:142 (1941), en que se recurrió al Código Civil para determinar los alcances de la nulidad del acto administrativo. Ver: CASSAGNE, Juan Carlos: *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, pp. 202-204.

69 Caso “Cooperamet”, Fallos: 263:510 (1965), donde aplicó el art. 218, inc. 4, del entonces Código de Comercio para interpretar la conducta de las partes.

libro y numerosas publicaciones sobre la especialidad y teoría general del Derecho. Juez de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal retirado.

LA TRANSPARENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

DIEGO FREEDMAN

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Juez del Tribunal Oral de Menores N° 2.

CÉSAR VILLENA

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en los estándares del Derecho internacional. 3. El derecho de acceso a la información pública y la transparencia en el Derecho interno. 4. El derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la actividad financiera del Estado.*

I. INTRODUCCIÓN

La transparencia es mencionada en forma recurrente en diferentes disposiciones de la Ley 27.742¹, denominada como Ley de Bases y Puntos de Partida

* Este artículo se basa en un trabajo previo publicado en la *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero*, año IV, tomo 10, abril de 2024, Centro de Estudios de Derecho Financiero y Derecho Tributario.

1 Publicada en el B.O. del 08/07/2024.

para la Libertad de los Argentinos² y, en particular, ha sido incluida como principio

2 Art. 2º: “Establécense, como bases de las delegaciones legislativas dispuestas en el presente capítulo las siguientes:

a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común; b) Reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas; y c) Asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas”.

Art. 12: “El proceso de privatización deberá desarrollarse de conformidad con los principios de transparencia, competencia, máxima concurrencia, gobierno abierto, eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos, publicidad y difusión. La reglamentación establecerá los plazos y modalidades específicas para garantizar la debida publicidad y difusión”.

Art. 13: “La Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, creada por el artículo 14 de la ley 23.696, intervendrá en las privatizaciones que se lleven adelante en virtud de las disposiciones de la presente ley. A los efectos de cumplir con su cometido, la referida Comisión Bicameral deberá ser informada de: (...) c) Las medidas adoptadas a fin de garantizar los principios de transparencia, competencia, máxima concurrencia, igualdad, publicidad y gobierno abierto en los procesos de toma de decisión...”.

Art. 16: “Sustitúyase el artículo 18 de la ley 23.696 por el siguiente: Artículo 18: Procedimiento de selección. Las modalidades establecidas en el artículo anterior se ejecutarán por alguno de los procedimientos que se señalan a continuación o por combinaciones entre ellos. En todos los casos se asegurará la máxima transparencia y publicidad, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados...”.

Art. 23: “ Toda empresa u organismo con participación estatal total o mayoritaria deberá respetar los siguientes principios rectores: (...) b) Transparencia: adoptar un rol activo en la publicación vinculada a su desempeño, adoptando las mejores prácticas de transparencia con sus accionistas y con la ciudadanía...”.

Art. 63: “Autorícese al Poder Ejecutivo nacional, previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y la Sindicatura General de la Nación conforme lo establezca la reglamentación, a disponer por razones de emergencia, las que a los efectos de esta ley constituyen causales de fuerza mayor según el régimen previsto en el artículo 54 de la ley 13.064 y modificatorias, la renegociación o rescisión de los contratos: (i) de obra pública, de concesión de obra pública, de construcción o provisión de bienes y servicios y sus contratos anexos y asociados; (ii) cuyos montos superen los diez millones (10.000.000) de módulos establecidos en el artículo 28 del decreto 1030/2016 o el que en el futuro lo reemplace; y (iii) hayan sido celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 2023 (...) La facultad a la que se refiere el primer párrafo sólo podrá ser ejercida, previo informe de transparencia y siempre que ello resulte financiera o económicamente más conveniente para el interés público...”.

Art. 73: “El Poder Ejecutivo nacional podrá, previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, renegociar, por razones de emergencia, la reconducción de los contratos de obra pública y servicios de consultoría de obra pública celebrados con anterioridad a la sanción de la presente ley que se encuentren en estado de paralización, a los efectos de posibilitar el aporte de financiamiento privado tendiente al reinicio y finalización de las obras comprometidas. La reglamentación establecerá las condiciones, requisitos y procedimientos aplicables, los que deberán garantizar la transparencia, eficiencia y eficacia de la reconducción”.

del procedimiento administrativo³. Sin embargo, debemos destacar que el deber de transparencia y su correlato, el derecho de acceso a la información pública, ya estaban incorporados a nuestro ordenamiento normativo con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han realizado un profundo abordaje.

En las siguientes líneas haremos un breve racconto de los estándares ya definidos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar este principio en el ámbito procedimental.

2. LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL

En primer lugar, es factible considerar que el concepto de transparencia es una versión *aggiornada* del tradicional principio de publicidad de los actos de gobierno. Los autores de la Ilustración entendían que la actividad del Estado, en particular, las leyes y demás normas públicas debían ser conocidas por todos los ciudadanos⁴. De esta forma, no sólo se garantizaba su cumplimiento, sino que era

Art. 162: “Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a adecuar, en el plazo dispuesto por el artículo 1º de la presente ley, las leyes 15.336 y 24.065 y la normativa reglamentaria correspondiente conforme a las siguientes bases: (...)

f) Garantizar el desarrollo de infraestructura de transporte de energía eléctrica mediante mecanismos abiertos, transparentes, eficientes y competitivos...”.

3 Art. 25: “Incorpórese como artículo 1º *bis* de la ley 19.549 el siguiente: Artículo 1º *bis*: Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración...”.

4 Explicaban que “todo el poder que el gobierno tiene, al estar dirigido únicamente al bien de la sociedad, no puede ser arbitrario y caprichoso, sino que tiene que ser ejercido según leyes establecidas y promulgadas, para que el pueblo sepa cuáles son sus deberes y encuentre así protección y seguridad dentro de los límites de la ley; y para que también los gobernantes se mantengan dentro de dichos límites y no se vean tentados, por causa del poder que tienen en sus manos, a emplearlo con propósito y procedimientos que el pueblo no sabía de antemano, y a los que no habría dado voluntariamente su consentimiento”, LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires, Ed. Alianza, 1997, p. 145.

“Como es necesario que las leyes quiten al ciudadano lo menos posible de libertad, y permita la mayor igualdad posible entre ellos, en los sistemas políticos donde los hombres son menos libres y menos iguales conviene que mediante la administración el legislador les haga olvidar lo que han perdido de las dos grandes ventajas del estado de naturaleza; debe consultar continuamente los deseos de la nación, debe exponer a los ojos del público los detalles de la administración; es necesario que les rinda cuenta de sus favores, debe incluso comprometer a los pueblos a ocuparse del gobierno, a debatir y seguir sus actuaciones, y es un medio de integrarlos en la patria”, DIDEROT, Denis y LE ROND D’ALAMBERT, Jean, *Artículos políticos de la “Enciclopedia”*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, pp. 95 y 96.

Al respecto, se sostuvo que “la regular publicación de las leyes -exigencia que resulta del principio republicano y de juridicidad- es el presupuesto constitucional esencial para que estas se

posible evaluar y controlar el desempeño de las autoridades públicas y ejercer el derecho al voto de manera informada. Desde ya, esta visión de la publicidad tenía un alcance limitado en cuanto a los actos que se difundían (como aclaramos previamente, se referían principalmente a las leyes y otras normas públicas), lo cual se compadecía con los recursos técnicos de la época (publicación escrita a través de los medios de comunicación disponibles).

La planificación de las políticas anticorrupción ha fortalecido esa primigenia idea de publicidad y la reemplazaron por el concepto de transparencia o gobiernos de “cristal” lo que resulto mucho más comprensiva. La idea básica es que cuanto más transparente es un gobierno resulta menos posible que sucedan hechos de corrupción porque serían develados, denunciados y sancionados⁵. Esta idea terminó siendo receptada en instrumentos internacionales como la

puedan reputar conocidas y, por tanto, considerarse obligatorias. En tal sentido, esta Corte tuvo ocasión de sostener que principios de razonabilidad y justicia impiden que se puedan señalar incumplimientos legales frente a normas no publicadas (arg. doct. Fallos: 293:157 y 313:1049), y recordó que la publicación oficial de las leyes es un resorte fundamental del Estado de Derecho para “... [su] satisfactoria divulgación y certeza sobre la autenticidad...”, al mismo tiempo que para establecer la fecha de su entrada en vigencia (arg. doct. Fallos: 293:157; “Municipalidad de Santiago de Liniers”, Fallos: 327:4474, remisión al dictamen del Procurador General; y causa “Tiempo Nuevo SRL”, Fallos: 333:600). No se puede pasar por alto que la publicidad de las normas no solo apunta a que la ley sea conocida por los habitantes; en este recaudo descansa, asimismo, otro derecho constitucional de singular trascendencia, que excede lo estrictamente individual y se proyecta en el plano social, como es el acceso a la información pública, pilar fundamental del sistema republicano de gobierno y, con ello, de la transparencia y control de la gestión pública por parte de la sociedad civil (CSJN, “Savoia, Claudio Martín”, Fallos: 342:208), voto del Dr. Rosatti, “Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio”, Fallos 343:2184, 2020.

5 Al respecto, se consideró que “la información puede ser una variante teórica clave para comprender cuándo y por qué se produce la corrupción. Dicho abruptamente, la corrupción medra sobre la ignorancia y la incertidumbre. En tales condiciones el problema del mandante y el mandatario se exagera. La corrupción es menos frecuente cuando se dispone de amplia información respecto de que están haciendo y no haciendo los agentes...”, KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica sobre el gran problema social de fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1994, p. 213. Desde ya, se supone que funcionan con eficiencia y celeridad los mecanismos de control y de sanción. Asimismo, que estas sanciones son proporcionales y oportunas, desincentivando la comisión de actos de corrupción.

Sobre este punto, la Corte IDH sostuvo que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 86.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que: “Los factores institucionales que fomentan la corrupción son: a) debilidad institucional del Estado, que se caracteriza por su incapacidad de cobertura territorial y por instituciones incapaces de cumplir plenamente con sus funciones; b) el monopolio o concentración de poder en áreas con alto impacto

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁶. Desde ya, es posible advertir una tensión importante cuando estas acciones destinadas a transparentar la función pública implican, también, la develación de datos personales, que pueden ser considerados sensibles (por ejemplo, información sobre beneficiarios de planes sociales o de programas de salud)⁷.

económico o social (donde se manejan recursos o se toman decisiones con impacto político y social); c) amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de agentes estatales; d) falta de control de los actos de la autoridad, lo que se basa en poca transparencia y rendición de cuentas en torno a las decisiones adoptadas por la autoridad así como en la naturaleza secreta de la corrupción; e) alto nivel de impunidad, ello permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos (...) la transparencia debe ser entendida como una condición necesaria para promover el debate público y a su vez elemento indispensable para impulsar la rendición de cuentas y la responsabilidad pública en la lucha contra la corrupción, tanto en su faz de prevención como para la investigación y sanción de este tipo de ilícitos contra la administración y los derechos fundamentales”, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, 2019, pp. 52 y 93.

6 Ley 26.097, sancionada el 10 de mayo 10 de 2006, promulgada de hecho el 6 de junio de 2006 y publicada en el B.O. del 9 de junio de 2006. Entró en vigencia para nuestro país el 27 de septiembre de 2006. En el art. 10 se relaciona la transparencia y el acceso a la información con la prevención y detección de los hechos de corrupción. Al respecto se establece que “cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda”. Entre las medidas a adoptar se prevé expresamente: “a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público; b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”.

7 El filósofo BYUNG-CHUL HAN ha puesto el foco en señalar que el auge de la transparencia en todo ámbito social tiene consecuencias negativas: “Esta exige en nombre de la transparencia un total abandono de la esfera privada, con el propósito de conducir a una comunicación transparente (...) Y es imposible establecer una transparencia interpersonal. Y esto tampoco es deseable (...) Lo que garantiza la transparencia no es la soledad mediante el aislamiento, sino la hipercomunicación. La peculiaridad del panóptico digital está sobre todo en que sus moradores mismos colaboran de manera activa en su construcción y en su conservación, en cuanto se exhiben ellos mismos y se desnudan. Ellos mismos se exponen en el mercado panóptico. La exhibición pornográfica y el control panóptico se compenetran. El exhibicionismo y el voyeurismo alimentan las redes como panóptico digital (...) La sociedad de la transparencia es una sociedad de la desconfianza y de la sospecha, que, a causa de la desaparición de la confianza, se apoya en el control. La potente exigencia de la transparencia indica precisamente que el fundamento moral de la sociedad se ha hecho frágil, que los valores morales, como la honradez y la lealtad, pierden cada vez más su significación”, *La sociedad de la transparencia*, Buenos Aires, Ed. Herder, 2021, pp. 14, 15, 59 y 92.

Dos cuestiones centrales merecen destacarse del concepto de transparencia que lo diferencian de publicidad:

a) Como antes explicamos, es más comprensivo, pudiendo abarcar cuestiones ajenas a los actos de gobierno (como, por ejemplo, las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos a fin de detectar situaciones de enriquecimientos injustificados).

b) El rol activo del Estado en suministrar toda la información en forma permanente, accesible, en distintos formatos, de manera comprensible al ciudadano y con el objetivo de optimizar su alcance.

En paralelo, se dedujo la existencia de un derecho de acceso a la información pública, por el cual, las personas pueden reclamarle al Estado que suministre y publique datos considerados de interés público. Este derecho tiene consagración específica cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos regulan el derecho a la libre expresión⁸. Sin perjuicio de lo cual, también ha sido

Ray LORIGA en su distopía *Rendición* imagina una ciudad con muros transparentes: “Al principio choca un poco lo de ver a gente extraña o apenas conocida como Dios la trajo al mundo, pero a la tercera ducha te acostumbras, al fin y al cabo con más o menos carne venimos a ser todos lo mismo. Como en la ciudad todas las paredes eran transparentes y había siempre luz de día, andar preocupándose por esconder las vergüenzas o tener muchos pudores carecía de sentido”, Buenos Aires, Ed. Alfaguara, 2017, p. 98.

8 La Convención Americana de Derechos Humanos consagra en el art. 13, inc. 1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En forma coincidente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en el art. 19, inc. 2 que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. También, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en el art. 19 que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

La Corte IDH relaciona el derecho a la libre expresión con el acceso a la información pública: “el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”, Corte IDH. *caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”*, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 77. Con posterioridad, Colombia acudió a la Corte IDH porque evaluó la posibilidad de la degradación del medio ambiente marino y el hábitat humano en el Caribe. Allí, consultó, entre otras cosas, cuáles obligaciones tenían los Estados en relación al vínculo entre el medio ambiente y otros derechos humanos. El 15 de noviembre de 2017, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva OC-23/17 –*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad*

incorporado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁹ y, en relación con la información ambiental, en el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, o más simplemente conocido como el Acuerdo de Escazú¹⁰ (aprobado por la Ley 27.566¹¹).

A partir de estas previsiones normativas, se ha ido desarrollando tanto en el ámbito universal como regional una serie de instrumentos complementarios y de pronunciamiento de diferentes organismos internacionales tendientes a definir los estándares del derecho de acceso a la información pública.

Sin intención de ser exhaustivos, lo cual requeriría un análisis específico que excede el objetivo de este ensayo, podemos enumerar los siguientes lineamientos:

a) *Accesibilidad*: la información pública debe ser accesible, comprensible, actualizada, completa y confiable¹² (por ejemplo, publicada en un sitio web) o poder solicitarse por un mecanismo reglado rápido –con un plazo máximo razonable prefijado–, informal, gratuito, conocido por todas las personas y con la debida asistencia de los funcionarios responsables¹³. La efectividad de este derecho debe

personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23–, donde se expresó sobre estas cuestiones. Allí se señaló que los Estados tienen que actuar con debida diligencia en salvaguarda de los derechos convencionales, lo que implica que deban adoptar las medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos y garantizar su libre y pleno ejercicio. Entre estos medios, la Opinión señaló que existen obligaciones procedimentales, entre las que se encuentra el acceso a la información ambiental.

9 En este sentido, el art. 13 dispone que los Estados deben adoptar medidas para fomentar la participación activa de la sociedad civil, lo que incluye: “...b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información; c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios; d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción”.

10 Entró en vigencia el 22 de abril de 2021.

11 Sancionada el 24 de septiembre de 2020, publicada en el B.O. del 19 de octubre de 2020.

12 CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”, párr. 32. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, Principio 4. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 5.

13 Comité de Derechos Humanos, *Observación General nro. 34*, 2011, párr. 19. Declaración de Atlanta y el Plan de Acción para el avance del derecho de acceso a la información, Atlanta, Georgia del 27 al 29 de febrero de 2008, Principio 4, inciso f). CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información públicas en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales*, 2012, párr. 98. CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2010, párr. 26. Principios de Lima, Principio 7. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité

ser igualitaria, por lo tanto, no debe existir ningún motivo que dificulte u obstaculice el acceso a la información pública a determinada persona o grupo social¹⁴. No resulta exigible que el peticionante explicita el motivo de la solicitud, ni posea algún tipo de interés personal vinculado con la información requerida¹⁵.

b) *Principio de la máxima divulgación*: Toda la información pública debe ser accesible y recae en el Estado sostener y acreditar algún tipo de restricción¹⁶. En caso de duda, debe proceder a entregarse la información (*in dubio pro petitor*, similar al *in dubio pro homine* o al *in dubio pro libertate*)¹⁷. También rige el

Jurídico Interamericano, Principio 5. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 3°.

La Corte IDH ha referido que debe ser “asequible, efectivo y oportuno”, Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 220. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 23. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 221. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5°, incs. 12 y 17.

14 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 23. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 221.

15 Corte IDH, “caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 77. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 23. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 219. Declaración de Atlanta y el Plan de Acción para el avance del derecho de acceso a la información, Principio 4, inciso e). Principios de Lima, Principio 1. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5°, inc. 2. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 3° (donde incluso se reconoce el derecho al anonimato).

16 Corte IDH, “caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 92 y 93. CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2010, párrs. 10 y 11. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, Principios 1 y 5. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 2°. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5°, inc. 1.

17 CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2011, párr. 10. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 4°.

principio de no regresión, si un dato ya fue informado, no puede ser retirado del conocimiento público¹⁸.

c) *Justificación de la denegatoria*: La denegación debe fundarse porque la información se presume pública, explicitando y acreditando las razones¹⁹. Asimismo, deben informarse los procedimientos de impugnación de tal decisión²⁰.

d) *Excepcionalidad de los límites*: La información sólo debe restringirse en supuestos expresamente previstos en la ley con claridad, de manera taxativa, para evitar la vulneración de derechos de otras personas –intimidad o propiedad intelectual– o por razones de interés público –seguridad nacional, orden público o salud pública–²¹. En particular, se ha precisado que la restricción debe estar orientadas a proteger este “interés público imperativo” y respetar el estándar de

18 Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Nota 20.

19 Comité de Derechos Humanos, *Observación General nro. 34*, párr. 19, 2011. CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2010, párr. 26. Principios de Lima, Principio 8. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, Principio 5. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 23. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 224. La Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública exige la prueba de daño frente a información reservada y la prueba de interés público respecto del a información confidencial, arts. 35 y 36.

20 En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5º, inc. 5.

21 Convención de la ONU contra la corrupción, art. 13, inc. d): “Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros; ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”. Principios de Lima, Principio 8. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, Principio 6. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 2º. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5º, incs. 6 y 7. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 89 y 90. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 23. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr. 224.

Ver también la Declaración de Atlanta y el Plan de Acción para el avance del derecho de acceso a la información, Principio 4, inciso g). En la Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 25 se distingue en información reservada y confidencial. La información reservada: comprende a aquella Información pública que se excluye temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos conforme a los requisitos contemplados en esta Ley. La Información confidencial: comprende aquella Información privada en poder de sujetos obligados cuyo acceso público se

proporcionalidad y de necesidad²². La interpretación de estas excepciones por parte de las autoridades públicas debe ser restrictiva²³.

e) *Control judicial*: La denegación, el suministro parcial y la demora en la entrega de la información quedan sujetas al control judicial²⁴ a través de una acción rápida, sencilla y efectiva como el amparo²⁵.

Antes de avanzar, creemos conveniente retomar una cuestión conceptual. La información pública supone un conjunto de datos organizados en poder de algún nivel estatal que permite a quién lo requiera producir un conocimiento que antes no tenía. A su vez, la noción de democracia conlleva la necesidad de que las acciones de gobierno deban hacerse a través de mecanismos informativos que permitan el debate plural, el control del poder y la formación de una opinión pública con conocimiento. Sin embargo, el efectivo ejercicio del poder estatal también puede necesitar que cierta información no deba hacerse plenamente pública so pena de generar un daño social desmedido. Tal puede ser el caso de información militar, geopolítica, de servicios de inteligencia o de política económica. Dicho de otra manera, la información pública parece estar atravesada por una contradicción: debe brindarse para que se ejerza la democracia, pero a la vez debe limitarse si pone en riesgo las condiciones de la vida democrática²⁶.

prohíbe por mandato constitucional o legal debido a un interés personal jurídicamente protegido. Se enumeran en los arts. 32 y 33.

22 Corte IDH. “caso Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 91. En la Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública se formula este principio en el art. 26: “Ningún sujeto obligado puede negarse a indicar si un Documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un Documento, de conformidad con las excepciones contenidas en los artículos 32 y 33 de esta Ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público¹⁹ de obtener acceso a la Información”.

23 CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2010, párr. 10. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 5°, inc. 7.

24 Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 34, párr. 19. Declaración de Atlanta y el Plan de Acción para el avance del derecho de acceso a la información, Principio 4, inciso k). CIDH, Relatoría Especial de la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, párr. 26. Principios de Lima, Principio 8. Principios sobre el derecho de acceso a la información elaborados por el Comité Jurídico Interamericano, Principio 8. Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 53.

25 Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, Serie C No. 151. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 134. En lo relativo a la información ambiental, Acuerdo de Escazú, art. 8°.

26 Véase al respecto MARTINO, Antonio A., “Entre la transparencia y la privacidad: algunas notas para una legislación sobre datos personales. Primera Parte”, *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Medios Audiovisuales*, Nro. 1, Julio 2012.

Esta aparente contradicción tiene solución en dos mediaciones. Por un lado, la norma general es que el acceso a la información pública y su restricción es una excepción que debe ser razonable. Por otro, que el acceso a la información pública debe ser transparente, al punto que ponga a disposición el mejor acceso posible a quién lo requiera, de acuerdo con la tecnología disponible en cada momento. Esto último es importante, puesto que si bien “transparencia” y “acceso a la información pública” son nociones que no necesariamente van de la mano, puesto que pueden existir accesos a la información pública no transparentes (por ejemplo, el suministro de información de un archivo en papel, que no fue y no va a ser digitalizado por una cuestión de costos o de tiempos). La transparencia supone el acceso a la información pública, no obstante, ésta no supone siempre transparencia.

Por otro lado, el alcance de la transparencia depende de las tecnologías de la información de cada momento. Remarcamos esta cuestión ya que la transición tecnológica que vivimos con la digitalización de la vida social y el desarrollo de la inteligencia artificial suponen un cambio de paradigma en cuestión de producción, almacenamiento, distribución, circulación y consumo de información y nuevos límites a la privacidad²⁷.

La burocracia de papel y personas en ventanilla de entrada está cambiando lentamente hacia una burocracia digital y *chat bots*²⁸. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que no puede “desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría ‘Inteligencia Artificial’ (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público (...) cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos (como ejemplo de los temas en debate en la materia, puede consultarse las ‘Directrices Éticas para una IA fiable’, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018)”²⁹.

27 FALIERO, Johana, El derecho al anonimato. Revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad, Ad Hoc, Buenos Aires, 2019.

28 Al respecto véanse: CALDERÓN CARRERO, Juan Manuel, “Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el derecho embridar a las nuevas tecnologías?”, *El Derecho Tributario*, Nro. 1, España, Marzo 2020. CORVALÁN, Juan Gustavo, *Perfiles Digitales Humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2020. FALIERO, Johana, *Infosecurity, Seguridad Informática, Ciberseguridad y Hacking*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2023. LE FEVRE CERVINI, E., *Uso estratégico de datos e inteligencia artificial en la justicia*, Informe 6. Caracas, CAF, 2022.

29 CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 28/06/2022.

En esta línea, en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se le exige al fisco nacional informar la fórmula utilizada por el Sistema CEF para establecer la valoración de la capacidad económica y financiera de la empresa y los parámetros considerados. De acuerdo con la Resolución General 4294/2018 de la AFIP, el CEF es el “Sistema de Capacidad Económica Financiera”, constituyéndose en un instrumento para la gestión de riesgos en materia de administración tributaria, impositiva, aduanera y de los recursos de la seguridad social.

De esta manera, de forma incipiente, pareciera que la noción de transparencia en el acceso a la información pública en tiempos de la cuarta revolución industrial implicaría que la utilización de la inteligencia artificial sería válida si los entes estatales dan a conocer los algoritmos usados y se respetan los derechos fundamentales³⁰.

Más allá de esta cuestión sumamente novedosa, el derrotero durante los últimos veinte años, mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y los consecuentes procedimientos administrativos y judiciales, provocaron una serie de reformas normativas e institucionales en nuestro país de lo que daremos cuenta a continuación.

3. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA TRANSPARENCIA EN EL DERECHO INTERNO

En nuestro análisis nos limitaremos a trazar una breve evolución del derecho de acceso a la información pública y la transparencia en el ámbito del Derecho interno centrándonos en el ámbito del Estado Nacional y la normativa dictada³¹. Sin lugar a duda, hubo un profundo desarrollo en la materia en el Derecho público local, tanto en el ámbito provincial como municipal, pero la complejidad de su análisis supera con creces las intenciones de este ensayo.

Podemos iniciar el derrotero con el Decreto 1.172/2003, el cual, entre sus reglamentos aprueba uno relativo al derecho al acceso a la información pública con un alcance limitado al:

- a) Poder Ejecutivo de la Nación,
- b) organizaciones privadas que hayas recibido subsidios o aportes provenientes del sector público nacional,
- c) instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional,

30 CNACAF, Sala II, “Agraco SA c/ EN- AFIP -expte 14.268.242/22 s/amparo ley 16986”. 18/11/2022.

31 Es menester reseñar que en el ámbito de la información ambiental está regulado en la Ley 25.675, art. 16.

d) empresas privadas prestatarias de un servicio público o que explotan un bien del dominio público³².

Este reglamento establece:

- a) la presunción de publicidad de la información en poder del Estado³³;
- b) un listado taxativo de excepciones³⁴;
- c) que el peticionante no debe acreditar un derecho subjetivo, ni un interés legítimo para su solicitud³⁵; ni explicitar su propósito o su motivación³⁶;
- d) que la denegación debe ser fundada³⁷;
- e) un mecanismo explícito de control judicial³⁸; y
- f) principios como la celeridad, el informalismo y la gratuidad.

Sin entrar en un estudio más minucioso, esta norma supuso un gran avance al reglamentar este derecho y fue la base para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

El primer caso resuelto por el Máximo Tribunal se inició por una acción de amparo interpuesta por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (conocido como PAMI). La ADC había solicitado información relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial para el año 2009 y la inversión publicitaria de los meses de mayo y junio de 2009, el tipo de campaña al cual correspondía la pauta asignada y la indicación de la agencia de publicidad o intermediario a través de la cual se procedió a contratar espacios en los medios. El PAMI se negó a dar dicha información sosteniendo que no era un sujeto alcanzado por la reglamentación del Decreto 1172/03, pues era una institución que no formaba parte del Estado Nacional, que tenía una personalidad jurídica propia y una individualidad financiera, de conformidad con las leyes de su creación.

Tras un fallo favorable de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a la pretensión de la parte actora, el PAMI recurrió ante la CSJN.

32 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 2°.

33 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 8°.

34 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 16.

35 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 6°.

36 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 11.

37 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 13.

38 Decreto 1172/03, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional, art. 14.

En 2012, la CSJN³⁹ indicó que la petición de ADC deriva del derecho constitucional de acceso a la información pública y que el PAMI está alcanzado por la norma porque gestiona intereses públicos, más allá de su naturaleza jurídica. Agregó que compartía la tesis de la Cámara, ya que también “la información solicitada [gastos en publicidad oficial] es pública...”. En esa línea de razonamiento relacionó este derecho con la transparencia y el sistema democrático de gobierno⁴⁰.

Con posterioridad, se presentó otro caso generado por un pedido de acceso a la información pública del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación sobre las transferencias para ayuda social realizadas a las personas físicas y a instituciones culturales y sociales sin fines de lucro, otorgadas durante los años 2006 y 2007. El Ministerio denegó la solicitud argumentando que la individualización de los beneficiarios de subsidios constituía una información de carácter sensible, que debe resguardarse a fin de tutelar el derecho al honor y a la intimidad. También señaló que CIPPEC no había explicitado un interés legítimo.

La CSJN intervino en 2014 tras el pronunciamiento favorable a la parte actora en la segunda instancia⁴¹. Luego de ratificar la vigencia del derecho de acceso a la información pública, consideró que “la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos”. Al mismo tiempo, sobre la base de los estándares internacionales, expresó que la “información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos que se aplique una legítima restricción”.

En relación con la petición en concreto y sobre la base del principio de la máxima divulgación, nuestro Máximo Tribunal descartó que se soliciten datos sensibles de personas físicas en los términos de la Ley 25.236, dado que la solicitud comprende a instituciones y que los datos personales requeridos no revelaban el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

39 CSJN, Fallos 335:2393.

40 Expresó que “el significado y amplitud del referido derecho de acceso a la información, a efectos de demostrar que, aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados (...) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”.

41 CSJN, Fallos 337:256.

En consecuencia, no advirtió que el suministro de la información afecte el derecho a la intimidad o el honor de los particulares.

A la vez, fortaleció la petición señalando que existe un interés público trascendental, ya que la información es necesaria para poder controlar la decisión de funcionarios respecto de los criterios empleados para asignar los fondos públicos de los programas de ayuda social.

Otro precedente fue provocado por un planteo del entonces Senador Giustiniani quién solicitó a YPF S.A. que le entregue una copia íntegra del acuerdo del proyecto de inversión que había suscripto con la empresa extranjera Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia de Neuquén. El fallo de segunda instancia había denegado el pedido sobre la base que la empresa argentina no estaba alcanzada por el Decreto 1172/03 y también porque se comprometían secretos industriales, técnicos y científicos y se afectaba a un tercero, quién no se encontraba demandado –la empresa Chevron–.

La CSJN hizo lugar al planteo del Senador, en 2015⁴², señalando, en primer lugar, que la empresa YPF S.A. estaba alcanzada por el Decreto 1172/03, dado que el Poder Ejecutivo la controla al poseer la mayoría de las acciones y designar al Gerente General. Además, el propio PEN sostiene en su Decreto 1189/12 que YPF S.A. integra el Sector Público Nacional, equiparando su situación a las empresas y sociedades del Estado.

Al mismo tiempo consideró que aunque YPF no estuviera alcanzada por el Decreto 1172/03, no estaría exenta de la obligación de dar información toda vez que la “Corte ha sostenido que aun cuando la persona a la que se requiere información no revista carácter público o estatal, se encuentra obligada a brindarla si son públicos los intereses que desarrolla y gestiona (...) el desarrollo internacional del derecho de acceso a la información también incluye la posibilidad de solicitar información a aquellos entes privados que desempeñan una función pública”. Sobre esta base, consideró que la información requerida por el Senador poseía interés público.

En relación con la afectación de los secretos industriales, técnicos y científicos, la CSJN sostuvo que “para no tornar ilusorio el principio de máxima divulgación imperante en la materia, los sujetos obligados sólo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido. De esta forma, se evita que, por vía de genéricas e imprecisas afirmaciones, pueda afectarse el ejercicio del derecho y se obstaculice la divulgación de información de interés público”.

Precisamente, en este caso, la empresa YPF sólo se limitó a invocar la causal sin dar mayores precisiones al respecto.

Finalmente, si bien se concluyó que el deber de dar información pesa sobre YPF, se explicita que el tercero (la empresa Chevron) conocía o debió conocer el alcance de la garantía de acceso a la información y transparencia vigente en nuestro país.

Un fallo posterior, relativo a un procedimiento administrativo, tuvo su causa en un pedido del entonces Diputado Carlos Manuel Garrido a la AFIP para requerir información sobre el nombramiento de una persona, sus cargos y funciones desempeñadas y el sumario que se le iniciara en el año 2010 por un hecho de contrabando.

Luego de haber tenido resultado favorable en primera y segunda instancia, la causa llegó a análisis de la CSJN que también resolvió a favor del demandante en 2016⁴³.

La CSJN señaló que la información requerida, pese a involucrar a un tercero, no exige que acredite un interés legítimo y no está amparada por la Ley 25.236 al no constituir datos sensibles. En este sentido, consideró que la información sobre la carrera administrativa de un funcionario público y el trámite de un sumario administrativo es de interés público —a menos que se haya establecido la reserva expresamente por razones vinculadas con la indagación—.

En definitiva, la CSJN ha receptado los estándares internacionales en la materia, en particular, el principio de la máxima divulgación. No ha exigido que se acredite un interés legítimo del peticionante. En relación con los fundamentos de la denegatoria ha dado una interpretación muy estricta a los datos sensibles amparados por la Ley 25.236. En relación con las otras causales, señaló que no sólo deben ser alegada, sino que deben darse precisiones sobre la afectación a un fin legítimo por la divulgación de la información solicitada. Al respecto, este razonamiento genera el interrogante de como argumentar respecto de la razón legítima sin develar la información. Finalmente, la CSJN ha dado un amplio alcance al derecho de acceso a la información pública teniendo en cuenta el carácter de la información requerida, considerando obligados a sujetos no estatales.

Con posterioridad, se sancionó la Ley 27.275 que recogió en el plano legal, los estándares en materia de derecho de acceso a la información pública y transparencia. Sin la pretensión de realizar un análisis exhaustivo del complejo cuerpo normativo debe destacarse que establece:

a) El principio de la máxima divulgación y la presunción de publicidad de toda la información en poder del Estado⁴⁴.

43 CSJN, Fallos 339:827

44 Ley 27.275, art. 1°. Sin perjuicio de lo cual, cabe señalar que la reciente reglamentación, por medio del Decreto 780/2024, limita al concepto de información pública, cuando son datos de

- b) El informalismo, la gratuidad y la celeridad en el acceso a la información pública⁴⁵.
- c) La previsión legal de causales de denegatoria en forma taxativa y de interpretación restrictiva⁴⁶.
- d) El control judicial en el caso de la denegatoria en el acceso a la información pública⁴⁷.
- e) La amplitud en la legitimación reconociendo el ejercicio de este derecho por cualquier persona sin necesidad de acreditar un derecho subjetivo o un interés legítimo⁴⁸.
- f) Un ámbito de aplicación vasto alcanzando a todo el Estado Nacional y empresas con participación estatal, concesionarios de servicios públicos y organizaciones privadas que reciben fondos públicos⁴⁹.
- g) Las políticas de transparencia activa detallando la información a publicarse⁵⁰.

Luego de dictada la Ley 27.275, la CSJN dictó otro precedente en 2019⁵¹. En este caso, el periodista Savoia solicitó a la Secretaría Legal y Técnica una copia de algunos decretos dictados por los Presidentes de Facto en el período 1976 a 1983. Su pedido fue rechazado porque los decretos individualizados son de carácter secreto y reservado por razones de seguridad, defensa y política exterior.

La CSJN intervino en el caso, tras el rechazo del planteo en segunda instancia y cuando ya estaba vigente la Ley 27.275. Nuevamente, mencionó el principio de máxima divulgación y señaló que en el caso concreto no hubo precisión por parte del Estado Nacional respecto de las razones que justificaran que los decretos no fueran accesibles a la ciudadanía. A la vez, señaló que no hubo un acto formal y explícito del Estado que disponga y explicita las razones especiales por las cuales esos decretos deben permanecer siendo secretos y reservados.

Asimismo, volvió a remarcar que no resulta necesaria acreditar legitimación para el acceso a la información pública. Precisamente, el derecho de acceso

naturaleza privada y no existe un interés público comprometido. Desde ya, esta restricción entra en tensión con un intenso control de la vida de los funcionarios públicos tendientes a prevenir conflictos de intereses y otros actos de corrupción. Otra limitación reglamentaria recae sobre los papeles previos de trabajo y las deliberaciones preparatorias, lo que también contribuye a una mayor opacidad en la toma de decisiones en el ámbito de la Administración Pública.

45 Ley 27.275, art. 1°.

46 Ley 27.275, arts. 1° y 8°.

47 Ley 27.275, art. 14.

48 Ley 27.275, art. 4°. Debe señalarse que la reglamentación, a través del Decreto 780/2024, al introducir el concepto de buena fe y remite al art. 10 del Código Civil y Comercial habilitando las acciones por daños y perjuicios por un uso abusivo de este derecho; lo que puede operar como un desincentivo a la petición.

49 Ley 27.275, art. 7°.

50 Ley 27.275, art. 32.

51 CSJN, Fallos 342:208.

a la información pública puede ser ejercido por cualquier persona, lo cual es propio de un sistema democrático y republicano de gobierno⁵².

Si bien en el caso, hizo lugar al planteo, la CSJN no habilitó que acceda inmediatamente a los decretos reservados y secretos, sino que, si el Estado mantiene su tesitura, deberá “proporcionar una respuesta debidamente motivada en las normas vigentes, sujeta a control judicial, que sea suficiente para justificar una restricción razonable al derecho de acceso a la información”.

En 2020, la CSJN dictó el fallo “Olivera”⁵³ frente una solicitud de información a la AFIP por el trámite de una denuncia contra una empresa. La AFIP había denegado el pedido amparada en el secreto fiscal. La CSJN hizo lugar al planteo. En ese caso se había solicitado la información relativa a una denuncia contra un contribuyente a la AFIP, en particular: “1.a. Fecha de orden de intervención. 1.b. Si se libraron requerimientos destinados a que el contribuyente aporte la información necesaria: 1.b.1) cantidad; 1.b.2) fecha; 1.b.3) número de identificación de requerimiento; 1.b.4) tipo de requerimiento; 1.b.5) si los requerimientos fueron contestados por el contribuyente; 1.c. Si se libraron actas en donde se dejó constancia de testimonios recabados por los inspectores o aporte de documentación efectuada por Autotrol S.A. 1. c. 1) cantidad; 1.c.2) fecha; 1.c.3) número de identificación; 1.d. Si se elaboró un informe final de inspección con los ajustes practicados: 1.d.1) fecha; 1.d.2) número de identificación; 1.e. Si se otorgó vista al contribuyente para su eventual conformación y presentación de declaraciones juradas rectificativas correspondientes”. La AFIP rechazó el planteo sobre la base del secreto fiscal previsto en la Ley 11.683 y en la falta de legitimación del peticionante, pese a ser denunciante.

Frente a la interposición de un amparo, el juez de primera instancia hizo lugar a la petición, con la salvedad del punto “1.b.4) tipo de requerimiento”. La AFIP apeló el decisorio y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al planteo parcialmente considerando también que quedaba amparada por el secreto fiscal la información relativa a los puntos “1.b.5) si los requerimientos fueron contestados por el contribuyente” y “1.c. Si se libraron actas en donde se dejó constancia de testimonios recabados por los

52 “De ahí que la circunstancia de que el demandante haya invocado su carácter de periodista para solicitar la información en cuestión no resulta dirimente a los fines de decidir sobre la legitimación requerida para el ejercicio del derecho de acceso a la información. Ello es así, pues de conformidad con lo señalado con anterioridad, dicho derecho en cuanto primera escala en el camino al conocimiento -presupuesto, a su vez, del derecho de libre expresión que el ordenamiento jurídico debe tutelar- es un derecho que pertenece a toda la población sin distinción alguna que importe -o pueda importar- una restricción o limitación para el goce de un derecho inherente a la población. Se trata, en definitiva, de un derecho que pertenece al hombre común y no es posible restringir tal pertenencia sin debilitar al sistema democrático y al principio republicano que sirven de sustento a esta prerrogativa”.

53 CSJN, Fallos 343:1663.

inspectores o aporte de documentación efectuada por Autotrol S.A. 1.c.1) cantidad; 1.c.2) fecha; 1.c.3) número de identificación; 1.d. Si se elaboró un informe final de inspección con los ajustes practicados: 1.d.1) fecha; 1.d.2) número de identificación; 1.e. Si se otorgó vista al contribuyente para su eventual conformación y presentación de declaraciones juradas rectificativas correspondientes”. El criterio se basó en que estos puntos se vinculan con declaraciones o informes efectuados por el contribuyente y cuentan con información económica-patrimonial. Por el contrario, la información relativa a las tareas de fiscalización es de interés público.

La AFIP interpuso un recurso extraordinario federal que fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese precedente, el Máximo Tribunal, remitiéndose al dictamen de la Procuradora Fiscal, consideró que la información requerida es de interés público porque se refiere a la “actividad realizada por el organismo recaudador en el marco de un procedimiento tributario” y “permite el ejercicio de un adecuado control social sobre la celeridad y diligencia con que las autoridades competentes cumplen con las obligaciones que el ordenamiento les impone”.

En lo relativo al secreto fiscal, el criterio sostenido es que su alcance se limita a las declaraciones o manifestaciones del contribuyente, comprendiendo también a los expedientes, actas, documentaciones y resoluciones donde se deje constancia⁵⁴. Sobre este punto, tal vez, hubiera sido necesario precisar la posibilidad de que se suministre la información con los datos cubiertos por el secreto fiscal tachados o borrados.

En forma complementaria, la CSJN consideró que la información vinculada con las actuaciones y conductas desplegadas por el Fisco Nacional no está alcanzada por el secreto fiscal. Finalmente remarcando que esta información debería estar accesible a cualquier persona, sin ser relevante el carácter de denunciante.

54 “Se desprende del texto transcrito que el secreto fiscal regulado en la ley 11.683 es un instituto que ha sido consagrado para resguardar las documentaciones, manifestaciones y declaraciones que presenten y formulen los contribuyentes ante el organismo fiscal. Así, al interpretar tal precepto V.E. ha establecido que el sentido de la previsión consagrada en el actual art. 101 de la ley 11.683 es llevar tranquilidad al ánimo del contribuyente, con la ineludible consecuencia de que cualquier manifestación que se formule ante la DGI será secreta. Se trata, pues, de la seguridad jurídica como medio decisivo establecido por el legislador para facilitar la adecuada percepción de la renta pública (Fallos: 237:355; 248:627; 250:530; 331:2305; 335:1417, entre otros). En este sentido, la Corte señaló que tal previsión legal no sólo alcanza a las declaraciones o manifestaciones que hayan podido formular los contribuyentes ante el órgano administrativo competente sino que comprende asimismo, a los expedientes, actas, resoluciones o documentos en los que consten o puedan constar tales declaraciones o manifestaciones (Fallos: 212:629; 248:627, entre muchos otros)”.

Este criterio es similar al fijado en el caso “FIA (expte. 23.330/1581 y otros) y otro c/ EN -Mº Economía-AFIP resol. IG 08/06 y otras s/ proceso de conocimiento” (Fallos 344:1411), con la particularidad que el planteo no se enmarcó en el derecho de acceso a la información pública, sino en el ejercicio de las facultades legales del organismo.

En consecuencia, la CSJN ha tratado de armonizar la tensión entre el secreto fiscal y el derecho de acceso a la información pública concluyendo que no habría contradicción. La información amparada por el secreto fiscal no tiene interés público. Por el contrario, cuando así lo tiene, porque se relaciona con la labor del Fisco, no resulta válido esgrimir el secreto fiscal.

En 2021, la CSJN dictó el fallo “Mihura”⁵⁵. En este caso, un abogado matriculado le solicitó información al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sobre el balance contable del período 2013/2014 y al presupuesto del ejercicio 2015/2016. El Colegio denegó tal petición al considerar que no estaba alcanzado por el Decreto 1172/03, ya que no forma parte del Estado Nacional, ni recibe fondos públicos. También consideró que sus funciones públicas se limitaban al control de la matrícula, sin tener la obligación de responder a pedidos de información sobre estas cuestiones.

Luego que la segunda instancia hiciera lugar al planteo de la parte actora, intervino la Corte Suprema avalándolo. Al respecto, se consideró que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal está alcanzado por el deber de brindar la información, ya que es una persona jurídica de derecho público no estatal, que ejerce funciones delegadas por el Estado Nacional.

En relación con la información requerida se explicó que “la información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no sólo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, Ley 23.187)”. Finalmente, volvió a señalar que la legitimación tiene un carácter amplio, no requiriendo que se acredite un interés legítimo.

En 2022, en el fallo “C.O.D.I.U.N.N.E. c/ (I.S.S.U.N.N.E.) – y/o Universidad Nacional del Nordeste”⁵⁶ se consideró arbitrario que se haya considerado abstracto un amparo por mora, cuando a la parte actora, en un primer momento, no se le había entregado la información en el plazo normativo y, posteriormente, se le había denegado por considerarse sujeto no alcanzado por el Decreto 1.172/03. En este caso, la parte actora había solicitado información vinculada a las empresas y personas físicas que prestan servicios o son proveedoras del Instituto de Servicios Sociales de la Universidad Nacional del Nordeste (nombre o denominación social, DNI o CUIT, domicilio, copia del contrato y montos abonados en los últimos dos años).

55 CSJN, Fallos 344:344.

56 CSJN, Fallos 345:1291.

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA TRANSPARENCIA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

La exigencia constitucional que la actividad financiera sea un espacio, en principio, reservado al legislador tiene como consecuencia ineludible su publicidad⁵⁷. En consecuencia, la previsión del principio de reserva de ley en materia financiera en el plexo constitucional tiene como correlato que quede alcanzada por derecho de acceso a la información pública y el deber de transparencia⁵⁸. Téngase en cuenta que la Ley 26.134 ha establecido el deber de publicar todas las leyes nacionales y la consecuente prohibición respecto de la existencia de leyes secretas⁵⁹.

En lo atinente a la información fiscal es menester destacar que el instrumento central de la actividad financiera del Estado, el presupuesto público, debe ser aprobado por una ley, de acuerdo con el marco constitucional y normativo vigente⁶⁰.

La única excepción a la publicidad de la actividad presupuestaria resultan ser los gastos reservados para las actividades de inteligencia. Si bien se publica la partida asignada durante el año, los gastos efectuados en las actividades de inteligencia no tienen el mismo grado de transparencia que el resto de la información fiscal, aunque quedan sujetos al control parlamentario a través de una comisión bicameral especial⁶¹.

57 En relación con el principio de reserva de ley en la faz financiera, ver CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2007, pp. 175 y ss.

58 CN, art. 75, incs. 1 a 9. Debe señalarse que en materia de acceso a la información pública en materia financiera ya la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: explicítamente que “14. Todo ciudadano tiene derecho, ya por sí mismo o por su representante, a constatar la necesidad de la contribución pública, a consentirla libremente, a comprobar su adjudicación y a determinar su cuantía, su modo de amillaramiento, su recaudación y su duración. 15. La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”

59 Ley 26.134, art. 1º: “Déjase sin efecto el carácter secreto o reservado de toda ley que haya sido sancionada con tal condición a partir de la entrada en vigor de esta ley”. Art. 2: “El Poder Ejecutivo deberá publicar las leyes a las que se hace mención en el artículo 1º en el Boletín Oficial, en un plazo de sesenta (60) días a partir de la sanción de la presente ley”. Art. 3º: “Prohíbese el dictado de leyes de carácter secreto o reservado”.

60 CN, art. 75, inc. 8 y Ley 24.156, arts. 19 y ss.

61 Ley 25.520, art. 37: “La Comisión Bicameral será competente para supervisar y controlar los “Gastos Reservados” que fueren asignados a los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional. A tales fines podrá realizar cualquier acto que se relacione con su competencia, en especial: 1. Entender e intervenir en el tratamiento del proyecto de ley de presupuesto nacional que el Poder Ejecutivo remita al Congreso de la Nación. A tales fines el Poder Ejecutivo enviará toda la documentación que sea necesaria, en especial: a. Un anexo conteniendo los montos asignados o ejecutados por jurisdicción que tengan el carácter de gastos reservados, confidenciales, secretos o de acceso limitado o restringido. b. Un anexo con clasificación de seguridad, conteniendo finalidad, programa u objeto del gasto. 2. Exigir la colaboración de todos los organismos de inteligencia contemplados en la presente ley, los que estarán obligados a suministrar los datos, antecedentes e

Más allá de esta regulación general, si nos detenemos en lo que se han denominado reglas fiscales⁶² se ha introducido una serie de lineamientos vinculados a la transparencia de la información financiera destinados al ámbito de la Estado Nacional⁶³. Esta normativa es compatible con los lineamientos de los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal cuando se dispone en el punto 7.2: “Hacer pública la información tributaria y dar acceso a toda la información fiscal, la cual debe construirse de forma clara y comprensible y estar disponible para consulta de la sociedad en general...”⁶⁴. En sintonía con este lineamiento, el FMI ha señalado

informes relacionados con el ejercicio de sus funciones. En aquellos casos de estricta necesidad, también podrá requerirse fundadamente la documentación a que alude el Artículo 39 de la presente ley. 3. Controlar que los fondos de carácter reservado hubiesen tenido la finalidad prevista en la asignación presupuestaria. 4. Elaborar anualmente un informe reservado para su remisión al Congreso de la Nación y al Presidente de la Nación que contenga: *a.* El análisis y evaluación de la ejecución de los gastos reservados otorgados a los organismos de inteligencia. *b.* La descripción del desarrollo de las actividades de supervisión y control efectuadas por la Comisión Bicameral, así como las recomendaciones que ésta estimare conveniente formular.

Art. 38: “El Poder Ejecutivo Nacional deberá incluir en la reglamentación de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional una nueva función denominada “Inteligencia” dentro de finalidad “Servicios de Defensa y Seguridad”, donde se agruparán la totalidad de los presupuestos correspondientes a las actividades de inteligencia, cualquiera fuere la jurisdicción en que se originen”.

Art. 38 *bis*: “Las partidas presupuestarias de los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional que el Poder Ejecutivo nacional determine en ocasión del envío al Honorable Congreso de la Nación de la Ley Anual de Presupuesto Nacional, serán públicas y deberán cumplir con las previsiones establecidas en la Ley de Administración Financiera N° 24.156. Sólo podrán mantener carácter reservado los fondos que sean necesarios para labores de inteligencia y que su publicidad pueda afectar el normal desarrollo de las mismas. Dichos fondos estarán sometidos a los controles de la presente ley. Los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional deberán velar por la mayor transparencia en la administración de los fondos de carácter reservado. A tal fin establecerán los procedimientos necesarios para la adecuada rendición de los mismos y la preservación de la documentación respaldatoria que sea posible, siempre y cuando no afecte la seguridad de las actividades propias de la función de inteligencia y quienes participen de las mismas”.

Art. 39: “Las erogaciones efectuadas durante el ejercicio serán documentadas mediante acta mensual firmada por los funcionarios responsables del organismo o dependencia correspondiente, que servirá de descargo ante la Contaduría General de la Nación”.

62 Para un análisis de la evolución en nuestro país de las reglas fiscales, ver FREEDMAN, Diego, “Breve crónica de las reglas fiscales en la Argentina”, *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Finanzas Públicas y Derechos Humanos*, Nro. 21, Buenos Aires, 2020, pp. 152 y ss.

63 Es menester aclarar que también hubo leyes destinadas a generar compromisos por parte de los gobiernos provinciales como la Ley 25.235 y 25.400.

64 En la Propuesta de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. Art. 6° se detalla como información financiera sujeta a la transparencia activa a: “*a*) presupuesto y planes de gasto correspondientes al año fiscal en curso, así como las ejecuciones presupuestarias, desagregando la Información por rubros, e identificando los proyectos y subsidios específicos

que la transparencia fiscal puede expresarse a través de cuatro aspectos: la exhaustividad, la claridad, la fiabilidad y la puntualidad en la presentación de la información pública. El objeto es la descripción de la situación fiscal, las perspectivas financieras del Estado y la advertencia sobre los riesgos relativos al área fiscal⁶⁵.

Al respecto, la Ley 25.152 dispone en el art. 8° que: “La documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada: *a)* Estados de ejecución de los presupuestos de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen; *b)* Órdenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados; (...) *d)* Pagos realizados por la Tesorería Nacional y por el resto de las tesorerías de la Administración Nacional; (...) *f)* Listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad; *g)* Estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidas, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos...”.

Con posterioridad, se dictó el régimen de responsabilidad fiscal mediante la Ley 25.917, que tiene alcance tanto respecto del Estado Nacional como provincial. Allí se dispone el deber de publicar en las páginas web: el Presupuesto Anual y las proyecciones del Presupuesto Plurianual; la Cuenta Anual de Inversión; los informes trimestrales de ejecución presupuestaria del gasto, del stock de la deuda pública, de los programas multilaterales de financiamiento, del pago de servicios; y el nivel de ocupación del sector público⁶⁶.

destinados a satisfacer las necesidades de ciertos grupos de la sociedad, entre ellos, las mujeres. *b)* estados de cuenta al cierre del ejercicio correspondiente a años anteriores. *c)* descripción de las políticas, lineamientos y procedimientos en materia de adquisiciones, así como los contratos otorgados. *d)* Información sobre los proyectos de obra pública y sobre aquellos que utilicen fondos públicos, generada durante las etapas de planificación, adjudicación, contratación, ejecución, supervisión, y liquidación, así como la evaluación de los resultados correspondientes. *e)* Información sobre los beneficiarios de la exención de impuestos o de incentivos fiscales. *f)* estudios, análisis, estadísticas y otros documentos análogos producidos con financiamiento proveniente de recursos públicos. *g)* reglas de gestión financiera y mecanismos de control. *h)* informes de auditoría y otros, elaborados por los órganos responsables de la supervisión de los aspectos financieros, que incluyan los principales indicadores de desempeño sobre la ejecución del presupuesto, así como un resumen de las secciones clasificadas cuando corresponda. *i)* montos destinados a gastos de cualquier tipo de programas o campañas de comunicación social y publicidad oficial, desglosando tipo de medio, proveedores, número de contrato y concepto. *j)* un listado de las empresas y personas que hayan incumplido contratos con el sujeto obligado. *k)* Información sobre todas las erogaciones del sujeto obligado destinadas a publicitar, promover, explicar o defender una política o decisión”.

65 FMI, The Fiscal Transparency Code, Volumen 1, 2019.

66 Ley 25.917, art. 7°.

Es menester señalar que estas leyes no fueron mencionadas, ni utilizadas como fundamento al momento de resolver las peticiones de acceso a la información pública, pese a que casos como “CIPPEC” e “YPF” estarían estrechamente vinculados con la actividad financiera del Estado Nacional.

La Ley 27.275 al regular el deber de transparencia también se refiere a la información pública en materia de la actividad financiera. En particular, exige que publique en la página web oficial: “d) Las escalas salariales, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario total, correspondientes a todas las categorías de empleados, funcionarios, consultores, pasantes y contratados; e) El presupuesto asignado a cada área, programa o función, las modificaciones durante cada ejercicio anual y el estado de ejecución actualizado en forma trimestral hasta el último nivel de desagregación en que se procese; f) Las transferencias de fondos provenientes o dirigidos a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas y sus beneficiarios; g) El listado de las contrataciones públicas, licitaciones, concursos, obras públicas y adquisiciones de bienes y servicios, especificando objetivos, características, montos y proveedores, así como los socios y accionistas principales, de las sociedades o empresas proveedoras...”⁶⁷.

Desde ya, el gran desafío es que la información se presente en forma clara y comprensible para la ciudadanía, en distintos formatos y con un diseño amigable para su análisis y estudio⁶⁸. Por otro lado, se destaca que no sólo la información se limita a la publicación del presupuesto, sino también a su ejecución, pudiendo advertir si hay subejecución o modificaciones en las partidas asignadas⁶⁹.

67 Ley 27.275, art. 32.

68 En esta línea de idea se expresó que: “El presupuesto aprobado se considera un documento público que no solo es esencial para el Estado y las cámaras legislativas de ámbito nacional y subnacional, sino que también debe ser accesible para la sociedad civil, incluidos los niños y los defensores de los derechos de estos”, Comité de Derechos del Niño, Observación general núm. 19 (2016) sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4), párr. 93.

El Código de Transparencia Fiscal del FMI dispone: “2.3. Orientación de las políticas: Los pronósticos y presupuestos fiscales deben presentarse de manera tal que se facilite el análisis de las políticas y la rendición de cuentas. 2.3.1. Objetivos de política fiscal: El gobierno enuncia objetivos claros y mensurables para las finanzas públicas y presenta informes al respecto. 2.3.2. Información sobre el desempeño: En la documentación presupuestaria se proporciona información sobre los objetivos y los resultados alcanzados en cada uno de los ámbitos de importancia de las políticas públicas”.

69 “Los Estados partes deben supervisar los presupuestos relativos a la infancia y elaborar informes sobre ellos de forma periódica, de manera que los Estados y los órganos de supervisión puedan llevar un seguimiento de los avances en la promoción de los derechos del niño conforme a lo establecido en el presupuesto aprobado (...) El Comité destaca la importancia de que se hagan públicos oportunamente los informes presupuestarios y se pongan de relieve las desviaciones entre los ingresos y gastos aprobados, revisados y efectivos en relación con la legislación, las políticas y los programas que afectan a la infancia. Comité de Derechos del Niño, *Observación general núm.*

Otro aspecto para considerar es el impacto en el plano tributario de la falta de transparencia. En el plano nacional, la Ley de Impuestos a la Ganancia y la Ley de Procedimiento Tributario, desde los cambios impuestos por las Leyes 25.784 y 25.795 (2003), introducen la noción de “jurisdicciones de baja o nula tributación”, con el fin de identificar paraísos fiscales.

Asimismo, en el documento *The 2001 Progress Report*, la OCDE excluye de la lista de paraísos fiscales a aquellos países que asumen compromisos para finalizar con la ausencia de transparencia y a realizar un efectivo intercambio de información, y los denomina “países cooperantes”. Igualmente, en el Decreto 589 de 2013, que reglamenta la ley de impuestos a las ganancias, se señala que el G20 tiene una estrategia de cuatro pilares vinculada con la transparencia fiscal internacional, en contra los paraísos fiscales y para promover la eficiencia en el intercambio de información: (i) la extensión de la red de acuerdos de intercambio de información; (ii) la adhesión del nuestro país a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Consejo de Europa, (iii) el fortalecimiento del efectivo intercambio de información, y; (iv) la activa y positiva participación de nuestro país en el Grupo de Revisión de Pares del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal en el ámbito de la OCDE⁷⁰.

En consecuencia, los organismos internacionales promueven una mayor transparencia fiscal y el intercambio de información a fin de limitar las posibilidades de evasión y de lavado de activos.

DIEGO FREEDMAN

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto interino de su Departamento de Derecho Económico – Derecho Tributario, cátedra de la Dra. Fabiana Schafrik. Juez del Tribunal Oral de Menores nro. 2. Becario de C.E.J.A. Fue consultor de UNICEF Argentina. Asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, del Senado de la Nación y del Consejo de la Magistratura de la Nación. Director de la Unidad de Derechos Humanos, Género, Trata de Personas y Narcotráfico del Consejo de la Magistratura de la Nación. Secretario de la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4), 2016, párrs. 97 y 98.

⁷⁰ Véase al respecto IMIRIZALDU, Juan José, “Régimen de transparencia fiscal. De países de bajo o nula tributación a no cooperadores”, *Revista de Derecho Tributario*, Nro. 5, Buenos Aires, octubre 2013.

CÉSAR VILLENA

Es Abogado, Licenciado en Historia y Máster en Derecho & Economía y en Energía por la Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto interino de su Departamento de Ciencias Sociales - Elementos de Análisis Económico y Financiero. Profesor adjunto interino de la materia Introducción a la Economía y Jefe de Trabajos Prácticos de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

EL ART. 1º DEL DECRETO LEY 19.549/72 COMO DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de
la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad
de José Clemente Paz; Secretario del Tribunal de
Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sistematización del nuevo artículo. 3. La administración descentralizada y la desconcentración de órganos. 4. Las empresas y sociedades del estado. 4.1. Evaluación y derecho aplicable. 4.2. Vínculos normativos. 5. Los entes públicos no estatales. 5.1. La persona de derecho público no estatal. 6. Las personas privadas delegatarias de poder público. 7. Los organismos militares “y de defensa y seguridad”. 7.1. Una necesaria aclaración conceptual. 8. Las autoridades administrativas independientes. 8.1. El “concepto” de función administrativa. 8.2. Los “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial. 8.3. Una definición en ocho pasos.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 27.742 (BO 8/7/24) introdujo sustanciales reformas al Decreto Ley 19.549/72. Una de ellas es la modificación al art. 1º, es decir, al ámbito de aplicación de la denominada “Ley de Procedimientos Administrativos”.

La nueva normativa se ordena a partir de un criterio principalmente subjetivo, detallando los órganos y entes –es decir, los sujetos– a los cuales “alcanza” el decreto ley. Y no solo los que corresponden al Poder Ejecutivo, sino también a los poderes Legislativo y Judicial, y al Ministerio Público “cuando ejerzan actividad materialmente administrativa”.

De este modo, el criterio subjetivo se combina con otro –objetivo– para alcanzar a la totalidad de la función administrativa y a los órganos y entes (de todos los poderes) que la ejerzan.

Pero, además, no sólo queda alcanzado el sector público de la Administración (estatal y no estatal), sino también las personas privadas “cuando ejerzan potestades públicas”, lo que da cuenta de un ánimo legislativo tendiente a la integralidad y unidad de régimen.

Las notas apuntadas me permiten inferir del nuevo art. 1º del Decreto Ley 19.549/72, un derecho de la organización administrativa (al menos, en síntesis) que nos permite un renovado análisis de sus conceptos fundamentales. Ello así, puesto que en la nueva redacción encontramos los núcleos básicos de dicho ordenamiento, como son los clivajes concentración/desconcentración; centralización/descentralización; estatalidad/no estatalidad¹.

Además, el art. 1º modificado refiere a las empresas y sociedades del Estado, y a sus distintas subcategorías (sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, empresas del Estado, sociedades anónimas íntegramente suscritas por entes u órganos estatales), como así también, a las personas privadas “delegatarias” de poder público.

Por último, como fuera dicho, el nuevo ordenamiento abarca la órbita de actuación de todos los poderes (incluyendo al Ministerio Público) y no sólo a la del Poder Ejecutivo. Lo que da pie a la inclusión del resto de los órganos y entes constitucionales que, autorizadamente, podríamos denominar “autoridades administrativas independientes”.

En fin, la nueva normativa nos da una buena oportunidad de volver a estudiar una de las secciones del derecho administrativo (la organización administrativa) que encuentro más contradictoria, oscura y poco normada. En efecto, al analizar las distintas interpretaciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias encontramos conceptos que se oponen, solapan, superponen y contradicen.

Por ello, quizás sea un terreno fértil para un trabajo orgánico de la doctrina que posibilite una elaboración dogmática con ánimo de claridad y sistematicidad, y cuya finalidad sea un ordenamiento útil de las distintas categorías que las haga interactuar de manera precisa en el mapa de la estructura estatal.

2. LA SISTEMATIZACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO

La técnica utilizada distingue entre sujetos a los cuales la norma se les aplica *directamente* (incs. *a* y *d*), *supletoriamente* (inc. *b*) y otros a quienes *no* se les aplica (inc. *c*).

La aplicación directa corresponde a:

- a) la Administración centralizada y descentralizada;
- b) los órganos de los poderes Legislativo y Judicial, y del Ministerio Público, cuando ejerzan función materialmente administrativa; y
- c) los organismos militares “y de defensa y seguridad”.

La supletoriedad se predica respecto a:

1 Quizás el único concepto “fuerte” del derecho de la organización administrativa que ha quedado “perdido” en la nueva redacción, sea el de “entes autárquicos”, el que sí estaba expresamente aludido en el artículo derogado. Con todo, la referencia a la Administración descentralizada lo incluye implícitamente, al constituir uno de sus tipos más característicos.

- a) entes públicos no estatales;
- b) personas de derecho público no estatal; y
- c) personas privadas delegatarias de poder público.

Por último, la inaplicabilidad de la ley se resuelve respecto a las empresas y sociedades del Estado, incluidas sus entidades financieras.

3. LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA Y LA DESCONCENTRACIÓN DE ÓRGANOS

La adjudicación de la función administrativa al Poder Ejecutivo trae consigo dos procesos: uno de sustitución y otro de implosión. El primero, porque el Poder Ejecutivo deja de ser tal para convertirse en “la Administración”; el segundo, porque el órgano Presidente se desgaja en toda una gama de entes y órganos –en principio subordinados– que comparten con él la función de administrar.

Si la Administración sustituye al Poder Ejecutivo es porque “su función es mucho más amplia. Administración presupone poder de iniciativa, con lo cual queda excedido el marco de la simple ejecución de la norma (...) Administración y ejecución, pues, no son conceptos equivalentes. El concepto de Administración es más amplio y comprensivo que el de ejecución”². Por su parte, que el órgano Presidente (unipersonal) implomione, es un derivado de lo anterior: la mayor capacidad de acción de la Administración desarticula el monopolio de la función administrativa, “ya que es absurdo y materialmente imposible que el Presidente concentre el ejercicio de todas las funciones estatales propias del Poder Ejecutivo”³.

La posición servicial hace de la Administración una persona jurídica inmensamente más densa en su despliegue orgánico, por cuanto su destino de servicio a la comunidad, es decir, de satisfacción concreta de necesidades que los otros órganos se limitan a declarar, implica un involucramiento permanente, inmediato y, sobre todo, material en la vida misma de esa comunidad.

El cuadro administrativo burocrático es, precisamente, toda esa gama de órganos y entes que surge de la implosión del órgano presidencial, ante la necesidad de asumir las tareas de una Administración que desborda los límites de la mera función ejecutiva. Así llegamos a que la función de administrar corresponde a una estructura de órganos centralizados (Presidente, Jefe de Gabinete y Ministros, arts. 100 y 102, CN) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20, CN y 5, inc. a, Ley 25.152) y dotados de competencia específica desgajada de la función general de administrar.

2 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000, pp. 91 y 93.

3 BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Organización. Poder de regulación. Servicios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 94.

Esta “segunda” fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de administración pública, es precisamente la que busca la teoría jurídica administrativa no ya por resultar “absurdo e imposible” concentrar toda la competencia en un solo órgano, sino como valor agregado a la teoría política de división de poderes, ya que a una “primera” fractura de órganos encargados de las funciones clásicas (legislar, juzgar, administrar), se suma otra entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función.

La desconcentración de órganos puede darse tanto en la Administración centralizada como descentralizada, puesto que ella importa la atribución regular y permanente de determinadas competencias, pero no de personalidad jurídica ni patrimonio propio, a un órgano subordinado de la estructura centralizada o descentralizada⁴.

Sin embargo, la nota externa de la ausencia de personalidad jurídica –si bien útil para calificar la desconcentración– no quita que al órgano se le deba reconocer cierta subjetividad, aun para estar en juicio. Es lo que se ha denominado *figura jurídica subjetivada*, es decir, aquella que sin habersele reconocido por la norma de creación personalidad jurídica, ejerce competencias específicamente asignadas, emitiendo decisiones que la vinculan directamente con terceros⁵.

4. LAS EMPRESAS Y SOCIEDADES DEL ESTADO

El nuevo artículo separa de la Administración descentralizada, a las empresas y sociedades del Estado. En efecto, las formas empresariales y societarias que asume el Estado no son un tipo de descentralización administrativa, sino un agrupamiento de sujetos diferente al que no se le aplica el Decreto Ley 19.549/72⁶.

Sin embargo, incluir en la Administración descentralizada a las empresas y sociedades del Estado, ha sido el criterio histórico de la Procuración del Tesoro, considerándolas una “especie de descentralización, entendiéndola a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central”. Si bien regidas predominantemente por el derecho privado, no les resultan incompatibles ciertas normas de derecho

4 Conf. MURATORIO, Jorge I., “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados),” en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, p. 228; PTN, *Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Subsecretaría de Energía*, 18/11/2003, *Dictámenes*, 247:381.

5 Conf. SACRISTÁN, Estela B., “Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos,” en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., pp. 442/43.

6 Es la técnica que inaugura la Ley de Administración Financiera 24.156 (BO 29/10/92), cuyo art. 8º distingue ambos agrupamientos para englobarlos –junto a otros sujetos y patrimonios– en el concepto aún más genérico de “sector público nacional”. Técnica que, por cierto, ha resultado exitosa, ya que, desde la vigencia de la LAF, las normas de derecho administrativo reenvían a su art. 8 cuando tratan la integración de la Administración Pública.

público que no afecten las finalidades de su creación, ya que “aun con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado”⁷.

La Corte, por su parte, asumió igual temperamento, en relación a todos los tipos empresariales y societarios que utiliza el Estado.

Así lo hizo cuando condenó a una sociedad del Estado (SE), regida por la Ley 20.705, a resarcir los daños sufridos por la actora ante la rescisión unilateral de su contrato⁸. En esa oportunidad, desechó la defensa de la demandada oponiendo su personalidad jurídica distinta a la de la Administración centralizada, por considerarla un “medio instrumental de que se vale el Estado, adoptando el tipo de sociedad anónima”. En orden a ello, si bien su régimen corresponde, en principio, al derecho privado (Ley 20.705), “concurren elementos de innegable carácter estatal (...) por lo que más allá del amplio grado de su descentralización, integra la organización administrativa del Estado”⁹.

Lo mismo manifestó respecto a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (SAPEM), encuadrada en la sección VI, cap. 2, del Decreto Ley 19.550/72, a la que no cabe excluir “de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal”¹⁰. Con esa base, rechazó la defensa de confidencialidad interpuesta por la demandada (amparada en normas del derecho comercial) y ordenó dar vista de las actuaciones (con fundamento en normas de derecho público) que involucraban a la accionante en una licitación convocada para contratar diversos seguros. Fue el Decreto Ley 19.549/72 –y su principio de debido proceso adjetivo– el que definió la cuestión, por cuanto al referir su art. 1º a la Administración descentralizada, “no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal, cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del derecho privado”¹¹.

El principio fue sostenido en relación a YPF (sociedad anónima de la sección V, cap. 2, del Decreto Ley 19.550/72) obligándola a hacer entrega del contrato suscrito con Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia del Neuquén. Ello, por cuanto “las normas regulatorias como las medidas que en su consecuencia adoptó el Estado Nacional

7 PTN, “Lotería Nacional Sociedad del Estado”, 13/5/2002, Dictámenes, 241:242; “Sindicatura General de la Nación”, 02/10/2007, Dictámenes, 263:8.

8 Se trataba de una demanda interpuesta por la reconocida actriz y conductora Mirtha Legrand contra ATC (Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7).

9 CSJN, “Martínez Suárez de Tinayre”, 20/05/1986, Fallos, 308:821.

10 El caso involucraba a la firma Petroquímica Bahía Blanca.

11 CSJN, “La Buenos Aires Compañía de Seguros”, 12/05/1988, Fallos, 311:750. El criterio quedó ratificado en: CSJN, “Coifin, Fernando Victorio”, 31/10/1989, Fallos, 312:2050. En el caso se trataba de la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA).

permiten afirmar que YPF S.A. funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional”. Siendo ello así, “el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública”, entre ellos, el acceso a la información pública reglamentado por el Decreto 1172/03¹².

Del mismo modo, encontramos una admisión –al menos implícita– para la sociedad de economía mixta (SEM) –tipo societario regido por el Decreto Ley 15.349/46– como integrante de la Administración descentralizada. Al rechazar la aptitud del Banco del Chaco para surtir la competencia originaria de la Corte, se afirmó que dicha institución no puede ser identificada con la provincia, “dado que no integra los cuadros de la Administración Central provincial. En efecto, según las disposiciones que rigen su creación y funcionamiento (...) surge que actúa como una ‘sociedad de economía mixta’ integrada con el capital público aportado por el estado provincial y el privado aportado por los accionistas particulares”¹³. Además, la Corte ha dicho que las sociedades de economía mixta quedan especificadas por la procura de una “utilidad nacional”, es decir, el régimen del Decreto Ley 15.349/46 prevé “una participación del Estado de tal naturaleza que, tanto en razón de ella, cuanto de la eminencia institucional que al Estado le es propia, no puede considerarse que sean los intereses privados con los cuales comparte la explotación los que especifican a esta última”¹⁴. Entonces, si a la condición de no integrar los cuadros de la Administración central se le suma que las sociedades de economía mixta tienen por objeto procurar una “utilidad nacional” ajena a intereses privados, forzoso es admitir la integración en la Administración descentralizada de este tipo societario.

Por último, la empresa del Estado –regida por Ley 13.653– también fue considerada un tipo que integra la Administración descentralizada. Así lo entendió la Corte al definir a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) como “una entidad autárquica nacional, que tiene a su cargo la prestación de diversos servicios públicos y se halla sometida al régimen legal de las Empresas del Estado”¹⁵, o a Ferrocarriles Argentinos como “entidad estatal descentralizada cuyo vínculo con el Estado Nacional se rige por normas de derecho público”¹⁶. El mismo temperamento advierte el Procurador General, al recordar decisiones de la Corte en las cuales entendió que “los juicios promovidos contra las empresas sometidas al régimen de la Ley 13.653 (...) deben considerarse como iniciados

12 CSJN, “Giustiniani”, 10/11/2015, Fallos, 338:1258.

13 CSJN, “Sperber, Güalterio Luis”, 06/04/1993, Fallos, 316:604.

14 CSJN, “Ferreyra, Manuel”, 03/12/1952, Fallos, 224:642.

15 CSJN, “Yofre, Felipe Alejandro”, 14/11/1958, Fallos, 242:266.

16 CSJN, “Ferrocarriles Argentinos c/ Municipalidad de San Nicolás”, 15/12/1988, Fallos,

contra la Nación misma, por tratarse dichas empresas de organismos del Estado en cuya gestión aquélla está directamente interesada”¹⁷.

Tenemos, entonces, que el criterio predominante integra, en la Administración descentralizada, a las empresas y sociedades del Estado, en cualquiera de sus tipos: empresa del Estado (Ley 13.653), sociedad del Estado (Ley 20.705), sociedad de economía mixta (Decreto Ley 15.349/46), sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (sección VI, cap. 2, Decreto Ley 19.550/72) y sociedad anónima (sección V, cap. 2, Decreto Ley 19.550/72). En ese sentido, la calificación como parte de la Administración descentralizada, implica un reaseguro para la aplicación de cuotas –aún mínimas– de derecho público como, en el caso, podrían ser los principios del Decreto Ley 19.549/72.

Por ello, la declaración de inaplicabilidad respecto a estos entes resulta, al menos, voluntarista, ya que, como recuerda Gordillo, “si bien en un determinado momento histórico podemos encontrar personas estatales bajo un régimen privado, ello es contingente y transitorio: la tendencia ha sido siempre la de volver a incluirlas o incluirse ellas mismas dentro del derecho público, con el correr del tiempo y la modificación legislativa o reglamentaria posterior”¹⁸.

4.1. *Evaluación y derecho aplicable*

Pero hay algo aún más importante que hace a la utilidad de conceptualizar a las empresas y sociedades del Estado como un tipo de descentralización administrativa: lo vinculado a la evaluación de su desempeño.

Si las formas societarias y empresariales que asume el Estado constituyen una especie dentro del género descentralización, es porque son sujetos que desempeñan una función administrativa específica disciplinada por ciertos principios, parámetros y estándares que exceden ampliamente a la exclusiva rentabilidad económica típica de cualquier sujeto mercantil. Es decir, al momento de evaluar la actuación del ente o persona, ya no será solamente el rendimiento económico de la actividad lo que deba meritarse para avalar o censurar la gestión encomendada, sino que deberán intervenir otras metas y objetivos de orden político, social o cultural que completen el juicio. Lo que debiera producirse al etiquetar a un ente o persona como parte de la Administración descentralizada es, al menos, dar un indicio de que ese espacio de gestión no queda disciplinado exclusivamente por la lógica del mercado y su margen de utilidad (económica), sino por un cuadro más complejo que –sin renunciar a la eficiencia– involucre otros resortes que puedan limitar,

17 Dictamen del Procurador General en: CSJN, “Torres, Ángela Esther”, 25/11/1959, Fallos, 245:271.

18 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, Parte general, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, pp. XIV-8/9.

compensar o encauzar la ciclópea mirada economicista, hacia otro panorama de tipo multidireccional.

Distinta es la cuestión del derecho que rige a los entes y personas integrados en la Administración descentralizada. Si bien la sola referencia genera una decantación propia hacia el ordenamiento público, esto no quita en absoluto la posibilidad de que existan cantidades considerables de regulación privatista.

Desde que los Estados decidieron intervenir en los campos económico, social y cultural, crearon los instrumentos de aplicación necesarios para ejecutar esas políticas públicas, principalmente mediante formas empresariales y societarias. Para llevar a buen puerto la encomienda, dotaron a esos nuevos entes de un derecho adecuado a su funcionalidad, que les permita intervenir del modo más conveniente en los mercados respectivos. Así, se prefirió el derecho privado por sobre el público como medio de promoción de una participación más eficiente que les permita mayores facilidades al momento de contratar o financiarse. Por ello, censurar esta práctica bajo la acusación de “huida” del derecho administrativo no es más que ratificar su razón de ser, ya que precisamente lo buscado fue esa “huida”, a fin de residenciar a las empresas y sociedades del Estado en un espacio normativo más acorde a las finalidades encomendadas, las que deberían concretarse en mercados competitivos.

Promover un Estado interventor, diseñar las políticas públicas correspondientes, ejecutarlas mediante entes instrumentales adecuados a tal fin (empresas y sociedades), sin conformar una estructura normativa acorde a dichos postulados, se parece mucho a boicotear la propia iniciativa, por cuanto el desempeño y rendimiento favorables en terrenos donde se privilegia el dinamismo, la competencia y la rentabilidad, necesita de incentivos jurídicos que permitan un desenvolvimiento análogo al de los rivales. Lo contrario implicaría acudir al combate, solamente armados con palos y piedras.

Pero ello no quita que deban descuidarse las mayores finalidades tuitivas (al menos en el horizonte teleológico) que impregnan al derecho público. Asegurando –mediante los principios del derecho público (entre ellos, los que surgen del Decreto Ley 19.549/72)– los dispositivos de control y la evaluación del desempeño en forma multidireccional, la alternativa por el derecho privado continúa resultando plausible y aun beneficiosa, o al menos, no la debiéramos de temer. Lo que sí es deseable evitar, es la inercia esquizofrénica a presentar regímenes de derecho privado para empresas y sociedades del Estado y luego operar en la práctica en sentido inverso o hacer todo lo posible por vía judicial, doctrinaria o interpretativa en general, para reinstalar a aquellos entes en sede absoluta del derecho público.

4.2. *Vínculos normativos*

Por último, quiero señalar dos cuestiones más acerca de la inaplicabilidad del Decreto Ley 19.549/72 a las empresas y sociedades del Estado, y tiene que ver con su compatibilidad con otras normas del ordenamiento administrativo.

La primera asume un grado paradójico, puesto que la nueva redacción del art. 1º refiere a tipos societarios que han sido derogados y sobre los cuales se ha instruido su reconversión en sociedades anónimas.

Me refiero a las normas (arts. 36, 37 y 40) del Título III –reforma del Estado– del decreto de necesidad y urgencia 70/23 (BO 21/12/23), que derogaron las Leyes 13.653 (empresas del Estado) y 20.705 (sociedades del Estado), y el Decreto Ley 15.349/46 (sociedades de economía mixta).

Además, todas las empresas y sociedades del Estado organizadas bajo alguno de los tipos derogados o como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, deben transformarse en sociedades anónimas “en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna” (art. 48, DNU 70/23)¹⁹.

De acuerdo a la normativa analizada, ya no debiera existir –ni hacia atrás (por la transformación) ni hacia adelante (por la derogación)– ningún otro tipo societario que no sea el de la sociedad anónima “sin prerrogativa pública alguna”.

Sin embargo, el art. 1º, en su nueva redacción, reinstala estos tipos derogados, quizás al amparo de la continuidad del proceso de transformación, cuyo plazo vencería al finalizar el año 2024²⁰.

La segunda, tiene que ver con el recurso de alzada previsto en el art. 4 del Decreto 1883/91 contra los “actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional”, excluidos los actos “inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión”. Recordemos que este decreto, que en su art. 1 aprobaba el texto ordenado 1991 del Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72), no fue derogado en el resto de su articulado –al menos expresamente– por las reformas posteriores a dicho reglamento, operadas por Decretos 894/17 (texto ordenado 2017 del reglamento) y 695/24 (reglamentación del Título II –reforma del Estado– de la Ley de Emergencia y Delegación Legislativa 27.742).

Pareciera que la inaplicabilidad del Decreto Ley 19.549/72 declarada en el nuevo art. 1º debiera predicarse, consecuentemente, respecto a las normas que

19 El plazo original de 180 días para la transformación (art. 51), fue prorrogado por otro igual, a través del Decreto 553/24 (BO 1/7/24).

20 O quizás, aunque lo dudo, previendo un eventual veto legislativo del Decreto 70/23, situación que no se ha producido.

la reglamentan, incluyendo en éstas a ese recurso algo “perdido” en el art. 4 del Decreto 1883/91.

5. LOS ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES

Las dificultades para encontrar criterios de delimitación útiles que nos puedan dar una idea clara acerca de la distinción público/privado o estatal/no estatal, no es tan fácil como la sola referencia semántica pareciera indicar.

En efecto, ni antes en el Código Vélez (art. 33) ni ahora en el Código Civil y Comercial (arts. 146 y 148) encontramos criterios para la distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, sino solamente una enunciación de las que integran uno u otro agrupamiento.

La tarea se complica al intentar combinar el clivaje público/privado con el estatal/no estatal, ya que muchas de las elaboraciones pensadas para hacerlo, no hacen sino contribuir a la confusión de los conceptos, asimilando lo público a lo estatal y, paralelamente, lo privado a lo no estatal.

Prueba de ello son los criterios presentados para distinguir lo público de lo privado y lo estatal de lo no estatal, los cuales –a poco de andar– resultan sustancialmente similares para ambas tareas. De este modo, si el criterio no cambia –como en el caso– el resultado no puede ser otro que el solapamiento antes apuntado entre público/estatal y privado/no estatal. En efecto, la finalidad pública o el control estatal, son criterios utilizados, indistintamente, para diferenciar, tanto a las personas públicas de las privadas, como a las estatales de las no estatales²¹.

Por otro lado, hay criterios que, más que constituir la causa de la distinción, destacan su consecuencia. Es decir, si la diferencia entre las personas públicas y las privadas es su creación por ley o la existencia de prerrogativas de poder público, lo que estoy haciendo es describir regímenes jurídicos distintos y no fundamentar la razón por la cual se asignó uno u otro a un ente determinado.

Sin embargo, a partir de esto último, podemos advertir la única alternativa de utilidad que encuentro viable a los efectos de la distinción entre público y privado.

En efecto, la necesidad de distinguir se basa en la relación que debe mediar entre la *persona* y el *derecho*. Y esa relación no queda revelada yendo desde la persona al derecho sino recorriendo el camino inverso. Es decir, no se trata de descubrir la “naturaleza” del sujeto sino de ver cuál es el tratamiento que le otorgan las normas jurídicas. Y esto es así por ser el derecho una producción cultural y no una ley física; un artefacto tecnológico y no un hecho inmanente; un instrumento mutable y convencional diseñado para crear y no para descubrir.

21 Conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. XIV-9/11; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. I, 9ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, pp. 234/239.

Es desde el derecho hacia la persona (y no al revés) que podemos hacer una distinción útil entre las personas regidas, principalmente, por el derecho público (personas públicas) y personas regidas, principalmente, por el derecho privado (personas privadas). Por supuesto que se trata de cantidades, es decir, de proporciones preferenciales de uno y otro derecho, y no de monopolios normativos. El criterio de distinción para las personas públicas y privadas es, pues, el régimen jurídico (público o privado) aplicable en mayor proporción.

Pero, aun así, ¿por qué distinguimos? Por las razones que se nos presentan en cualquier distinción: para ordenar nuestro mapa mental, mediante la síntesis y la simplificación; y para resolver problemas ante eventuales lagunas, necesidades interpretativas, insuficiencias normativas o carencias valorativas.

Restaría ahora saber si podemos encontrar algún criterio útil para distinguir entre personas estatales y no estatales.

Hagamos una pequeña crítica de los más utilizados: la satisfacción de fines específicos del Estado y el encuadramiento del ente en la Administración Pública²².

Si hablamos de “fines específicos del Estado” debemos, previamente, incursionar en el terreno político de la dimensión del Estado, es decir, recorrer el camino inverso: primero la definición de Estado y, como consecuencia de ello, la determinación de sus fines. La estática presente en la afirmación jurídica de “fines específicos del Estado”, rompe la dinámica propia del proceso político, el cual tiene por misión dimensionar en más o en menos los campos de actuación asignados al Estado, de acuerdo a consensos coyunturales, nunca definitivos y en permanente reformulación. Por ello, no hay “fines específicos del Estado” como idea neutral, sino distintas dimensiones del Estado definidas por la dinámica del proceso político y no por la estática del proceso jurídico. Con todo, aun afirmándonos en este criterio, no encontraríamos más que una tautología, carente –como tal– de valor explicativo; ya que, si así no fuera, si el Estado no persiguiese fines que hacen a su especificidad, estaría “persiguiendo fines privados distintos a los que se vinculan con sus facultades y su conducta sería ilegítima”²³.

También peca de tautológico considerar a una persona como “estatal” a partir de su encuadramiento en la Administración Pública, ya que es tanto como afirmar que un ente es estatal porque integra el Estado y no lo es porque no lo integra. Pero lo determinante es la pregunta que queda sin responder: ¿bajo qué condiciones podemos afirmar que un ente integra el Estado?

La respuesta que entiendo útil es aquella que afirma que una persona integra el Estado cuando le pertenece patrimonialmente, en forma completa o

22 Conf. CASSAGNE, *Derecho...*, t. I, cit., pp. 238/39.

23 MARCER, Ernesto A., “El contrato administrativo en la Ciudad de Buenos Aires,” en Universidad Austral, *Contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Rap, 2010, p. 153.

mayoritaria. Estas son las personas estatales, las que integran el Estado porque forman parte de su patrimonio, al resultar financiadas en su totalidad, o en su mayor parte, con aportes estatales.

Es el criterio al que adhiere Gordillo, pero limitando el alcance a los casos en que “el Estado es el único titular del capital” de la entidad. Esto así, por cuanto “la participación de titulares privados de capital, dentro de una entidad en la cual también es titular el Estado, no permite normalmente a éste otorgarle a ella un régimen demasiado especial de privilegios y prerrogativas”²⁴.

Sin embargo, estos privilegios y prerrogativas es algo que concede o no el régimen jurídico aplicable a la entidad, criterio que –como ya dije– sirve para delimitar a las personas públicas de las privadas, y no a las estatales de las no estatales. Por esta razón, no encuentro inconvenientes en calificar a una persona (o ente) de privada y estatal porque dicha calificación estará asignando caracteres diferentes: por un lado, nos indicará la preponderancia de derecho privado en el régimen jurídico que le es aplicable y, por otro, nos indicará que esa persona *es* del Estado, ya que es éste el titular único o mayoritario de su capital²⁵.

Ni tampoco veo problemas en integrar en este rubro a los tipos societarios mixtos, como la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria o la sociedad de economía mixta²⁶, en este último caso, cuando el Estado sea el accionista mayoritario y el derecho privado ocupe una posición predominante²⁷. En estos casos, aun interviniendo el capital privado, es el Estado quien controla a la sociedad y, al hacerlo, dirige su actividad y dispone de ella como parte de su patrimonio.

Por ello, son las empresas y sociedades del Estado, aun las mixtas, las que integran la categoría de personas privadas estatales. Ello así, por estar regidas prioritariamente por el derecho privado (así lo establecen las normas que rigen su actividad) y por ser el Estado el titular exclusivo o mayoritario de su capital.

24 GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XIV-10.

25 Gordillo niega enfáticamente la categoría privado/estatal, por entender que “se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público”, GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XIV-7. Creo que la posibilidad de que puedan configurarse entes estatales regidos predominantemente por el derecho privado, no agrede la doctrina de la personalidad única estatal, ya que es el propio Estado –sin perder su calidad de persona pública– el que decide someter al derecho privado la actuación de alguno de sus entes; del mismo modo en que lo hace cuando rige otras esferas de su actuación por ese derecho, por ejemplo, cuando suscribe contratos de derecho privado.

26 Tipos societarios que, consecuente con los criterios expuestos anteriormente, GORDILLO debe asignar a la categoría de *persona pública no estatal*, conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. XIV-18/20.

27 La aclaración se debe a que el régimen de las SEM (Decreto Ley 15.349/46) prevé que la sociedad puede constituirse como persona pública o privada (art. 2) y que el aporte estatal para la formación del capital social será el que convenga con los particulares (art. 5).

Por el contrario, son entes público no estatales aquellas personas regidas prioritariamente por el derecho público que no integran el patrimonio del Estado, al no estar financiadas por el presupuesto general ni ser el Estado su titular exclusivo o mayoritario.

5.1. *La persona de derecho público no estatal*

Como si no tuviésemos suficientes problemas con las delimitaciones entre personas públicas y privadas, y entre personas estatales y no estatales, el nuevo art. 1º del Decreto Ley 19.549/72 nos trae una distinción más, que encuentro bastante novedosa: aquella que diferencia entre *ente* público no estatal y *persona* de derecho público no estatal.

La distinción queda aún más en tinieblas, cuando advertimos que el derecho positivo define al *ente* como *persona* de derecho público (art. 9, Ley 24.156 de Administración Financiera), con lo cual los términos quedan confundidos.

Sin embargo, los principios de la dogmática jurídica nos asignan la tarea de llenar uno y otro casillero, puesto que nos educaron en la ficción que nos obliga a descartar la imprevisión del legislador y a actuar *como si* cada categoría tuviese su razón de ser.

Puestos en ese lugar, podemos utilizar la *forma* adoptada por el sujeto, como criterio para delimitar los campos. En ese sentido, decimos que, mientras el ente público no estatal asume la forma de lo que se denomina “asociación dirigida”²⁸, la persona de derecho público no estatal se organiza como corporación²⁹. La diferencia radica en si el Estado interviene o no en sus órganos de dirección.

Las asociaciones dirigidas son entes que prestan servicios sociales o asistenciales (obras sociales)³⁰ o administran un fondo para sus afiliados (cajas de previsión)³¹ o intervienen en el fomento de un determinado mercado o actividad cultural (institutos nacionales)³². En todos estos ejemplos, el Estado interviene

28 Conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. XIV-20/21.

29 En la terminología utilizada por la doctrina española: “corporación sectorial de base privada”, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 395 y ss.

30 Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), Decreto Ley 19.032/71; Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA), Decreto 637/13.

31 Instituto de Ayuda Financiera para pago de Retiros y Pensiones Militares (IAF), Decreto Ley 22.919/83; Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, Decreto Ley 15.943/46.

32 Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), Decreto Ley 17.741/68 (t.o. 2001); Instituto Nacional de la Música (INAMU), Ley 26.801; Instituto Nacional de la Yerba Mate (INYM), Ley 25.564; Instituto de Promoción de la Carne Vacuna Argentina (IPCVA), Ley 25.507.

en la dirección de la entidad –en la mayoría de los casos, ejerciendo su presidencia–³³ mediante el nombramiento de representantes en sus órganos de gobierno.

Además, si bien hay casos en los que su patrimonio se nutre de los aportes de sus beneficiarios³⁴, en otros supuestos los recursos se generan mediante un fondo integrado por un tributo de afectación específica, que grava la actividad o mercado en cuestión³⁵.

En este último caso, el carácter “fiscal” del patrimonio del ente podría entrar en crisis con su calificación de “no estatal”. Sin embargo, entiendo que esto no sucede atento a que el financiamiento del ente no se genera con partidas del presupuesto general, sino con recursos que surgen de la propia actividad y que se reinvierten en ella mediante el otorgamiento de subsidios y créditos a la producción.

La corporación, por el contrario, aglutina a un grupo de interés que se autogobierna mediante la elección de sus autoridades, sin injerencia estatal. Es el caso de los colegios profesionales (abogados, médicos, contadores, veterinarios, ingenieros).

Por otro lado, su patrimonio se integra exclusivamente con las cotizaciones periódicas de sus afiliados.

Pero, además, podemos apuntar otra diferencia sustancial entre estas dos categorías, acudiendo a lo que Barra ha denominado “delegación transestructural de cometidos”.

Esta figura implica “una nueva vía de conexión entre los dos subordinamientos (público y privado), a través de una asignación, por parte del sector público y en cabeza del sector privado, de la responsabilidad de llevar a cabo cometidos también públicos. Esta asignación asume la forma jurídica de la *delegación* (...) Pero como la delegación va más allá o trasciende del sector público al privado, realizándose hacia afuera de las estructuras del mismo sector público, la denominamos ‘transestructural’ (...) Aun así, a diferencia de la figura de la delegación... la ‘transestructural’ se refiere más a los ‘cometidos’ u objetivos específicos dentro de genéricos fines públicos que a límites de atribuciones asignados por

33 Una excepción la encontramos en el IPCVA, cuya presidencia la ejerce un representante del sector productor, designado por acuerdo de las entidades representativas: Confederaciones Rurales Argentinas (CRA), Confederación Intercooperativa Agropecuaria Cooperativa Limitada (Coninagro), Federación Agraria Argentina (FAA) y Sociedad Rural Argentina (SRA) (art. 7, Ley 25.507).

34 Como ocurre con las obras sociales y cajas de previsión.

35 Así, el Fondo de Fomento Cinematográfico administrado por el INCAA, se constituye, principalmente, con un impuesto sobre el valor de las entradas al cine y con un porcentaje del gravamen impuesto por la Ley 26.522 a los titulares de servicios de comunicación audiovisual. Estos tributos son recaudados por AFIP y transferidos directamente al Instituto por el Banco Nación (arts. 21/23, Decreto Ley 17.741/68, t.o. 2001 y arts. 94/97, Ley 26.522).

la norma al órgano u ente delegante. Hablamos así de ‘delegación transestructural de cometidos’ –y no, estrictamente, de competencias–³⁶.

Mientras que en la persona de Derecho público no estatal opera una *delegación* de este tipo³⁷, en el ente se verifica un supuesto de “cogestión administrativa” que implica un “medio de participación de los administrados en la gestión de determinados cometidos públicos, a través de la integración de los órganos de conducción de los entes descentralizados con competencia para ejecutar tales cometidos”³⁸.

En estos casos “no existe, en sentido estricto, delegación, ya que el cometido forma parte del ámbito de competencia de un determinado sector (órgano, ente) de la organización pública y es ejecutado dentro de él”³⁹.

Recapitulando:

a) las personas *públicas* se distinguen de las *privadas*, en virtud al régimen jurídico que, con preponderancia, se les aplique;

b) las personas *estatales* se distinguen de las *no estatales*, en virtud a si el Estado es titular, exclusivo o mayoritario, de su capital; o si las financia con partidas regulares del presupuesto general; y

c) el *ente* público no estatal se distingue de la *persona* de derecho público no estatal, en virtud a la injerencia preeminente del Estado en sus órganos de conducción, al no verificarse en el *ente* un supuesto de delegación transestructural, como sí ocurre en el caso de la *persona*. Además, mientras la *persona* se financia exclusivamente con el aporte de sus afiliados, el *ente* puede hacerlo de ese modo o con un tributo de afectación específica.

6. LAS PERSONAS PRIVADAS DELEGATARIAS DE PODER PÚBLICO

Avanzando la cuestión, llegamos al eslabón más débil de la cadena: el de las personas privadas que gestionan servicios públicos o actividades calificadas como de “interés público”⁴⁰, “interés general”⁴¹ o “interés nacional”⁴².

Ciertamente, si por “personas privadas” entendemos aquellas regidas por el derecho privado, pareciera dificultoso integrarlas en un ordenamiento de derecho público, como es el Decreto Ley 19.549/72. Sin embargo, ni unas (personas

36 BARRA, Rodolfo Carlos, Tratado de derecho administrativo, t. 3, Administración pública. Jefe de Gabinete. Empresas públicas, Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 606-607.

37 Que el autor denomina “delegación por autogestión administrativa”, BARRA, *Tratado...*, t. 3, cit., pp. 641 y ss.

38 BARRA, *Tratado...*, t. 3, cit., p. 698.

39 BARRA, *Tratado...*, t. 3, cit., p. 699.

40 Ley 26.522, Comunicación Audiovisual; Ley 27.078, Telecomunicaciones; Decreto Ley 17.565/67, Farmacias; Decreto Ley 21.526/77, Entidades Financieras.

41 Leyes 15.336 y 24.065, Generación de Electricidad.

42 Ley 26.688, Medicamentos y Vacunas.

privadas) ni otras (personas públicas) renuncian a incorporar en sus relaciones normas de ambos ordenamientos, claro que en diferentes grados.

Lo que hace a una persona jurídica tributaria del calificativo de “privada” es la preponderancia de normas de ese derecho (privado) para regir sus relaciones y no la exclusión de ese otro derecho (público). Muy por el contrario, en el caso de concesionarios de servicios públicos o licenciatarios de actividades de interés general, las personas jurídicas privadas deciden voluntariamente incorporar un plus relevante de ordenamiento público al universo de sus relaciones jurídicas, ya sea mediante la vía contractual con el Estado (concesiones) o mediante el régimen de autorizaciones administrativas (licencias)⁴³.

Sin embargo, el nuevo art. 1º nos dice que el Decreto Ley 19.549/72, se aplica supletoriamente a las personas privadas que ejercen potestades públicas “otorgadas por leyes nacionales”. Es decir, delimita el campo en aquellas delegatarias de poder público de fuente legal.

Ciertamente, no estamos en el caso de las corporaciones profesionales atendidas en el apartado anterior, por cuanto ellas –como vimos– son personas “públicas”. Lo contrario sería desafiar los principios de la dogmática jurídica antes referidos, que nos obligan a mantener la ficción de un “legislador racional”⁴⁴.

Tenemos que encontrar, entonces, personas privadas, es decir, constituidas al amparo de las formas previstas por el Código Civil y Comercial (art. 148), a las que se les haya delegado poder público.

Su creación y funcionamiento tienen que provenir de un acto de voluntad de sus miembros y no de un acto de autoridad estatal, como sucede con las corporaciones profesionales⁴⁵. Pero, además, esta delegación debe tener como fuente una ley, es decir, un acto unilateral de imposición estatal.

Podemos encontrar en el Colegio de Escribanos un caso que encuadraría en esta categoría. En efecto, la entidad creada como asociación civil en 1886⁴⁶, fue atribuida de poder público para el control del ejercicio profesional y para el

43 El tema da para mucho más. Sólo pretendo reproducir, con fines netamente expositivos, el esquema clásico de distinción entre *concesiones* y *licencias* en orden a la titularidad del servicio o actividad: estatal en el primer caso, particular en el segundo. Es decir, la concesión opera “a partir de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”; mientras que la licencia levanta “una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares”, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 137.

44 Conf. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., Buenos Aires, Astrea, 1980, 17ª reimp., 2014, pp. 328/333.

45 Ley 23.187 de Ejercicio de la Abogacía y de Creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (art. 17).

46 Conf. sitio web oficial www.colegio-escribanos.org.ar/institucional

gobierno y la disciplina de la matrícula, por Ley 12.990 (BO 25/7/47). Sus propias disposiciones, reconocen el carácter privado de la institución (art. 48).

Otro ejemplo podrían constituirlo los institutos nacionales promotores de determinadas personalidades públicas.

Es el caso del Instituto Nacional Yrigoyeniano (Ley 26.040) y del Instituto Nacional de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas (Ley 25.529 y Decretos 26/97 y 940/97), en el que expresamente se reconoce el inicio como “asociación civil” de las entidades que se crean (art. 1º, Ley 26.040 y Decreto 26/97). Los institutos asumen prerrogativas públicas como, por ejemplo, la responsabilidad de la organización de los actos “oficiales” de homenaje a dichas personalidades y la intervención previa y obligatoria –de carácter consultivo– en todo otro evento relacionado a su obra y pensamiento, en el que se requiera el apoyo o participación del Estado (arts. 4º y 5º, Ley 26.040 y Decreto 26/97).

Sin embargo, podemos dudar acerca de si, efectivamente, estamos autorizados a continuar calificando a estas personas como “privadas” o si, en virtud de la normativa detallada, no se ha operado una “transformación” de esas entidades en personas públicas. Con todo, vuelve a ser una cuestión de cantidad. Si logramos sostener que, a pesar de la delegación de poder público operada por ley, el mayor volumen de actividad de la entidad (que haga a su objeto social) queda sometida al derecho privado (cuestión dudosa en el caso del Colegio de Escribanos y no tanto en los institutos nacionales), podríamos continuar calificando a dichas personas como “privadas” con algunas cuotas de poder público atribuido por ley.

Por último, un caso que sí entiendo integraría esta categoría es el de la Federación Agraria Argentina y el de la Federación de Acopiadores de Cereales, en el momento histórico en el que monopolizaron la emisión, distribución y venta de formularios de carta de porte. Dicho documento es un requisito obligatorio para el transporte de granos, ya sea terrestre, ferroviario o fluvial, sin el cual queda prohibida la circulación de la mercadería.

La extensión de cartas de porte era una misión de la disuelta Junta Nacional de Granos, que fue delegada a las “entidades de segundo o tercer grado, representativas del comercio de granos que así lo soliciten”. Así lo disponía el art. 17 de la resolución conjunta de la Secretaría de Agricultura 335/05, de la Secretaría de Transporte 317/05 y General de la AFIP 1880 (BO 12/5/05)⁴⁷.

Claro que, para incluir el caso en la categoría analizada, debiéramos interpretar que cuando el nuevo art. 1º nos indica que la atribución de prerrogativas públicas debe tener como fuente una ley, lo hace en sentido material, es decir, aludiendo a cualquier acto estatal de sustancia normativa que reglamente una

47 El Decreto 34/09 (BO 27/1/09) derogó la resolución citada, devolviendo la competencia al Estado (AFIP) para la emisión de cartas de porte en forma gratuita.

determinada situación en forma general, impersonal, abstracta y obligatoria. Permitiéndonos esta licencia, el caso encuadraría en la categoría legal de persona privada atribuida de poder público por ley.

Por último, si la fuente de la delegación debe ser una ley, aun en sentido material, ¿es porque el legislador decidió no incluir a aquellos delegatarios de poder público de base contractual? En efecto, me estoy refiriendo a los concesionarios de servicios públicos u obras públicas, cuyas prerrogativas de poder público no tienen como fuente una ley, sino un contrato, es decir, un acto jurídico voluntario de carácter bilateral.

Siguiendo los principios de integralidad, inclusión y unidad de régimen que parecieran motivar la reforma, entiendo que debieran incluirse los casos de delegación contractual, a fin de robustecer la sistemática de la nueva normativa.

El escollo podría salvarse al interpretar que, en estos casos, la delegación de poder público *también* se da por ley, aunque en un modo mediato. Ello así, por cuanto la reserva del sector a favor del Estado (*publicatio*), necesita de una ley que habilite la intervención privada en su gestión. De este modo, el contrato de concesión de servicio u obra pública, es un modo de instrumentar lo dispuesto por la ley.

La delegación de poder público en la persona privada, si bien mediante un contrato (fuente inmediata), solo es posible porque hay una ley que la autoriza (fuente mediata), resultando esta última la auténtica causa delegante.

7. LOS ORGANISMOS MILITARES “Y DE DEFENSA Y SEGURIDAD”

Tanto las fuerzas armadas (militares), como las fuerzas de seguridad (policiales), son órganos desconcentrados de la Administración central. Respecto a ellos, el nuevo art. 1º del Decreto Ley 19.549/72, establece el principio inverso al previsto en la redacción anterior: si antes *no* se les aplicaba el ordenamiento, ahora *sí*, y en forma directa. Claro que con la posibilidad –por decisión del Poder Ejecutivo– de exceptuarlo, en aquellas cuestiones vinculadas a la “disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas”.

La inaplicabilidad predicada al amparo del régimen anterior, había sido morigerada por el Decreto 722/96, el cual había establecido la supletoriedad del régimen respecto a “las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia” (art. 2, inc. *d*).

Sin embargo, la sola declaración de supletoriedad resulta insuficiente, por cuanto lo determinante es establecer: a) el momento en el cual se produce el caso administrativo no previsto y b) el método de integración normativa, es decir, si la supletoriedad se va a dar por subsidiariedad o por analogía.

Si bien referido al régimen anterior, Comadira intentó dar respuesta a estos dos interrogantes, en un conocido estudio sobre la aplicabilidad del Decreto Ley 19.549/72 y su reglamentación, al órgano militar⁴⁸.

Entiendo provechoso hacer una síntesis de ese trabajo, pues representa una valiosa contribución hermenéutica, en tanto y en cuanto sus conclusiones pueden tener vigencia. Me refiero al inc. *b* del art. 1º –en su actual redacción– cuando al declarar la supletoriedad del ordenamiento general respecto a los sujetos allí indicados (entes públicos no estatales, personas de derecho público no estatal y personas privadas delegatarias de poder público), tampoco despeja ninguna de esas cuestiones.

Comadira entendió que la causa de la exclusión legal prevista en la redacción original del art. 1º –y la consecuente ultraactividad del régimen anterior aplicable a las fuerzas armadas y a las fuerzas de seguridad– se debió a las “características particulares del órgano castrense”, es decir, a la “especificidad propia de su materia”.

De este modo, el caso administrativo no previsto quedaba configurado “cuando no existan, respecto de las materias reguladas en la ley y su reglamentación, normas y principios especialmente sancionados para el órgano castrense, o ellos no prevean la situación a resolver, y previa analogía legal en sentido estricto dentro de dicho órgano”.⁴⁹ Esta analogía *legal* es la que se da recurriendo a normas del mismo sistema (derecho militar) referidas a un caso de similares características esenciales.

En cuanto al método de integración normativa, deberá recurrirse “a las normas y los principios generales del orden común [Decreto Ley 19.549/72 y reglamentación], los cuales se incorporan a su ámbito, principalmente mediante la analogía y, en menor medida, en forma subsidiaria”.⁵⁰ Pero esta analogía no es ya la legal, sino la *de derecho*, es decir, la aplicación del ordenamiento general (Decreto Ley 19.549/72 y reglamentación) pero adaptado a “las características y exigencias particulares” del sistema normativo que se viene a integrar (derecho militar).

La subsidiariedad, es decir, la aplicación directa del sistema general al especial “excluyendo elaboración o adaptación alguna”, queda reducida a los casos de afectación de derechos de un tercero ajeno a la institución militar.

Por lo tanto, sólo en el caso de carencia normativa e insuficiencia de la analogía legal, procede la integración normativa mediante la analogía de derecho (y en menor medida mediante la subsidiariedad) para dar solución al caso administrativo no previsto.

48 COMADIRA, Julio Rodolfo, Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 13/32.

49 COMADIRA, Procedimientos administrativos..., cit., p. 26.

50 COMADIRA, Procedimientos administrativos..., cit., p. 18.

7.1. *Una necesaria aclaración conceptual*

La modificación del art. 1° ofreció una inmejorable oportunidad de corregir un error histórico que fue, desafortunadamente, desaprovechada. Me refiero a la confusión terminológica y conceptual que encierra el giro: organismos militares “y de defensa y seguridad”.

Entiendo que la insistencia en mantener esa definición no contribuye en absolutamente nada, a la permanente tarea educativa que debiéramos emprender, en cuanto a separar tajantemente las funciones de defensa y seguridad. Si hay organismos “de defensa y seguridad” es porque esto no sucede; al contrario, el giro permite que las funciones queden confundidas y, al hacerlo, no otorga incentivos para la radical separación entre los órganos y sistemas encargados de una y otra, sino más bien, una pauta hermenéutica posibilitadora de una actuación indiscriminada en ambos campos.

Recordemos que fue tarea de la democracia recuperada establecer esta distinción fundamental, que venía a barrer con la luctuosa “doctrina de la seguridad nacional”, es decir, el aparato discursivo presentado para “legitimar” la represión y el genocidio, y el que dio sostén a las fuerzas armadas para resguardar, no ya las fronteras físicas del país y las hipótesis de conflicto externo, sino esas otras fronteras “ideológicas” transgredidas por un “enemigo interno”.

En efecto, a través de la Ley 23.554 de Defensa Nacional (BO 5/5/88), quedaron delimitados los campos de la defensa y la seguridad de modo inconciliable. Así, el art. 4, en términos elocuentes, dispuso: “Para dilucidar las cuestiones atinentes a la Defensa Nacional, se deberá tener permanentemente en cuenta la diferencia fundamental que separa a la Defensa Nacional de la Seguridad Interior. La Seguridad Interior será regida por una Ley Especial”.

Esa manda fue satisfecha con la sanción de la Ley 24.059 (BO 17/1/92), la que reservó la función de seguridad interior a “las fuerzas policiales y de seguridad de la Nación” (art. 3).

La historia reciente daba una trágica lección que la democracia recuperada supo asumir, manifestándola a través de las leyes citadas, las que fueron sancionadas bajo gobiernos de signo político distinto y que entonces representaban las opciones electorales mayoritarias de los argentinos, lo que sin dudas robustece el acuerdo democrático sobre la cuestión⁵¹.

No se me escapa que podría argumentarse alguna habilitación jurídica para continuar con la denominación de “organismos de defensa y seguridad”, respecto a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional; puesto que son fuerzas que integran, nominalmente, ambos sistemas: tanto el de defensa (art. 9°, inc. g, Ley 23.554), como el de seguridad (art. 7°, inc. f, Ley 24.059).

51 Si la ley de defensa fue sancionada bajo el gobierno de Alfonsín (UCR), la de seguridad fue sancionada bajo el gobierno de Menem (PJ).

Sin embargo, entiendo que esto no puede otorgar ningún aval normativo para mantener una confusión terminológica que desafía abiertamente el principio de separación estricta de funciones que el art. 4º de la Ley 23.554 garantiza.

En efecto, que las fuerzas aludidas estén citadas en el sistema de defensa –como lo está, también, “el Pueblo de la Nación” (art. 9º, inc. *h*, Ley 23.554)– no las hace *encargadas* de dicha función, la que corresponde a las fuerzas armadas (ejército, marina y aviación) (art. 21, Ley 23.554). Muy por el contrario, la alusión no hace más que referir a sus competencias específicas de control y vigilancia de fronteras (gendarmería) y de aguas jurisdiccionales (prefectura) (art. 31, Ley 23.554), que no son otras que el encargo atribuido por sus ordenamientos orgánicos (Decreto Ley 19.349/71, gendarmería y Decreto Ley 18.398/69, prefectura).

La confusión terminológica entre defensa y seguridad, otorga un incentivo a la confusión conceptual, presentando a ambas funciones como “lo mismo” y si es así, no hay límite para que “los mismos” órganos actúen en una y otra esfera.

Nuestra dramática historia reciente, representada por las dictaduras cívico militares que asolaron el siglo XX argentino con su tendal de latrocinio político, económico, social y cultural –y con la barbarización del derecho– impone nuestros mayores esfuerzos y atención para sostener las condiciones básicas de nuestra democracia. El horizonte lingüístico, como formidable autopista ideológica, es una de ellas.

8. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

8.1. *El “concepto” de función administrativa*

Los poderes Legislativo y Judicial, y el Ministerio Público, también están alcanzados por el nuevo texto, el cual se aplica directamente “cuando ejerzan actividad materialmente administrativa”.

Ahora bien, si hay algo que al derecho administrativo le ha resultado complicado, es consensuar una definición sintética, clara y precisa de función administrativa. Si podemos definir con cierta facilidad la tarea de legislar (“emitir normas generales”) o la de juzgar (“decidir una controversia con imparcialidad”), la tarea de administrar se nos presenta con mayor complejidad.

Del mismo modo, Gordillo califica al concepto de función administrativa como “el más indefinido de todos”, atribuyendo esta indeterminación a dos causas.

La primera tiene que ver con la carencia de un contenido único. En efecto, la función administrativa “puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como y he aquí lo más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan”⁵².

La segunda, se relaciona con que la función administrativa no está a cargo solamente de la Administración, “también la realizan en cierta medida los otros poderes; y este desempeño de la función administrativa por parte de los otros poderes del Estado se efectúa bajo el mismo régimen jurídico de la función administrativa”⁵³.

Si la primera dificultad pone en crisis al concepto objetivo (material) de función administrativa, la segunda hace lo propio con el concepto subjetivo (orgánico). En efecto, la diversidad de contenido jaquea los intentos de definición positiva; mientras que la pluralidad de sujetos impide monopolizarla en un órgano determinado.

Podemos decir que la función administrativa es “la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran”⁵⁴; o, lo que es similar, entenderla como “la gestión directa e inmediata del interés público por parte de los propios órganos de la Administración”⁵⁵. También es válido definir a la Administración como una organización “necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada”⁵⁶ y entender que su función es *actuar* lo que los otros poderes se limitan a *declarar* mediante leyes (Poder Legislativo) o sentencias (Poder Judicial).

Sin embargo, siempre estaremos en un intento de principio que vagamente abarcaría, en el mejor de los casos, alguna porción de la actividad administrativa.

Por eso, si bien al precio de renunciar a un concepto positivo, entiendo útil la definición de Gordillo porque opera como una suerte de “principio de clausura”, es decir, sin dejar nada fuera de su alcance.

En ese orden, el autor propone una integración de los conceptos objetivo (material) y subjetivo (orgánico) –más un aditivo residual– para conceptualizar a la función administrativa como: “toda la actividad que realizan los órganos administrativos [y las autoridades administrativas independientes] y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos [emisión de normas generales que realiza el Poder Legislativo] y jurisdiccionales [decisión de controversias de modo imparcial que realiza el Poder Judicial]”⁵⁷.

La identificación de la función administrativa, como ha quedado expuesta, tiene la virtud –como dije– de no dejar nada afuera. Así, puede entenderse como

53 GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-38.

54 MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 66.

55 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa,”* 2ª ed., Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 56.

56 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 35.

57 GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-39.

la totalidad de la función estatal, excepto lo materialmente legislativo (que realiza el Poder Legislativo) y lo materialmente judicial (que realiza el Poder Judicial).

De este modo, el Decreto Ley 19.549/72 se aplicaría a todo lo que hagan los poderes Legislativo y Judicial, menos cuando ejerzan sus funciones materialmente específicas.

8.2. *Los “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial*

Munidos de un concepto (convencional) de función administrativa, todavía nos resta despejar una incógnita: ¿a qué se refiere el art. 1º cuando remite a los “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial (y del Ministerio Público)?

Una primera respuesta podría ser: a cada una de las cámaras (y, eventualmente, a la asamblea legislativa), en el caso del Poder Legislativo; a cada una de las instancias (juzgados, cámaras, corte), en el caso del Poder Judicial; y al procurador general y defensor general, en el caso del Ministerio Público.

Sin embargo, esta respuesta resultaría incompleta, puesto que se nos escaparían otros sujetos que, justificadamente, debiéramos denominar “autoridades administrativas independientes”.

Es que si hicimos el esfuerzo de encontrar un concepto de función administrativa que nos permita abarcar a la totalidad del quehacer estatal, debiéramos hacer lo propio para no dejar fuera a ninguna autoridad constitucional o legal que ejerza dicha función.

Por ello, cuando el nuevo art. 1º refiere a “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial, estamos autorizados a interpretar que esa referencia no solo contempla a aquellos que integran la estructura interna de esos poderes, sino también a aquellos otros que orbitan en su esfera de actuación. Me refiero, particularmente, a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo, en el caso del Poder Legislativo; y al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento, en el caso del Poder Judicial.

Estas son las autoridades administrativas independientes a las que antes me refería y a las cuales se les aplica, también, el régimen del Decreto Ley 19.549/72.

Sin embargo, estos sujetos no son los únicos que caben en la categoría. Si me detengo en ellos, es para aprovechar la gramática del nuevo art. 1º –en cuanto refiere a “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial– por ser los más fácilmente vinculables a ellos, por la relación que ha establecido el constituyente con esos poderes.

Pero la propia constitución (histórica y reformada) ha establecido organismos que –independientemente del régimen legal con el que finalmente hayan sido reglamentados– encajan en el molde de “autoridad administrativa independiente”. Me refiero a los organismos de control de los servicios públicos (art. 42), al organismo fiscal federal (art. 75, inc. 2), a las universidades nacionales (art. 75, inc.

19) y, también, a las entidades nacionales prestatarias del seguro social obligatorio (art. 14 *bis*) y al banco federal con facultad de emitir moneda (art. 75, inc. 6).

Ya sea por entenderlas como “órganos” de los poderes Legislativo y Judicial o por apreciarlas como el máximo grado de descentralización administrativa, todas estas autoridades administrativas independientes –y las otras que se creen en provecho de nuestra institucionalidad– quedan alcanzadas por el Decreto Ley 19.549/72, en los términos dispuestos por su nuevo art. 1°.

8.3. *Una definición en ocho pasos*

Para que la categoría de autoridad administrativa independiente adquiera sustantividad, debiera diferenciarse de los otros sujetos ya visitados. Si no producimos un entendimiento así, muy probablemente quedaríamos atrapados en la confusión que suele darse en el terreno de la organización administrativa y sólo aportaríamos un concepto que, seguramente, volvería a solaparse con el clásico de “entidad autárquica” o con el de “ente público no estatal”.

Por ello, si sumamos un concepto es para decir algo más (distinto) a lo que ya nos dicen otros conocidos. Es así que encuentro de utilidad asignar a la categoría de “autoridad administrativa independiente” a los entes que puedan reunir las siguientes ocho condiciones.

En primer lugar, son *autoridades*, es decir, son entes *estatales* financiados por el presupuesto general⁵⁸, que forman parte de la estructura que ejerce el poder público, como titulares originarios. Esta es la diferencia con las entidades *no estatales*: tanto por el modo de financiamiento (que en el ente público no estatal surge del aporte de los beneficiarios o afiliados, o de un tributo específico que surge de la propia actividad regulada), como por no ser delegatarios de poder público (como sí lo son las personas de derecho público no estatal, en el sentido “transestructural” antes apuntado).

En segundo orden, estas autoridades deben considerarse *administrativas* porque ejercen función administrativa, aunque se ubiquen en la órbita de los poderes Legislativo y Judicial. Si positivamente la función administrativa es la gestión directa e inmediata del interés público o la actividad permanente y concreta de satisfacción de necesidades individuales y colectivas –que es lo que hacen los órganos y entes de la Administración Pública– también es –negativa o residualmente– la actividad que sobra a los poderes Legislativo y Judicial, es decir, aquella que no se relaciona con las funciones materiales específicas de cada uno de ellos: emitir normas jurídicas generales conforme al procedimiento constitucional

58 Los presupuestos del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento se incluyen en el que corresponde al poder Judicial (art. 31, Ley 24.937, t.o. 1999), mientras que el presupuesto del Defensor del Pueblo se incluye en el correspondiente al poder Legislativo (art. 36, Ley 24.284).

para la formación y sanción de las leyes, en el caso del Poder Legislativo; decidir controversias entre partes con fuerza de verdad legal, de modo imparcial (de los litigantes) e independiente (de cualquier otro poder, estatal o fáctico), en el caso del Poder Judicial⁵⁹.

En tercer lugar, corresponden al máximo grado de *descentralización* administrativa y, por ello, forman parte de la Administración descentralizada. Esto no quiere decir que la relación principal la establezcan con el Poder Ejecutivo y que, desde ese centro, se alejen; sino que comprende un desgajamiento extremo de cualquier poder del Estado y aun de ninguno si es que no encontramos relación (como puede ser el caso del Ministerio Público). Lo que se afirma se fundamenta en la función que ejercen que, al ser administrativa, los convierte en parte de la estructura de entes de la Administración descentralizada, sea cual fuere el poder –o no– con el que se relacionen de modo más habitual.

El cuarto elemento se refiere a las posibilidades de expansión de la categoría y, en ese orden, no existe limitación para que su fuente de creación y regulación sea *constitucional* o *legal*. Al respecto, si estamos acostumbrados a repetir que al Poder Judicial le corresponde la “última” palabra en interpretación constitucional, no debiéramos menos que atribuir al Congreso la “primera” lectura de la constitución. Y esto sólo desde el plano institucional, puesto que, al lado de los poderes estatales, corresponde a la comunidad en sus más variadas expresiones, la tarea de interpretar la constitución y de exigir autoridad y legitimidad en esa labor. Entonces, si el Congreso decidiese crear autoridades administrativas independientes ubicadas –o no– en la tríada clásica de poderes, merece absoluta deferencia en cuanto a primer intérprete estatal de la constitución.

En quinto lugar, el *derecho público* es el ordenamiento que rige a este tipo de entes, es decir, están sometidos a las normas y principios del derecho administrativo y constitucional. Su norma de creación integra este ordenamiento con carácter especial y prevalente sobre el resto de las normas administrativas generales. Por ello, si bien aplicable al ente, el ordenamiento administrativo general cede, ante su oposición a la norma de derecho público de creación. Por supuesto que esto no implica que el derecho privado le sea repugnante, sino que se le aplicará en una cuota sensiblemente menor que las normas del ordenamiento público y, además, será a este último al que se acuda en primer término, al momento de proceder a la integración de los casos no previstos, lagunas y situaciones de vaguedad o ambigüedad. Por último, las manifestaciones normativas del ente también participarán del cuadro administrativo del derecho público.

En sexto orden, son entes *autónomos*, en cuanto están dotados de poderes de autonormación, tanto interna (organización, funcionamiento y administración), como externa, para regular el sector económico, social, cultural o industrial

59 Conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. IX-37/39.

asignado, mediante disposiciones generales vinculantes para terceros ajenos al ente, pero que interactúan en su radio de acción. La calidad de autónomo, permitiría a estos entes resolver conflictos entre particulares, siempre que “hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”⁶⁰.

El séptimo punto a considerar es el *campo de actuación adjudicado*, el cual puede involucrar desde un sector económico (monetario, financiero, fiscal, régimen de cambios, deuda pública) o industrial (sectores estratégicos, servicios públicos, actividades o zonas de fomento, industrias declaradas prioritarias), hasta una intervención en un área social (prestaciones previsionales y de salud, promoción de la vivienda, subsidios de emergencia, capacitación para el trabajo), pero también áreas de defensa y protección de los derechos (económicos, sociales y culturales; derechos colectivos; participación política) o netamente administrativas como el control público (auditoría de cuentas, designación y remoción de funcionarios), la educación superior y la ciencia (institutos y universidades), y la promoción de la cultura (cine, música, teatro).

Finalmente, el octavo elemento definitorio es su *independencia*, es decir, el ejercicio de sus competencias en ausencia de controles. Esto significa la inhibición de injerencias de cualquier poder en forma previa, simultánea o posterior a la decisión que corresponda al ente. Por supuesto que siempre quedará a resguardo el ejercicio del control de legalidad y constitucionalidad que corresponde al Poder Judicial, pero esto ya importa una causa iniciada por parte legitimada, sometida a reglas procesales y a los principios de contradicción, bilateralidad y congruencia entre lo peticionado y lo decidido. Lo que implica la independencia es la interdicción de controles de cualquier poder estatal, ya sean preventivos (autorizaciones o habilitaciones), concomitantes (procedimientos de “doble” firma o vetos) o represivos (revocaciones o anulaciones), respecto a las decisiones del ente; como así también la exclusión de órdenes, instrucciones o mandatos que pretendan direccionar su actividad. Esto marca la diferencia con el tipo del ente autárquico, el cual se desenvuelve bajo la “tutela” del poder central.

Por lo tanto, podemos ensayar una definición conceptual de autoridades administrativas independientes que, tomando las ocho notas definitorias recién apuntadas, quede redactada del siguiente modo: son *autoridades administrativas independientes* aquellos entes estatales (1° elemento) que ejercen función administrativa (2° elemento) en un grado máximo de descentralización (3° elemento). Su creación es de fuente constitucional o legal (4° elemento) y quedan regidos,

60 CSJN, “Ángel Estrada”, 05/04/2005, Fallos, 328:651.

prioritariamente, por el derecho público (5º elemento). Poseen autonomía (6º elemento) para definirse normativamente en el orden interno (organización, funcionamiento y administración) y externo respecto al campo de actuación adjudicado: económico, social, cultural o industrial (7º elemento), dentro del cual pueden asumir funciones para dirimir controversias entre partes. Ejercen el conjunto de sus competencias sin injerencias externas, ya sean previas, concomitantes o posteriores a su decisión (8º elemento).

Seguramente la definición pueda considerarse “extrema” o “maximalista”. Sin embargo, acepto el reto si con ello la construcción dogmática gana en utilidad, ya que de lo contrario encontraríamos serias dificultades en diferenciar a las autoridades administrativas independientes de otros tipos ya consolidados en la Administración descentralizada.

Bastaría caer en la conclusión de que muchas de las entidades que se pretendieron asignar a la categoría de autoridad administrativa independiente, no exceden el marco histórico de las entidades autárquicas. Así es lo que sucede, por caso, con el Banco Central y con los organismos de control de los servicios públicos, una vez que analizamos su régimen legal y su actuación en la realidad institucional práctica y concreta de nuestra Administración.

Por otro lado, que se postule una independencia de esas características, no implica –como no podría ser de otro modo– que el ente se desenvuelva en una “zona franca” de controles. Los habrá, quizás ejercidos por otro ente independiente, tanto respecto a la auditoría de sus cuentas, como a la evaluación de sus resultados. Pero esto ya importa un examen de la gestión del espacio económico, social, cultural o industrial adjudicado para su regulación y no una injerencia impropia de poderes externos en organismos que calificamos de “independientes”. Lo mismo con el control judicial de legalidad y constitucionalidad, el que se desarrollará en el marco de una causa con partes legitimadas, y mediando reglas y principios procesales.

Sin embargo, el único medio de garantizar un control democrático es la participación ciudadana. Efectivamente, ningún ente podría disputar autoridad ni postularse como independiente, si no resuelve, primero, su legitimidad interna, es decir, cómo va a ser su organización para reclamarnos obediencia a sus decisiones.⁶¹

Esta reseña intentó aportar al mapa de la organización administrativa, tomando como excusa la reforma al art. 1º del Decreto Ley 19.549/72.

61 Intento explorar cuatro alternativas de organización que pueden adoptar las autoridades administrativas independientes para legitimarse democráticamente y, así, disputar autoridad a los otros poderes estatales, KODELIA, Gonzalo Sebastián, *Autoridades administrativas independientes: entre la técnica y la política. Historia, justificación y crítica*, José C. Paz, Edunpaz, 2024, pp. 293 y ss. También disponible como ebook: <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/view/95/108/381-1>

El diseño institucional que demos a nuestra república no es un ejercicio menor, sino que representa el cauce por el cual transitarán los derechos y, más aún, nos dirá cuán dispuestos estamos a profundizar la democracia en nuestro país.

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Es Abogado y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Autor de libros y otras publicaciones sobre la especialidad. Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

PRINCIPIO DE JUSTICIA, LA IGUALDAD Y EL ABSTENCIONISMO

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad
de Buenos Aires; Secretario Legal y Técnico
de la Municipalidad de Lanús.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La matriz occidental en la gobernanza, según la perspectiva de Foucault. 3. Los principios generales del Derecho, y en especial, los principios generales del Derecho administrativo. 4. El principio de justicia en el ámbito del Poder Ejecutivo. 5. El institucionalismo trascendental y el enfoque comparativo. 6. El principio de justicia material en la doctrina de la PTN. 7. Igualdad y justicia. 8. Categorías de protección diferenciada del no vulnerable. 9. Abstencionismo. 10. El contexto justificable.

I. INTRODUCCIÓN

En un escrito técnico de las ciencias jurídicas, no suele ser necesario llevar a cabo un desarrollo sobre las razones primeras del objeto científico analizado.

Sin embargo, cuando se dan distorsiones coyunturales severas sobre el sentido de la operación jurídica, acaba siendo determinante apoyarse en las raíces conceptuales que les dan sentido a los institutos, tal como fueron planteados en su primera elaboración.

Hay ciertos momentos de duración acotada, donde lo valioso es denostado, en los que se victimizan los violentos, cuando los conceptos éticos son apropiados por los inmorales, en tiempos donde lo injusto se vuelve obligación, cuando el lenguaje aberrante estriba en el ataque redoblado a la víctima, donde el Estado funciona para la destrucción del Estado, y no sólo eso, sino que tal destrucción, además, es festejada, aplaudida y celebrada por quienes se dedican a trabajar en asuntos del Estado, sin terminar de entender que socavan el suelo que pisan, confiando en ebrios gurúes que nada saben pero que todo lo improvisan.

El Gobierno, actuando en tales formas, no es sino posible representarlo como la balsa remanente de un naufragio, en la que quedan a la deriva muchos, pero sobreviven unos pocos: los más violentos y los más acomodados¹.

1 La alegoría proviene de la obra denominada “La Balsa de la Medusa”, Museo del Louvre, 1818-19, de Jean Louis Théodore GÉRIKAULT.

Ante tantos excesos, ruidos y fórmulas de reflujo, se dan progresivamente acciones que traen necesarias reacciones hacia modos de operación más razonables.

El Estado, como cualquier organización inextinguible, no escapa a tales procesos. Por esto, la disonancia y el ataque al cuerpo social no están llamados a perdurar, ni lo pueden hacer, porque la naturaleza de una gran organización es lograr una gobernanza en favor de los individuos considerados en conjunto.

Así, el derecho, no siempre, pero en ciertos momentos, requiere de herramientas y datos que se extraen de la filosofía, de la ciencia política, de la sociología y de la historia, para lograr un grado mínimo de funcionalidad, a través de la provisión del sentido.

De esta manera, se generan condiciones válidas de producción científica, cuando las afirmaciones de fuerza sólo logran exteriorizar una voluntad totalitaria –la que necesita de formas violentas y de sujetos violentados–, con el objetivo específico de promover bienestar únicamente para quien se encuentra detrás de la producción normativa direccionada a su favor.

Las sociedades sufren las consecuencias de estos repartos selectivos autogenerados, (productores jurídicos que producen normas para sí mismos) hasta que se genera un quiebre que impide seguir tolerando tal reparto injusto, reparto revestido de derecho, que tiene raíces que únicamente llegan a las turbias aguas de la violencia social, de la denostación del diferente, de la persecución de la minoría, de la mentira descarada y de la corrupción sofisticada, todo cargado sobre una endeble deshonestidad académica apoyada sobre bases pseudo científicas, precopernicanas.

Superados los calendarios y, justamente, por razón de la persistencia del reparto injusto, aparecen fórmulas de una nueva juridicidad, porque las sociedades siempre dispusieron, disponen y dispondrán del derecho a la paz: lo ejercitan siempre, e incluso, si el agravio es muy fuerte, a costa la propia vida de los individuos.

En escritos jurídicos suele ser innecesario, pero en estos tiempos, es ineludible partir de parámetros elementales y estructurales de juridicidad científica².

2. LA MATRIZ OCCIDENTAL EN LA GOBERNANZA, SEGÚN LA PERSPECTIVA DE FOUCAULT

Como matriz de poder, la cosmovisión occidental se estructura en que exista un guía cuya suerte será también la de sus seguidores, ya que existe una *comunidad de destino* entre el pueblo y sus gobernantes³.

2 Al respecto, ampliar en NIELSEN ENEMARK, Carlos A., *Teoría General del Derecho Administrativo (o sobre la autonomía en el Derecho Administrativo)*, 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Carlos Alejandro Nielsen Enemark, 2021.

3 FOUCAULT, Michael, *Seguridad, territorio, población, Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica, quinta reimpression, 2016. Ver clases de 8, 15 y 22 de febrero. Allí, en especial, se señala: “Si el jefe extravía el rebaño o el magistrado no dirige bien la

El sistema presidencialista de la arquitectura constitucional argentina participa y se informa con tal referencia conceptual, haciendo, sólo del titular del Poder Ejecutivo, el responsable de los repartos⁴.

Entonces, bajo tales parámetros, el Estado opera en función administrativa direccionando los repartos, donde sea que lo requiera el bienestar general⁵ o el bien general⁶, decidiendo legislativamente y asignando ejecutivamente, por conducto de poderes separados, parámetro elemental del sistema republicano⁷.

Ciertamente, la ejecución de la gobernanza aparece como una modalidad aplicada de justicia distributiva, donde existen *bienes* que son distribuidos en geométrica proporción en favor del todo⁸, en favor de quienes integran la sociedad que constituye el mismo sistema: individuos que son sujetos de gobierno, a la vez que son los componentes del gobierno, no sólo por ser necesaria su legitimación de gobierno, sino por constituirse como actores centrales de la gobernanza⁹.

En efecto, en un momento del tiempo, en percepciones sobre trabajos de Maquiavelo, el gobierno de las poblaciones aparece como algo muy diferente al mero ejercicio de la soberanía, en cuanto a que la población aparece como sujeto político¹⁰,

Estos bienes a ser distribuidos adquieren diferentes formulaciones, aunque para el sistema de Derecho administrativo, se engloban bajo un título ubicuo: el acto administrativo, técnica de disposición de los derechos y obligaciones de los individuos, y que se encuentra íntimamente ligada al Estado Moderno.

De ahí que aparezca una faceta central de la declaración, consistente en ser el vehículo de los repartos de la gestión de gobierno.

Por esta razón, el derecho se preocupó históricamente en construir y signar sus requisitos esenciales, los que, individualmente cada uno de ellos y ellos recíprocamente necesitados unos con otros, reducen la discrecionalidad. Una de las necesidades de evitar la discrecionalidad administrativa consiste en que el reparto sea justo, y que los despachos administrativos no se tornen en meras ejecuciones de la coerción o en el dispendio de lo común.

ciudad, uno y otro pierden a sus dirigidos y se pierden con ellos. Esta comunidad de destino (...) se justifica por una suerte de reciprocidad moral, en el sentido de que, cuando las calamidades se abaten sobre la ciudad o el hambre dispersa al rebaño, ¿quién es el responsable? En todo caso, ¿dónde buscarse la causa, el punto partir del cual se abatió esa desdicha? Es preciso, claro está, buscar por el lado del pastor y del jefe o el soberano..." (pág. 196).

4 V. Arts. 87 y 99, Constitución Nacional.

5 Preámbulo de la Constitución Nacional.

6 Art. 75, inc. 2, Constitución Nacional.

7 Art. 1, Constitución Nacional.

8 ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Editorial Gredos, Madrid, 1985, Libro V, Capítulo 3, pto. 1131b.

9 FOUCAULT, M., *idem*, v. Clase del 25 de enero de 1978, en especial, v. pp. 91 a 97.

10 *Ídem*, pp. 87 a 88.

Ahora, la ejecución de lo administrativo se fundó principalmente en la legalidad¹¹, en la modulación de que la razonabilidad obligada que debería contener la ley, impediría que se asignen bienes o se detraigan derechos de manera injustificada¹².

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Y EN ESPECIAL, LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tanto en doctrina más añeja¹³, como en literatura reciente extranjera¹⁴ y local¹⁵, se puede apreciar que los principios generales del derecho no disponen de un antecedente o un consecuente, tal como lo hace una norma. Aunque sí disponen de un enunciado deóntico, es decir, postulan un *deber ser*. La norma aparece completa, e incluso, conformada por una formulación trialista¹⁶ y como “captación lógica neutral de repartos proyectados”¹⁷.

Según Alexy, se tratan de mandatos de optimización. Dice el autor: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización”¹⁸

Naturalmente, ese postulado deóntico de los principios importa no sólo un llamado a la acción bajo parámetros específicos en base a valores, sino que, además, ese llamado a la acción está provisto de una fuerza obligatoria aunque de índole moral; no surge una obligatoriedad de índole jurídica, tal como lo tiene una norma.

Por ejemplo, a pesar de estar positivizado¹⁹ –y, por ende, de carecer de aplicaciones prácticas efectivas–, el principio de buena fe, por el que se presupone que todas las partes actúan conforme a *lo que ellas creen que es correcto*, parte de la base de que las relaciones humanas no pueden estar gobernadas válidamente por lo *incorrecto* que llame a la absoluta desconfianza entre las personas, ya que

11 FOUCAULT, M., *idem*, v. Clase del 1 de febrero de 1978, en especial, v. p. 125.

12 LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2009, Nro. 137, pp. 89 y 90.

13 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 5ª Edición ampliada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

14 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

15 CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015.

16 GOLDSCHMIDT, Werner, *idem*, pp. 18 a 33.

17 GOLDSCHMIDT, Werner, *idem*, p. 14.

18 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza, Palestra Editores, Lima, 2007. p. 458.

19 V. Art. 1 *bis*, Ley 19.549 (B.O. 27-04-1972) y modificatorias.

vivir de esa manera sería imposible. Es decir, el valor *confianza* es uno de los valores que subyacen en el principio de buena fe.

Sin embargo, no es posible precisar con certeza los presupuestos y las consecuencias de aplicar principios generales del derecho, ya que, justamente, los principios, si bien pueden disponer de cierta operatividad, no cuentan con una razón jurídica a partir de la cual tornarlos exigibles por sí mismos. Nada cambia el hecho de estar escritos dentro de una ley, si es que no se prescriben conductas específicas a partir de las cuales tornarlos imperativos²⁰.

Según doctrina referida, los principios son maneras de complementar un positivismo en declive, un positivismo que aparece con carencias o con posiciones insuficientes para dar respuestas a las demandas en la estructura para hacer los repartos necesarios^{21 22}.

Los principios generales, por su parte, además de receptor valores y de eventualmente plasmarse en una norma escrita, proveen formas explicativas de las razones comunes de diferentes casos.

Ahora bien, en Goldschmidt, el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente a los valores. Antes bien, los repartos y las distribuciones, en una formulación completa, deben realizarse en base a una concepción trialista del ordenamiento, con dimensión *sociológica*, *normológica* y *dikelógica*. Así, el ordenamiento, según su concepción, y bajo la lectura de Cassagne, debe contener “normas, conductas y valores”²³.

Bajo la lectura de Ciuro Caldani, es interesante observar la concepción trialista en razones de estrategia jurídica²⁴.

20 Al respecto, ampliar en GODLSCHMIDT, W., *idem*, donde la norma cuenta con funciones, estructura y un funcionamiento (interpretación, determinación, elaboración, aplicación) que no disponen los principios que son solamente enunciados. En tal sentido, es posible entender que la técnica legislativa empleada en las recientes modificaciones de la Ley 19.549, por la que se incorpora un elenco de principios generales, impide dotarlos de consecuencias prácticas reales, y como tales, son fuentes certeras de inseguridad jurídica. Si el principio de buena fe tuviera por consecuencia real sacar del procedimiento a quienes tuvieran mala fe, el Estado dispondría de una prerrogativa abyecta, cuando esa frontera quedaría en la sola creación del funcionario en el caso concreto: se signaría cualquier cosa con el timbre de la mala fe y el Administrado quedaría, sin más, afuera. En efecto, dice la norma: “Tanto la Administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos”, pero ello no trae aparejado especificaciones de detalle ni pautas de gradualidad, ni tampoco referencias fijas sobre las que ajustar la aplicación de la consecuencia: por ejemplo, lealtad, ¿a quién debe ser dada?

21 GOLDSCHMIDT, Wegner, *idem*, v. Capítulo 1, Obertura.

22 CASSAGNE, Juan C., *idem*, v. “Capítulo 1, El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico”.

23 CASSAGNE, Juan C., *idem*.

24 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Trialismo y estrategia: nuevos aportes a la estrategia jurídica”, en *Investigación y Docencia* N° 47, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2014, páginas 123 a 153.

En Sammartino, podrían apreciarse las razones de la concepción trialista del ordenamiento en los resultados múltiples y polifacéticos de la formulación de la tríada basal material que configura el Estado Constitucional Social de Derecho²⁵, de manera que esta doctrina también aparece en la aplicación del Derecho constitucional.

4. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO

En esta concepción del ordenamiento trialista, el reparto que se genera a través Derecho administrativo, por conducto de la ejecución de la función administrativa, aparece como un fenómeno jurídico. De esta manera, aplicando la teoría trialista a esta rama del Derecho público, se puede decir que la función administrativa es una manifestación de los repartos, y si el reparto es no ejemplar, está *fuera de orden*, es *ilícito* y, por tanto, es *injusto*²⁶.

A *contrario sensu*, los repartos del ordenamiento administrativo deben darse según el principio de justicia.

Esto supone en concreto que la gestión de la función administrativa trae aparejada la tarea de integrar las dimensiones y ejecutar la formula trialista, lo que consiste, específicamente, en que la Administración debe verificar el orden de repartos (dimensión sociológica), el orden normativo (dimensión normativa), y el régimen de justicia en el reparto (dimensión dikelógica)

Ahora bien, algo que parecería evidente en la secuencia del razonamiento, pero que no ocurre necesariamente, es que los repartos (y las normas que en su consecuencia se dicten), van a derivar de las valoraciones que se hagan desde el ejercicio de la función administrativa. Pero la anormalidad que se pretende señalar –razón fundante del presente trabajo– es que las valoraciones no provienen necesariamente del ejercicio de la función administrativa, sino que se originan en los intereses de sectores particularizados ajenos a la gestión de lo público.

En lo que hace al Estado en su conjunto, es decir a los tres poderes operando como un todo y operando en forma aislada, hay una valoración sobre la justicia. El Poder Judicial es quien ejercita, por excelencia, el principio de justicia. Ahora bien, también existe un reconocimiento y una aplicación de la justicia, tanto en el Poder Legislativo, como en el Poder Ejecutivo. Incluso, también fue sindicado,

25 La tríada basal material del derecho administrativo argentino actual, al decir de SAMMARTINO, compuesta por la dignidad humana, los derechos humanos fundamentales y principio *pro persona*, no sólo se encuentra detallada en algunos de sus escritos (v. “La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la ‘cosa juzgada administrativa’ al ‘área de estabilidad’”, publicada en Diario La Ley del 20 de mayo de 2019, p. 1 a 8; y “Las bases de la responsabilidad del Estado”, publicado en *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*, Año 5 No 5, Buenos Aires, 2021, pp. 155 a 237), sino que el concepto atraviesa su obra doctrinaria.

26 GOLDSHMIDT, Werner, *idem*.

en los términos de la responsabilidad patrimonial estatal, como *principio de justicia legal, natural o general*²⁷ 28.

Cabe señalar que ahora no corresponde adentrarse en la justicia involucrada en una ley, una sentencia o un procedimiento jurisdiccional.

En esta parte, se puede señalar que la justicia en el Derecho administrativo es predicable en la estructura normativa y organizativa (infraestructura institucional que crea el contexto) y en el reparto específico a través del acto administrativo.

Como método, a los fines de lograr razonamientos en el contexto de la obra de Sen²⁹, es interesante pensar la idea de la injusticia. Podría ser tarea de la doctrina hacerse el siguiente cuestionamiento: *¿es necesario lograr algún acuerdo sobre los tipos de censura respecto a la injusticia?*

Tal cuestión adquiere relevancia, porque las soluciones sobre la justicia traen aparejadas una distribución equitativa, es el ejercicio directo y práctico de las formas de llevar a cabo la paz social, son la base para que funcionen los derechos fundamentales, y en la valoración justa aparece el equilibrio en el reparto, lo que habilita o evita el control judicial.

Fiorini, en una línea doctrinaria que se extravió en el tiempo señalaba, en análisis del acto administrativo, que: “No se trata del simple tratamiento igualitario, también deberá darse la exhaustiva realización de la justicia, de acuerdo con las necesidades públicas que satisface la colectividad organizada por medio del poder administrador”³⁰.

Además, la mirada del autor se apoyaba en un entramado complejo, lo que no se suele enseñar en la actualidad en las cátedras de Derecho administrativo, pero es interesante analizar. Fiorini decía que, en el acto administrativo, los elementos sustanciales operan *consustanciados*. Decía que la *legitimidad* consiste en las normas que reglan la creación del acto, pero que el *mérito* no es un elemento normado, sino que es valor administrativo inherente a la actividad pública estatal que debe satisfacer *justicieramente* necesidades colectivas, por lo que el mérito aplica sobre el contenido del acto creando interés público, sobre lo que reposa el control judicial³¹.

27 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, p. 272; y *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 144.

28 GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado”, Capítulo IX, p. 404, donde se entendía como fundante de la defensa del administrado. Gordillo también entendía el principio de justicia natural como *imparcialidad* y regla contra el perjuicio (v. ídem, p. 427).

29 SEN, Amartya K., *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Buenos Aires, 2011.

30 FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 384.

31 FIORINI, B., ídem.

Así, en la mirada del citado doctrinario, hay valor cuando el acto administrativo es útil a la colectividad, en un tiempo oportuno, en forma conveniente y es justo. Esta idea de justicia suponía la distribución equitativa según necesidad, lo que era realizado por medio del poder administrador. No sólo se trata de la distribución del reparto, sino que el Derecho debe observar el interés público³².

En suma, es posible pensar al principio de justicia en el contexto del acto administrativo, como pauta relativa de asignación de títulos jurídicos, observando igualmente a los demás involucrados en la gestión del interés público, de manera de evitar, a toda costa, repartos a un sector privilegiado.

5. EL INSTITUCIONALISMO TRASCENDENTAL Y EL ENFOQUE COMPARATIVO

¿Cómo es posible precisar la sociedad justa?³³ Sen plantea que hay dos caminos o mecanismos para hacerlo: el institucionalismo trascendental y el enfoque comparativo³⁴.

El institucionalismo trascendental, dice, supone proponer una sociedad justa ideal perfecta, de la que participan todos los actos que se dan en el mundo de la realidad. Es decir, el fenómeno de la participación de lo real en lo idea es lo que va a regir este mecanismo para identificar las razones de justicia.

Así, en lo que hace al Derecho, un modelo constitucional perfecto va a ser la pauta a la que se deben sujetar los múltiples actos administrativos, las leyes y las sentencias.

Ciertamente, indica, son muy valiosas las obras diseñadas desde el institucionalismo trascendental. Existen muchos trabajos a lo largo de la historia de la filosofía que plantean un modelo de sociedad en el que una idea labrada por pensadores comienza a regir las situaciones de la realidad. Entre estos autores podemos ver a Platón, Aristóteles, San Agustín, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, Dworking y Rawls.

Ciertamente, Rawls señala que “una sociedad bien ordenada”, es decir, aquella “efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia” va a disponer de (i) una cooperación social con los rasgos de contar con reglas y procedimientos públicamente reconocidos que los cooperantes aceptan para regular su conducta, (ii) términos equitativos de cooperación y (iii) una ventaja racional, que consiste en aquello que hace al propio bien de quienes participan en la cooperación. Incluso, el propio autor reconoce lo idealizado del planteo, al decir:

32 FIORINI, B., ídem, ver capítulo “VI. El acto administrativo”, pp. 381 a 460, en especial, el punto 2, denominado “2. El acto administrativo legal. Mérito y legitimidad. Elementos de la legitimidad del acto administrativo”.

33 Nótese que no se plantea la posibilidad de la existencia de una sociedad justa, sino que eso se da por hecho.

34 SEN, A., ídem.

“La idea de una sociedad bien ordenada es, a todas luces, una muy considerable idealización”.³⁵

Incluso, Rawls va más a fondo con la afirmación y plantea que el modo en que encajan las principales instituciones políticas y sociales en una sociedad es a partir de la concepción de una *estructura básica*. Esta estructura básica consiste en “el marco social de trasfondo en cuyo seno tienen lugar las actividades de las asociaciones e individuos”. Por ejemplo, constituyen la estructura básica la “judicatura independiente, las formas legalmente reconocidas de propiedad y la estructura de la economía (...)”³⁶. Es decir, propone lo ideal de lo ideal.

Sen señala que existen dos dificultades inherentes a los planteos de índole netamente idealista, como lo es el institucionalismo trascendental.

En primer lugar, señala que no es sencillo lograr un consenso razonado con respecto a qué es una sociedad justa, porque cada individuo optará por la solución que mejor se acomode a sus concepciones: ésta es la cuestión de la *factibilidad*. En segundo lugar, arribar a una conclusión de justicia en el mundo real supone “escoger entre alternativas factibles y no una identificación de una situación perfecta posiblemente no disponible”, lo que es el problema de la *redundancia*.

La dificultad de la factibilidad es un problema propio del institucionalismo trascendental, que lleva a que un diagnóstico que pudieran darse en su seno es “incurablemente problemático”, lo que importa que la estrategia entera del institucionalismo trascendental queda “muy dañada”³⁷.

La ruta comparativa es la posible solución a este inconveniente de la factibilidad. La teoría de la elección social³⁸ consiste en el procedimiento a partir del cual se construye un orden de preferencias sobre estados de cosas desde el punto de vista social³⁹. Esta teoría contempla la posibilidad de efectuar comparaciones sobre lo realmente factible antes que la búsqueda de lo ideal⁴⁰.

Las notas características de la teoría de la elección, en la construcción de Sen, son: *a)* énfasis en lo comparativo y no sólo en lo trascendental; *b)* reconocimiento de la ineludible pluralidad de los principios rivales; *c)* permitir y facilitar el reexamen; *d)* permisibilidad de las soluciones parciales; *e)* diversidad de interpretaciones e insumos; *f)* énfasis en articulación y razonamientos precisos; *g)* papel del razonamiento público en la elección social⁴¹.

35 RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*. Paidós, Buenos Aires, 2004, pp. 29 a 33.

36 RAWLS, ídem, p. 33.

37 SEN, A., ídem, pp. 41 a 43.

38 SEN, A., ídem, p. 121 y ss.

39 SEN, A., ídem, p. 125.

40 SEN, A., ídem, p. 136.

41 SEN, A., ídem, pp. 136 a 141.

Por otra parte, es relevante centrarse en una justicia basada en logros, enraizada en las vidas, experiencias y realizaciones humanas, a los fines de resolver el inconveniente de la redundancia. La realidad efectiva de las vidas humanas es la que marca la agenda de las diferentes clases de vidas, en las que la libertad va a tener diferentes grados de contribución al bienestar: la libertad real dará la oportunidad de decidir qué se debe hacer, lo que supone responsabilidades, o –al decir del autor– “demandas deónticas”⁴².

Por eso, dice que debe existir un doble cambio de rumbo: tomar la ruta comparativa en lugar de asumir como válido el trascendentalismo (resolver el problema de la factibilidad), así como concentrarse en las realizaciones reales de las sociedades y de sus individuos (logros) antes que en las instituciones y sus reglas (resolver el problema de la redundancia)⁴³.

Estas serían las maneras que existen para evitar la “justicia en el mundo de los peces, donde el pez más grande puede devorar libremente al más chico”⁴⁴.

En nuestro ámbito jurídico es posible pensar en un mecanismo para precisar la construcción de la justicia, en base al Derecho administrativo y, sobre todo, por el Derecho administrativo. Esta justicia no es indiferente a lo que las personas puedan realmente vivir o experimentar, sino que deriva de los casos de la realidad, que en nuestra ciencia son los dictámenes y las sentencias, que no se dan de un modo estático, sino que son parte de un proceso de construcción iterado, donde se elaboran soluciones actuales, tomando como punto de partida, el punto al que se arribó en las soluciones anteriores.

Es decir, la construcción del Derecho es una continuación temporal de soluciones encadenadas. De ahí que el principio de progresividad sea consustancial al Derecho público como un todo.

6. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL EN LA DOCTRINA DE LA PTN

Muy antiguamente, en la Procuración del Tesoro de la Nación se habló de “justa interpretación”, en un caso en el que un militar había sido herido gravemente e incapacitado para la vida civil y solicitó el retiro fuera del plazo. De haberse aplicado en rigor el instituto del “retiro del interesado por inutilización” (instituto previsto en la normativa, según se glosa en el dictamen), el militar herido no hubiera podido acceder al retiro. Así, en empleo del criterio de justicia, la Procuración del Tesoro entendió que debía otorgarse el derecho, más allá de que hubiera hecho el pedido fuera del plazo⁴⁵.

42 SEN, A., ídem, pp. 50 a 51.

43 SEN, A., ídem, p. 41.

44 SEN, A., ídem, p. 19.

45 V. PTN, Dictámenes 1:55, del 14 de enero de 1942.

Allí se señaló: “Hay cierta clase de relaciones entre el Estado y sus servidores, en que la observancia ciega de dicha regla general [en referencia a la prescripción] podría ser causa de soluciones injustas...” ya que la “finalidad esencial [es] la protección social”⁴⁶.

Existen otros dos dictámenes específicos del Máximo Organismo Asesor del Poder Ejecutivo Nacional.

Se trata de las opiniones vertidas en Dictámenes 255:262 y en Dictámenes 269:3. Son esencialmente similares, por lo que basta con tratar el primero de ellos.

Una viuda pidió una pensión por el fallecimiento de su esposo, un prefecto. Una parte, si bien habría sido pedida, no se la liquidaron. De la lectura, parecería que la Administración extravió las actuaciones y la cuestión acabó prescribiendo. En los muchos años, la situación de la peticionante se volvió crítica y de extrema vulnerabilidad, mientras que se fueron dando varias intervenciones hasta que la cuestión llegó a la Procuración. En ese organismo de asesoramiento se dijo que es posible dispensar la prescripción en base a las circunstancias del caso, a los principios morales, de solidaridad social y de justicia material⁴⁷.

Esta opinión, analizada desde la perspectiva del trialismo de Goldschmidt, se construyó en base a las circunstancias que aparecen como las *conductas*, los principios morales y de solidaridad social que surgen como los *valores*, y el principio de justicia material, que quedaría erigido a posición de *norma*.

Así, aparecen las tres dimensiones de la teoría trialista, *conductas*, *valores* y *normas*, en el que el principio de justicia material sería la razón jurídica fundamental para superar la obligatoriedad de la prescripción.

De estos casos se puede extraer que el principio de justicia es aplicable directamente cuando se dan cinco condiciones: *i*) El remedio es un acto favorable (por ejemplo, otorgar la pensión). *ii*) Preexiste una obligación natural que recepta un valor social (la obligación existía en el caso). *iii*) Hay una dificultad formal para otorgar el acto (obligación prescripta). *iv*) Se da un estado de extrema necesidad o de vulnerabilidad (circunstancias personales). *v*) Existe una necesidad de lograr una igualación entre desiguales (la necesidad de igualar sobrepasa el deber de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno).

Desde luego, el principio de justicia no es norma, obligatoria como tal. Tal como se señaló, comprender los principios sirve para explicarnos la realidad circundante que en nuestro caso es el Derecho.

7. IGUALDAD Y JUSTICIA

En la distribución justa (comprensiva de la equidad) es que se produce la igualdad. Así se señala en la *Ética a Nicómaco*, donde la referencia es “lo justo

46 Ídem.

47 V. PTN, Dictámenes 255:262.

será un término medio e igual en relación con algo y con algunos”⁴⁸. Es decir, entra a ser considerado un objeto y varios sujetos al posicionar el término medio, que observa a ambos como término de referencia relativa.

Y las personas, para disponer de partes iguales, deben ser iguales. Dice el filósofo: “De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales”⁴⁹.

La igualdad, retomada posteriormente en el tiempo y hacia los postulados de la Revolución Francesa, significaba la eliminación de los títulos nobiliarios. En contrapunto, hacia el restablecimiento del imperio en los años 1804 a 1814, Napoleón creó una nueva nobleza, resurgiendo la desigualdad⁵⁰.

Montesquieu vincula el concepto de igualdad al de riqueza: se apoya en la idea *mientras todos dispongan de las mismas riquezas, no habrá desigualdad*. En ese término, el principio de la democracia se corrompe por la pérdida del espíritu de igualdad; lo mismo ocurre ante la existencia de la igualdad absoluta, la que supone que se establecen en mismo estrado, tanto los gobernantes como los gobernados, quienes ya dejan de obedecer, porque disponen de igual autoridad⁵¹.

Y si bien pareciera que no es necesario decirlo, al establecerse un sistema constitucional liberal como lo es la Constitución Nacional argentina⁵², sin títulos nobiliarios o rotulaciones específicas de escalas sociales, la igualdad es estructural, necesaria y funcional, es parte integrante del sistema, cuando el sistema *per se* no crea desigualdades.

En ese sentido, la fórmula interpretativa de nuestro Máximo Tribunal Federal se escribió de esta forma: “no resulta afectado el principio de igualdad cuando se confiere un tratamiento diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas”⁵³.

Si bien la Corte señala igualdad en igualdad de posiciones, la igualdad supone que no se corra de posición al individuo de manera injusta. Esa y no otra es

48 ARISTÓTELES, ídem.

49 Ídem.

50 MIGNET, Françoise-Auguste, *History of the French Revolution from 1789 to 1814*, BiblioBazaar, 2006. Dice el citado autor: “All material interests, all ambitious passions, were hierarchically arranged under one leader, who, after having sacrificed liberty by establishing absolute power, destroyed equality by introducing nobility” (p. 388). En traducción libre, quiere decir: “Todos los intereses materiales, todas las ambiciosas pasiones, fueron ordenados jerárquicamente bajo un líder, quien, después de haber sacrificado la libertad estableciendo el poder absoluto, destruyó la igualdad introduciendo la nobleza”.

51 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2014. Al respecto, v. Libro VIII, Capítulo II.

52 V. Art. 16, Constitución Nacional.

53 CSJN, Fallos: 315:135; 329:4349; 339:245; 340:437, entre muchos otros.

la concepción originaria de la justicia. Igualdad y justicia se solicitan mutuamente; no puede existir una sin la otra.

En nuestro sistema normativo, la igualdad tiene un posicionamiento relevante, aunque el principio de justicia en los repartos estatales, si bien, inherente al propio sistema constitucional, nunca tuvo recepción específica, y cuando fue señalado en la doctrina, no fue referido como tal.

8. CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN DIFERENCIADA DEL NO VULNERABLE

Ely⁵⁴, al conceptualizar las categorías sospechosas, propone que la protección de minorías insulares se genera por aplicación del pluralismo y de un sistema de lista⁵⁵, sin perjuicio de una protección de otros derechos que pueden no encontrarse escritos en la Constitución⁵⁶. De esta manera, las leyes deben fundarse suficientemente en estos modos de protección, y si dichas disposiciones legislativas tienen otros objetivos, estarían generando una “clasificación sospechosa”⁵⁷, o “categoría sospechosa” en el Derecho local. La clasificación como *sospechosa*, analizada bajo el tamiz del *escrutinio estricto*, es identificada como legislación en contra de las minorías discretas e insulares, las que requieren un cuidado judicial especial⁵⁸. Además, hay que considerar las acciones positivas o discriminación inversa⁵⁹ y los derechos procesales de las minorías^{60 61}.

En ese sentido, la *categoría sospechosa* otorga una presunción en contra de quien la promueve y a favor de la víctima, en la razonable comprensión de que hay derechos que deben ser protegidos por la propia naturaleza del derecho. Pero tales categorías sospechosas no alcanzan a generar una protección normativa de Derecho positivo; sólo generan una presunción en favor del grupo minoritario postergado a partir de lo cual se invierte la carga de la prueba.

Sin embargo, esta matriz queda severamente trastocada. No existía hasta la sanción de la Ley 27.742⁶², lo que se puede denominar la categoría de “protección diferenciada del no vulnerable”, como lo es el *contratista estatal*.

54 ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Traducción de Magdalena HOLGUÍN, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

55 ELY, J. H., ídem, v. p. 104.

56 ELY, J. H., ídem, v. p. 97 y sigs.

57 ELY, J. H., ídem, v. p. 178.

58 ELY, J. H., ídem, v. p. 184.

59 ELY, J. H., ídem, v. p. 204.

60 ELY, J. H., ídem, v. p. 205.

61 V. NIELSEN ENEMARK, C., ídem., 99 y ss.

62 B.O. 8-7-2024, que modifica a la Ley 19.549. Al respecto, v. Art. 23, inc. e) del texto de la Ley N° 19.549. Allí se aprecia, en específico, sin ponderar contra el resto del sistema, en lo que hace a la impugnación judicial de los actos administrativos: “Artículo 23. El administrado

Sí existían previamente a dicha ley, ciertas protecciones diferenciadas, pero siempre se trataba de débiles, vulnerables o de minorías insulares: *consumidores y usuarios de bienes y servicios*, por ejemplo, que disponen de numerosas protecciones⁶³.

En efecto, la nueva norma permite una protección diferente si se trata de un acto dictado en los términos de un contrato, mas no existe tal protección si se trata de otro tipo de procedimiento administrativo, a pesar de que exista una sustancia que merezca tal protección. Se llegaría al absurdo de que un contratista estatal dispone de un elenco de herramientas protectorias mejores a los que cuentan quienes deben resguardar sus derechos fundamentales. En ese sentido, frente al Estado, está mejor posicionado un contratista estatal que quien ve peligrar su vida, es atacado en su religión o es discriminado por su elección sexual.

Entonces, las categorías de protección diferenciada del no vulnerable se constituyen, al final del camino, en *discriminación positiva*, la que es razonable, cuando existe la necesidad de proteger a quien dispone de una posición que alguna vez podrá recaer en quien dicta la norma: así, la protección a la vida hace a la pervivencia del sistema, porque si el gobernante de turno no respeta la vida, ¿qué impedirá que el gobernante siguiente no respete la suya?⁶⁴. Y así con el resto de la lista de derechos.

Una categoría sospechosa otorga presunciones en contra de la discriminación dada sobre un grupo minoritario: la razón de ser, según la Corte norteamericana, se basa en que las categorías generan sentimiento de inferioridad y hay estándares que no pueden tener lugar⁶⁵.

Pero la categoría de protección diferenciada del no vulnerable no concluye en presunciones, sino que otorga, lisa y llanamente, protecciones, y lo hace a favor de un grupo que se dice minoritario: *el contratista estatal*, en este caso.

Pero el posicionamiento valorativo que adquirirán los diferentes grupos (por ejemplo, protegidas minorías ambas según las normas: alguien discriminado por su religión; el contratista estatal), no devendrá necesariamente de la letra de

cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando: (...) e) Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso a) del artículo 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

63 Al respecto, v. Art. 42, Constitución Nacional; la Ley 24.240 (B.O. 15-10-1993), etc.

64 V. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *The federalist: a collection of essays, written in favor of the new Constitution, as agreed upon by the Federal Convention*, September 17, 1787. Vol. 2, Nro. LI, último párrafo, pp. 120 a 122.

65 USSC, “Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U.S. 483 (1954).

la Ley 19.549, sino de la justicia que el sistema constitucional debe a cada uno; pero no sólo el sistema otorgando el reparto singular e individualmente, sino el observado el reparto entre los muchos beneficiarios del sistema.

Ahora bien, la justicia de una u otra categoría (la *sospechosa* y la de *protección diferenciada del no vulnerable*) será según el valor del contenido que tutelan: se deben a éste, *participan –o no– de la justicia y adquieren forma –o no– según la esencia del derecho en juego.*

El derecho en juego, en un caso, se tratará del libre ejercicio de la religión, por ejemplo; en otro, de la tutela judicial diferenciada del contratista estatal.

¿Qué los diferencia? Que uno hace a la esencia del individuo y otro no. Las personas *son* por ciertos atributos que el derecho los positiviza, de ahí la esencialidad de ciertos derechos (protección positiva: vida, trabajo, reunión, libertad en todas sus formas, circulación, etc.; y protección por presunción de categorías sospechosas: raza, orientación sexual, culto, origen nacional, etc.). Tales derechos hacen al ser, constituyen al individuo, lo informan, le dan su *forma sustancial*.

Pero hay derechos que reconocen las normas que no hacen a la persona como tal, aunque pueden adjudicar cualidades accesorias. Por ejemplo, la calidad de elector o elegido del sistema electoral, la posibilidad de ser un sujeto pasible de regulación, la calidad de contratista estatal, etc. Ahora, ¿por qué se seleccionó al contratista estatal como una categoría protegida, ya que no se trata de un vulnerable? No existe racional sistémico alguno que haya sido manifestado expresamente, ni tampoco se percibe que esa calidad necesite de tal protección. Incluso, no se aprecia que aparezca como un *necesitado* o *vulnerable*.

De ahí que sea central verificar el valor que se le concede a ese grupo minoritario, y de ahí que el Poder Judicial pueda interpretar que todos y todas gozan de esa protección (pueden razonar así: *si el contratista estatal tiene esta protección, ¿cómo no la van a tener los individuos?*).

En suma, en la Ley de Bases, el contratista estatal se verifica como un grupo minoritario que goza de una protección diferenciada, no es vulnerable y no se encuentra señalada la necesidad de su protección.

Esto es inconveniente para el sistema de garantías en su conjunto, porque ciertos derechos adquieren posiciones que no deberían tener, y la pérdida general de institucionalidad desgrana paulatinamente el sistema, la legalidad queda pervertida y se genera un desequilibrio de justicia cuando se protege diferenciadamente a quien ya dispone de poder.

9. ABSTENCIONISMO

Ahora, ¿es posible justificar la abstención de aplicar un sistema legal injusto?

En el Derecho administrativo no existe literatura sobre la desobediencia civil, como ocurre en la literatura extranjera⁶⁶ o el ámbito del Derecho penal⁶⁷. Desde luego, tampoco hay jurisprudencia, ni menos, normas que lo admitan de una manera explícita. Es lógico, ya que el Derecho administrativo –con las particularidades que lleva esta afirmación– es la manifestación del apotegma del soberano: controlar el deseo de todos los individuos a través de los dispositivos de poder⁶⁸.

Ahora, no menos cierto es que la Corte Suprema no dio cumplimiento a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹, criterio que se replica en el Derecho comparado⁷⁰.

Como líneas rectoras traídas de otras ramas del Derecho, la desobediencia es distinto del disenso, que en su traslación a lo práctico, puede adquirir formas de “violación común de la ley, la objeción de conciencia, la rebelión, la revuelta, hasta llegar a la revolución”⁷¹.

Asimismo, fue señalado por doctrina que el rasgo distintivo de la desobediencia civil con respecto al disenso, es que “la desobediencia civil acepta y presupone el principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho.”⁷², y que “esta se presenta como una forma de protesta que asume aspectos diversos contra un poder que, definiéndose como democrático, no es percibido como tal, y adquiere el aspecto de la necesidad de apropiarse de la decisión política desde el momento en que esta no toca sólo aspectos de naturaleza administrativa y convencional, sino decisiones fundamentales sobre el futuro del mundo”⁷³.

Cuando se aparta el derecho de la justicia, la desobediencia implica que la vulneración a la ley sea “intencional, no violenta, desinteresada, pública y publicitada respecto de una ley válida, dictada por legítima autoridad sobre la base de un imprescindible empalme entre validez y legitimidad”⁷⁴.

Con tales consideraciones, la razón existencial de la gubernamentalidad –y por consecuencia, de su brazo ejecutor, el Derecho administrativo– es *que el*

66 THOREAU, Henry D., *Desobediencia civil*, Aliar 2015 Ediciones, S.L. Si bien Thoreau propone, en su ideal, una retracción completa del Estado, existen posiciones abstencionistas que pueden ser analizadas ante el desfasaje del mandato y las pautas de justicia e igualdad.

67 Al respecto, para realizarse este trabajo, estudié atentamente las investigaciones de MACHADO PELLONI, Fernando M., “Introducción a una teoría sobre la desobediencia civil”, *Jurisprudencia Argentina*, Abril 2001, Id SAIJ: DACF020061.

68 FOUCAULT, M., ídem, v. Clase del 8 de febrero de 1978, p. 139 y ss.

69 CSJN, Fallos: 340:47.

70 SANTIAGO, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? publicado en *La Ley*, 2017-A, p. 472.

71 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., “La desobediencia y su relación con la teoría del delito”, publicado en *La Ley* 2013-B, p. 818.

72 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

73 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

74 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

*individuo obedezca al soberano*⁷⁵. Por ello, la abstención en materia de Derecho administrativo cuestiona el núcleo teórico de esta ciencia, por lo que, es razonable entender que no se hayan dado discusiones al respecto, y casi no existan vestigios de la desobediencia en la materia.

Sin embargo, sí existen algunas referencias a la inaplicabilidad de normas por parte de la Administración. Partiendo de la base que no es posible que la Administración declare la inconstitucionalidad de las normas, por atención a la necesaria división de poderes⁷⁶, sí es posible utilizar un precedente judicial para inaplicar una pauta que atente contra el bloque de juridicidad⁷⁷. Ahora, en un interesante relevamiento autoral que configura una taxonomía sobre la materia⁷⁸ se puede ver que no existen mayores desarrollos, más que las referencias a otras pautas ya trabajadas por el Derecho.

Además de eso, es posible entender que existen otros conductos de abstención de aplicar leyes injustas, porque, en referencia de Rawls, las “personas perjudicadas por graves injusticias no tienen que resignarse a ellas”⁷⁹, a lo que corresponde agregar, que no es necesario que la injusticia se materialice.

Incluso más, la matriz de injusticia que estructura la actual redacción de la Ley 19.549 puede ser pasible de una rectificación legal. De ahí que los operadores jurídicos deban analizar diferentes estrategias para abordar este texto normativo.

Ente un escenario en que la citada ley, cargada fuertemente de injusticias y errores, sufra modificaciones en tiempo breve, es un escenario probable, que cualquier profesional responsable debe contemplar. Ello, desposeyendo al análisis de la fuerte partidización que se introdujo en el Derecho de un tiempo a esta parte: el escenario es un escenario volátil y la modificación a la Ley 19.549 no es sólida, porque adolece de numerosos defectos.

En ese sentido, por ejemplo (y pueden surgir muchos otros) si bien se extienden temporalmente las chances impugnatorias del contratista estatal, no sería prudente que deje de hacerlo en los tiempos previstos para otro tipo de actos, cuando el sistema vigente puede caer tanto por sentencia como por modificación normativa. O en el caso de una fuerte inversión, por razones de prudencia y de protección del capital, no debería jamás apoyarse en una autorización que padece

75 FOUCAULT, M., ídem.

76 V. PTN, Dictámenes 298:207.

77 V. PTN, Dictámenes 300:158.

78 V. GONZÁLEZ COLETTI, Ana Carolina “Nuevos argumentos en torno al deber de la Administración de inaplicar normas inconstitucionales y/o inconventionales. El principio *pro homine* y el derecho a la buena Administración”, Tesis de derecho aplicado para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciudad de Buenos Aires, 2018, publicado en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1168>, (última fecha de consulta: 23-10-2024).

79 MACHADO PELLONI, Fernando M., ídem.

de vicios graves, que derivó de un acto ficto por silencio positivo. Esta base frágil la deben conocer los y las profesionales serios y trabajar con ese contexto.

Ciertamente, la Administración tampoco debe ejecutar injusticias, más allá de la aparente solidez de una ley escrita, ya que ese tipo de pautas son muy susceptibles de sentencias o dictámenes que las contradigan, reinterpreten o de, alguna forma, neutralicen.

Ahora, ante ese escenario, como técnicas de acción, y más allá de lo reconocido en doctrina administrativista, se puede apreciar que existen tres grandes conductos de la abstención, que en casos, es necesaria: la *desobediencia*, la *inconveniencia* y el *interés moral*.

La desobediencia: es la negación a la ejecutividad de la norma y puede fundarse en una razón prudencial, en el temor o en una directriz justificada.

La razón prudencial aparece como la abstención de utilizar una norma luego de realizar el ejercicio valorativo de compensar diferentes posiciones igualmente válidas, por lo que se evita aplicar una pauta luego de ponderar otras previstas en el sistema, por meras razones de prudencia. Se pondera la norma cuestionada con otras normas cuestionadas, y no se llevan a cabo acciones.

El temor surgirá a partir de la representación de la posible sanción (como la nulidad, la multa, la responsabilidad patrimonial del funcionario, etc.), la que opera por factor de evitación. Se pondera la norma cuestionada con otra norma no cuestionada.

La directriz justificada es la abstención de aplicar una pauta legal por fuente de origen normativo, ya sea éste un mandato judicial o un razonamiento válido en sede administrativa. No existe ponderación posible.

La inconveniencia: es la negación a la ejecutividad de la norma, que puede fundarse en la razón estratégica, el costo de aplicar la norma o del riesgo involucrado.

En la razón estratégica se ponderan dos o más posiciones, se consideran todas válidas, pero se elige aplicar una sobre otra, por estrategia de procedimiento, desobedeciendo una pauta que pudiera resultar directamente aplicable. Se pondera la norma cuestionada con otras normas cuestionadas, y se llevan a cabo acciones.

En la inconveniencia en razón del costo, la solución de la norma aparece demasiado onerosa y por lo tanto, el operador se abstiene de aplicarla. Se verifica el costo que trae aparejada la norma en forma aislada, y no se llevan a cabo acciones.

En la inconveniencia en razón del riesgo, la como con respecto al costo, la solución es inconveniente por motivos de riesgo, lo que lleva a que el operador jurídico no aplique la norma.

El interés moral: es la negación a la ejecutividad de la norma, que puede ser comprensivo de la objeción de conciencia, de la autodefensa y la defensa de un tercero, del estado de necesidad.

La objeción de conciencia fue tratada como tal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁰.

En la autodefensa y la defensa de un tercero, la abstención se justifica en que el accionar del operador resguarda un bien superior con su conducta.

En el estado de necesidad, la extrema situación personal, impide dar cumplimiento a la norma tal como se lo exige, cuando ello supondría ir más allá de lo tolerable.

10. EL CONTEXTO JUSTIFICABLE

La abstención en el plano del Derecho administrativo –haciendo la traslación de doctrina y jurisprudencia de otras materia– de ocurrir, debe contar con un contexto justificable, revestido de los siguientes criterios: *i*) las consecuencias que deben ser aceptadas de antemano por quien se abstiene; *ii*) debe ser expresa y pública cuando proyecte acciones, *iii*) apelar al sentido de justicia, *iv*) si arriba a posiciones de incidencia sobre terceros, no debe darse la coacción violenta; *v*) en conjunto con los recursos legales disponibles.

Incluso, en un contexto de una Constitución liberal como la argentina, el Estado debe proteger la libertad de decisión y de su exteriorización, lo que, naturalmente, se incorpora a principios reconocidos, como la tutela administrativa efectiva, igualdad de trato y debido proceso.

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y Magíster en Finanzas por la Universidad de San Andrés. Autor de trabajos de investigación sobre Derecho administrativo y de los libros *Teoría General del Derecho administrativo* (2021) y *La calidad financiera de los emisores de deuda subsoberana* (2023). Docente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Legal y Técnico de la Municipalidad de Lanús. Fue profesor invitado en diferentes universidades y escuelas de Derecho. Director de numerosas tesis de maestría. Abogado y funcionario en diferentes espacios del sector público nacional y del sector privado. Entre ellos, abogado relator en la Procuración del Tesoro de la Nación e invitado en la reunión plenaria de las Comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación.

80 CSJN, Fallos: 312:496.

LA REFORMA DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU IMPACTO EN LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

FABIANA H. SCHAFRIK

Profesora Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires: Jueza de
Cámara en lo Contencioso Administrativo,
Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sistemas de recaudación y el derecho de defensa como ejemplo de la necesidad de permeación de los principios. 3. Importancia de los principios en la era de la IA. 4. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma a los principios del procedimiento administrativo a través de la Ley de Bases recoge el avance que la doctrina y la jurisprudencia ha realizado a lo largo de estos años, lo que resulta ser buena noticia para los procedimientos generales y también para los específicos.

El autor Jaime Rodríguez Arana recuerda una metáfora que utilizó el Tribunal Superior de Justicia Español, para referir a la interrelación entre los principios y las normas, que considero muy atinada, por cuanto señala que: “Los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios “informen» las normas [...] y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho...”¹.

Ahora bien, el procedimiento tributario como uno de los tantos procedimientos administrativos especiales, permea sus normas con este oxígeno y las reglas que vinculan a la administración con la ciudadanía adquieren en este ámbito contornos especiales, acorde con el derecho sustancial que le sirve de base. Sin

1 RODRIGUEZ ARANA Jaime con cita a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, 18 de febrero de 1992. Puede consultarse en <https://rodriguezarana.com/sobre-los-principios-generales-del-derecho/>.

embargo, esa especialidad o necesidad de especificidad, no implica un divorcio con las normas del procedimiento administrativo general.

En todos los casos, la relación que se traza entre el procedimiento general y el específico, está prevista por el legislador 'especial' en esos procedimientos.

Así, el ordenamiento específico podrá referir a la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, en la medida en que no sean incompatibles con su diseño específico, o sentará la preeminencia de sus normas (vgr. Código Fiscal de la Ciudad Autónoma). En este punto, resulta interesante advertir que si bien los procedimientos especiales no contienen una mención expresa referidos a la aplicación directa de los principios que guían al procedimiento administrativo; sin embargo, se puede concluir que les son enteramente aplicables. Ello en el entendimiento que los principios, más allá de la especificidad del procedimiento, se erigen en protecciones para los ciudadanos.

Sin embargo, la interpretación de las reglas del procedimiento tributario a la luz de los principios del procedimiento administrativo al procedimiento tributario no se ha naturalizado; y, rara vez ha ocurrido la nulidad de lo actuado en la órbita de las administraciones tributarias sobre la base de los principios. Una posible explicación a ello, podría encontrarse en que el bien jurídico 'renta pública' ha resultado, en cierto modo, un valladar.

Es por ello que considero que la inclusión expresa en el régimen general de principios, tales como la transparencia, la buena fe, la buena administración, la proporcionalidad, el plazo razonable y el derecho a la tutela administrativa efectiva, pueden ser una interesante noticia para el procedimiento tributario.

En nuestro país, han fracasado los sendos intentos de crear un estatuto o carta de derechos que guíen la relación entre la administración tributaria y los contribuyentes, en sus aspectos formales y sustanciales, como los que rigen en otros ordenamientos en España, Italia o México, donde se incluyen protecciones formales y sustantivas en la relación de la administración tributaria con el ciudadano.

En el ámbito del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (Iladt) se trabajó en una Carta del Contribuyente, que tiene un valor científico, no legal, lo que puede dejar entrever la relevancia de este tipo de instrumentos para el derecho tributario.

2. SISTEMAS DE RECAUDACIÓN Y EL DERECHO DE DEFENSA COMO EJEMPLO DE LA NECESIDAD DE PERMEACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Con el correr de los años en los distintos niveles de gobierno, se ha generalizado el adelanto o sustitución del ingreso de los impuestos a través de la figura de los agentes de recaudación. Estos, además de estar obligados a retener o percibir, muchas de las veces en situaciones no vinculadas al hecho imponible, están sometidos al cumplimiento de deberes formales en función de su rol y a la incierta

pero no menos probable circunstancia de ser objeto de sanciones y eventual responsabilidad penal. Existen casos judiciales que ilustran sobre la tensión entre la obligación de recaudar que imponen los fiscos y el escaso margen que tienen estos responsables de interpretar la improcedencia de la recaudación en esos supuestos².

Estos sistemas de ingreso de tributos plantean serias preocupaciones, por los perjuicios que puede acarrear a los agentes de recaudación y a los ciudadanos sometidos a esos regímenes, síntomas que dejan entrever la necesidad de la revisión de su instrumentación.

3. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS EN LA ERA DE LA IA

Si bien esta discusión en el ámbito tributario no es nueva, el uso de las tecnologías reaviva la discusión.

La inteligencia artificial (IA) está transformando la administración tributaria, pero también plantea nuevas situaciones que debemos atender. Los sistemas de riesgo fiscal de las administraciones locales, el SIPER (Sistema de Perfil de Riesgos) y el CEF (Capacidad Económica Financiera) de la administración tributaria federal, utilizan *algoritmos* que dificultan la defensa del contribuyente.

Por su parte, el sistema de riesgo fiscal evalúa el comportamiento fiscal de los contribuyentes y asigna categorías que determinan beneficios o limitaciones. El SIPER identifica el comportamiento fiscal y asigna una categoría que concede o limita beneficios relacionados con recaudación, devolución y transferencias de impuestos. En tanto el CEF se corresponde con el sistema de control y fiscalización electrónica que utiliza algoritmos para detectar inconsistencias y posibles incumplimientos.

Sin embargo, los sistemas descritos, si bien fueron elaborados para facilitar la labor de la administración, también pueden generar situaciones de opacidad y dificultar el acceso a la información necesaria para ejercer el derecho de defensa. Al respecto, se podría mencionar el precedente “Agraco”³ del año 2022, el cual ilustra cómo la falta de transparencia en los algoritmos puede afectar la garantía del debido proceso.

4. CONCLUSIÓN

La reforma de los principios del procedimiento administrativo es una oportunidad para fortalecer las garantías de los contribuyentes en el ámbito tributario,

2 Dictamen de la Procuración General de la Nación, “Banco de la Nación Argentina C/ Tucumán, Provincia De s/ nulidad de actos administrativo”, CSJ 416/2017, 4 de noviembre de 2021; CSJN, “Asociación de Bancos de Argentina c/Pcia de Buenos Aires s/acción declarativa” del 15 de julio de 2014 y en dictamen Fiscal de la causa “Caffaro Hermanos S.R.L. c / Misiones, Provincia de s/ Amparo”, julio de 2020.

3 CN CAF, Sala II, “Agraco SA c/EN -AFIP- expte 14268242/22 s/amparo ley 16.986”, 18 de noviembre de 2022.

el cual se vuelve fundamental para asegurar un debido proceso, en especial, en el contexto de la era digital.

Debemos reconocer que es necesario establecer un equilibrio entre la eficiencia recaudatoria y la protección de los derechos de los contribuyentes, por ello la reforma constituye un paso importante en ese camino, ahora bien su éxito dependerá del compromiso de todos los operadores jurídicos para hacerla realidad.



FABIANA H. SCHAFRIK

Es Abogada, Especialista en Derecho Tributario y Doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Cátedra por concurso en la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y Profesora de la Maestría en Derecho Tributario y Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente en otras universidades del país. Autora de trabajos sobre derecho público. Jueza de la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 19.549 REFORMADA POR LA LEY 27.742

GABRIELA SEIJAS

Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Jueza de Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La huida del derecho administrativo. 3. Problema: las nuevas atribuciones del Jefe de Gabinete. 4. Recapitulando. 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 1º de la Ley 19.549, según el texto de la Ley 27.742, dice:

- a) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a:
1. La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales.
 2. Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.
- b) También se aplicarán, en forma supletoria los Títulos I, II y III a:
1. Los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales.
 2. Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los subincisos 1 y 2 del inc. a) precedente.
- c) La presente ley no se aplicará a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Los entes mencionados en este inc. c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado Nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter

la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.

d) La presente ley será de aplicación a los organismos militares y de defensa y seguridad, salvo en las materias regidas por leyes especiales y en aquellas cuestiones que el Poder Ejecutivo excluya por estar vinculados a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes u organismos.

A partir de la reforma de la Ley de Bases, se desdobló el contenido del art. 1º de la Ley 19.549 y se amplió el primer párrafo del texto anterior.

En tales condiciones, según el nuevo art. 1º, la Ley 19.549 no será aplicable a “las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.

Tanto los entes mencionados en el inciso c, como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado Nacional se regirán por el derecho privado en sus relaciones con terceros.

A continuación, el artículo establece que el Jefe de Gabinete, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá someter la controversia al ámbito del derecho público a petición del interesado, siempre que resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público para la solución del caso, conforme con el derecho en juego.

Si bien la exclusión contemplada en la Ley va más allá de las normas de procedimiento y parece abarcar el derecho público en general, un inciso anterior del mismo artículo prevé la aplicación supletoria de los Títulos I, II y III de la Ley de Procedimientos Administrativos a “los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales”.

2. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la década de los 90 las alusiones a la huida del derecho administrativo se convirtieron en un lugar común.

Muchos atribuyeron la expresión al profesor Clavero Arévalo, que en un artículo publicado en 1962 se había referido a la “huida”, “evasión” o “emancipación” del derecho administrativo, a través de la creación de entidades públicas con personalidad propia, dotadas de un derecho singular¹. Otros la atribuyeron a Fleiner en textos publicados en los años 20.

1 M. CLAVERO ARÉVALO, “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones autónomas”, Documentación Administrativa, 58, pp. 13-36 (1962).

El fenómeno de la huida se explicaba por la búsqueda de agilidad y flexibilidad en la gestión económica y en la actividad jurídica de esos entes.

Lo que preocupaba al profesor Clavero Arévalo era que la huida abría un amplio espacio a la discrecionalidad y a la inseguridad jurídica, por lo que proponía aplicar el derecho administrativo de manera supletoria a dichas entidades.

En España, a finales del siglo XX, muchas entidades que se separaban de la Administración habían pasado a regirse en su actividad, y algunas en su organización, en diferentes medidas, por el derecho privado, excluyendo la aplicación del sistema de garantías propio del derecho administrativo además de la relajación del régimen presupuestario y de control económico-financiero de dichas entidades.

Tales problemas se pusieron de manifiesto en un mismo número de la *Revista de Administración Pública* de 1991 por los profesores Garrido Falla y Sebastián Martín-Retortillo², al que siguió otro texto del profesor Sala Arquer publicado en 1992.

Muchos han repetido las palabras de José Manuel Sala Arquer: “la huida del derecho administrativo, en realidad, es la huida del derecho”³.

Desde entonces la cuestión ha sido objeto de permanente estudio.

Pero lo que en los años 90 preocupaba no era una eventual expansión de la actividad industrial o mercantil del Estado y otras administraciones públicas.

En la última década del siglo XX, en virtud de los principios de libertad económica y de las políticas antimonopolio, se inició el retroceso de la actividad industrial del Estado. Al mismo tiempo que el Estado se retiraba de la actividad económica, las fórmulas propias del derecho privado –sociedades mercantiles, fundaciones, en menor medida asociaciones– se empezaron a utilizar para realizar funciones públicas hasta entonces sometidas al derecho administrativo y el legislador pretendió que algunos entes públicos pudieran ejercer su actividad propia con sujeción al derecho privado.

A partir de entonces algunos entes asumieron un carácter comercial, industrial, financiero o análogo, incluso si sus actividades eran típicamente administrativas (con lo difícil que resulta delimitar esa categoría).

La huida del derecho administrativo como fenómeno o tendencia jurídica se vinculaba a teorías en boga de las décadas de los 80/90, que tenían una visión crítica de la burocracia, debido en gran parte a la lentitud de los procedimientos

2 F. GARRIDO FALLA, “Privatización y reprivatización”, S. MARTÍN-RETORTILLO, “Las Empresas Públicas: reflexiones del momento presente”, ambos en *Revista de Administración Pública*, España (1991).

3 J. M. SALA ARQUER, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 75, pp. 399-413. (1992).

de decisión y a los controles administrativos, además de la rigidez del régimen funcionarial.

Para abandonar esos problemas, se pensó en optar por un régimen de decisión más parecido al de la empresa privada. La legislación reflejó esta tendencia. La jurisprudencia, como siempre, fue vacilante.

Muchos recordarán el dictamen del Dr. Gauna en “La Buenos Aires Compañía de Seguros SA c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A” del 12 de mayo de 1988 (Fallos: 311:750), al que remitió la Corte para condenar a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria a otorgar vista (esto es, aplicar las normas de procedimiento administrativo) de la oferta presentada por un tercero que resultó contratante en una contratación.

La doctrina del caso fue utilizada por la Corte para resolver un caso de acceso a la información: “Giustiniani contra YPF” de 2015 (Fallos: 338:1258). Rubén Héctor Giustiniani había promovido una acción de amparo con el objeto de que YPF SA le entregase copia del acuerdo de proyecto de inversión que la sociedad había suscripto con Chevron Corporation para la explotación de hidrocarburos no convencionales en la provincia del Neuquén. Por mayoría, la Corte señaló que YPF SA es uno de los sujetos que, por encontrarse bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional, estaba obligado a dar cumplimiento al Decreto 1172/03 en materia de información pública. La Corte expresó que la empresa desempeñaba importantes y trascendentes actividades en las que se encontraba comprometido el interés público por lo que no podía, en el marco de los principios de una sociedad democrática, negar información que hacía a la transparencia y a la publicidad de su gestión.

Puede admitirse que la huida hacia el derecho privado permite agilizar trámites de contratación, selección de personal o de despido. Pero, como era fácil de suponer, también trajo un descontrol del gasto y fue terreno abonado para el clientelismo y la corrupción.

Muchos propician que, sea cual sea el tipo de entidad, estatal o no, cuando se ejercen potestades públicas, deben quedar sometidas a los principios y reglas de derecho administrativo⁴.

En esa línea, la Ley 19.549, luego de la reforma de la Ley de Bases, contempla su aplicación a personas privadas que ejercen potestades públicas.

Hay una ecuación entre el ejercicio de potestades públicas y el sometimiento al derecho administrativo que el legislador prevé para tres categorías no tan claras, pero que parecen muy abarcativas:

- a) entes públicos no estatales,
- b) personas de derecho público no estatales,
- c) personas privadas.

4 Miguel SANCHEZ MORÓN, El retorno del derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, 206, 37-66.

Sin embargo, pese a la amplitud de la norma, el criterio de las potestades no deja de ser problemático ya que muchas veces se trata de discutir si esos entes gozan de esas prerrogativas de poder público.

3. PROBLEMA: LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DEL JEFE DE GABINETE

La LPA contiene un régimen protectorio, pero también un sistema de potestades de poder público que incluye algunos privilegios procesales y procedimentales que pueden traducirse en restricciones para quien entra en conflicto con la Administración.

Antes del dictado de la Ley de Bases, el Decreto 70/23 en su art. 50, estableció que las empresas en las que el Estado Nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga. El art. 48 del Decreto contempla la transformación de todas las formas empresarias con participación estatal a Sociedades Anónimas.

Entonces, si bien la Ley de Bases ha ampliado la posible aplicación de la LPA, 7 meses antes el DNU 70/23 negó todo tipo de prerrogativas de poder público a las formas jurídicas empresariales.

Por otro lado, los incisos *b*, *i* y *c*, de la Ley de Procedimientos reformada son ambiguos, lo que puede generar inseguridad.

La ley afirma que resulta aplicable a personas públicas o privadas cuando ejerzan potestades públicas (art. 1º, *b*, *ii*). Luego excluye su aplicación a una serie de figuras en proceso de extinción de acuerdo a lo previsto en el art. 48 del DNU 70/23.

Debemos tener en cuenta lo dispuesto por el DNU 70/23:

Art. 48: Las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas.

Esta disposición comprende a las Empresas del Estado que no tengan una forma jurídica societaria, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas.

Las Sociedades Anónimas transformadas estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades 19550 en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna.

Art. 50: Las empresas en que el Estado Nacional sea accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación, en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u

otorgar beneficio de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica que intervenga.

Art. 51: se establece un período máximo de 180 días a partir del dictado del presente decreto para que la Autoridad de aplicación proceda a la aplicación del artículo 48 y la inscripción de sociedades transformadas en los Registros públicos de Comercio que corresponda.

Por el art. 1° del Decreto 553/24 se prorroga por ciento ochenta días el plazo previsto en el presente artículo.

Art. 52: La Ley 24156 y demás normativa de control del sector público solo será aplicable cuando, en las Sociedades Anónimas producto de la transformación determinada en el presente, el Estado posea participación accionaria mayoritaria.

La Ley, al fijar su ámbito de aplicación, somete estas figuras al derecho privado, pero admite por excepción la aplicación del *derecho público*. Podemos suponer que la Ley se refiere al derecho administrativo. La dificultad para definir el alcance de lo que es el derecho público y los permanentes debates sobre la vigencia de la *summa divisio* permite sospechar que el texto de la norma no ha sido suficientemente meditado y que tiene un alcance impredecible por su propia imprecisión. Pretender excluir el derecho público (derecho constitucional, derecho tributario y financiero) no tiene sentido.

En el mismo texto se intenta solucionar esta exclusión tan desmesurada con un procedimiento difícil de imaginar en los hechos. La norma establece que el Jefe de Gabinete, previo dictamen de la Procuración del Tesoro, habilitará la aplicación de las normas del derecho público. El mecanismo previsto por la Ley es realmente extraño. La ley habla de controversia, lo que parece indicar que se trata de una etapa de conflicto y deja la cuestión en manos de la petición de un “interesado”.

¿Quién es el interesado? Mairal y Vermanedi proponen que la norma se refiere al tercero en conflicto, lo que, afirman, quita peligro a la solución⁵.

Intuyo que el legislador advirtió que la solución propuesta era problemática para las propias entidades. Pensemos en Enarsa o en Arsat, que en ocasiones necesitarán recurrir al derecho administrativo. Entonces el DNU 70/23 y el texto de la Ley de Bases se transformarán en un problema.

La huida del derecho administrativo es implementada y exceptuada en la misma norma.

4. RECAPITULANDO

El art. 1° *bis* de la Ley de Procedimientos Administrativos establece como principios del procedimiento administrativo la juridicidad, razonabilidad, buena

5 MAIRAL, Héctor A., VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo”, LA LEY del 12/07/24.

fe, confianza legítima, transparencia, buena administración, celeridad, economía, sencillez y eficacia.

¿Por qué las sociedades anónimas con participación estatal deberían huir de una ley que garantiza tan loables principios?

La creación de entidades instrumentales sometidas en mayor o menor medida al derecho privado no solo se explica por la voluntad de políticos y gestores de actuar con mayor libertad y menor control; sino que se busca la mayor eficiencia y agilidad en la gestión, algo que tiene que ver sobre todo con el régimen económico-financiero y con el régimen de personal.

Cuando el derecho administrativo no evoluciona ni ofrece una respuesta efectiva a estos problemas, la huida hacia el derecho privado es una tendencia difícil de contener.

Sin embargo, en el plano de las garantías de igualdad de los ciudadanos, de la transparencia y del control de los recursos públicos, el retorno al derecho administrativo es ineludible. Pero ese retorno debe combinarse con reformas que mejoren la eficacia de la actuación administrativa.

No es imposible una gestión interna ágil y eficaz del ejercicio de funciones materialmente públicas.

Lo expuesto no implica desconocer que muchas relaciones y actos de las figuras más o menos autónomas de las que se vale la Administración y la propia Administración central están parcialmente regidas por el derecho privado. No hay equivalencia entre los conceptos Administración pública y derecho administrativo.

Prosper Weil ha advertido sobre la crisis del derecho administrativo. Afirmó que a partir de los años 40, el derecho administrativo francés había perdido toda unidad y claridad.

Calificar a un organismo como persona pública o privada no es determinante porque las personas públicas pueden estar alcanzadas por el derecho privado y las personas privadas por el derecho público.

El criterio de utilización de las prerrogativas de poder público, muchas veces usado en Francia, es satisfactorio a primera vista, pero surge el problema sobre la decisión de la aplicación del derecho público cuando es precisamente de ese régimen del que surgen las prerrogativas.

Así, dice Weil, el contencioso administrativo devino una lotería y los especialistas, adivinos⁶.

Esta crisis del derecho administrativo tiene como consecuencia la confusión de ideas, complejidad de las soluciones y, por supuesto, litigiosidad.

En nuestro país, las figuras de la Sociedad de Economía Mixta, regulada por el Decreto 15349/46 (derogado por el DNU 70/23), las Sociedades del Estado

6 Prosper WEIL. *Derecho Administrativo*, Cívitas. Madrid, 1986.

(Ley 20.705, de 1974 derogada por el DNU 70/23), las sociedades anónimas con participación estatal mayoritario (Ley 17.318, derogada por la Ley 19.550) son ejemplos que al menos en sus textos originales (no así en sus sucesivas reformas y menos en la práctica) pretendieron no sujetarse al derecho administrativo

Más recientemente podemos mencionar los casos de Arsat (Ley 26.092) y Enarsa (Ley 25.943).

Muchos destacan la diferencia entre sujetar la fiscalización a reglas del derecho administrativo, con los efectos dilatorios y a veces paralizantes que puede tener, y someter la gestión económico-financiera a un control *a posteriori* mediante informes o auditorías. Por lo que se refiere a la gestión del personal, el modelo de empleo público mantiene una enorme rigidez, más allá de alguna reforma reciente.

La falta tanto de procedimientos de selección adecuados como de un sistema de progresión profesional basado en el mérito y el rendimiento y la imposibilidad de retribuir a los empleados públicos en relación a su desempeño individual, teniendo en cuenta criterios próximos a los del mercado laboral, y las garantías casi absolutas de inamovilidad son factores de inflexibilidad que solo parecen poder evitarse recurriendo a formas de organización y gestión próximas a las de las empresas privadas.

En general es la ley la que define la cuestión sobre la aplicación o exclusión de alguna norma del derecho privado o público, estableciendo regímenes especiales, que muchas veces son una combinación de ambos.

Otras veces el juez, frente al conflicto, definirá cuál es la norma aplicable.

Resulta difícil admitir que quede en manos del jefe de gabinete tomar una decisión como la prevista en la norma, moviéndose dentro del ordenamiento jurídico de acuerdo a conveniencias coyunturales.

Creo que el sistema previsto es impracticable y que no evitará conflictos como los decididos sobre la aplicación de la Ley 19.983 al Correo (Fallos 345:1044), a YPF (Fallos 335:258) o a Ciccone (Fallos 342:1613).

5. CONCLUSIÓN

Los profundos cambios provocados por la desregulación, la reducción del sector público, la privatización y la globalización alteran el paisaje político y social en todo el mundo. Estos cambios, junto con amplios ajustes, colocan en el centro del debate la distinción tradicional entre el derecho público y el privado.

Ahora bien, hay valores del derecho público (como la transparencia, la equidad, la participación, la imparcialidad, la rendición de cuentas y la racionalidad) que no deberían despreciarse.

Lo importante es pensar cómo hacer que los valores del derecho público se extiendan a la esfera de la empresa que colabora con las funciones estatales.

Cuando el Estado utiliza formas societarias privadas surgen problemas en materia de transparencia. En estos puntos el conflicto entre el derecho público y el privado debe inclinarse por una solución dirigida a lograr transparencia y racionalidad.

Como siempre, quedan temas fundamentales para trabajar.

En primer lugar, la necesidad de mejorar la calidad de la legislación. Con sus idas y vueltas, la Ley tiene enormes ambigüedades que evidencian que pese a que el legislador de 2024 se percibe liberal termina siendo dirigista.

Lo importante es la creación de una conciencia política y social que obligue a que cualquier persona que administra patrimonio estatal deba dar cuenta de sus actos.

GABRIELA SEJAS

Es Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Profesora adjunta regular en la Universidad de Buenos Aires y Docente de grado y posgrado en la Universidad de San Andrés. Autora de numerosas publicaciones de la especialidad. Jueza de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LÍMITES DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA

ALBERTO SPOTA

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Ex Presidente de su Asociación de Docentes.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Primera cuestión. 3. Segunda cuestión.*

I. INTRODUCCIÓN

Seré sumamente breve, parco y escueto, por lo que pretendo finiquitar incluso antes del tiempo que me ha sido asignado.

En función de lo que he escuchado a lo largo de este panel y del que me antecedió, voy a intentar redimensionar la charla que en su momento pretendía compartir con ustedes, dándole un enfoque tal vez distinto, ya que, sin ser sumamente original, aspiro, someramente, al menos a ser medianamente predictivo y a dar una visión de cara al futuro de qué es lo que puede acontecer en ocasión de ponerse en funcionamiento y ejecución esta ley conforme al menos dos derivadas.

2. PRIMERA CUESTIÓN

La primera cuestión parte de la siguiente ecuación. Nosotros sabemos –y lo digo con ironía–, que hace al derecho constitucional argentino, de corte consuetudinario, que siempre que un presidente asume, al menos en ocasión de ejercer su mandato, recibe tres atributos: el bastón, la banda y una ley de delegación legislativa, que le permite hacer prácticamente cuanto quiere y un poquito más. Esto hace de veras al derecho consuetudinario argentino. Y lo estoy describiendo, no lo estoy valorando.

Y aquí la especie aplica bajo dos consignas. Por un lado, se entiende que, habiendo sido electo por el voto popular, corresponde que gobierne conforme al mandato que viniera tal vez a recibir de parte de la ciudadanía. Y, en segundo

* Conferencia pronunciada el 26 de agosto de 2024, en el Salón Verde de la Facultad de Derecho de la UBA, en el marco del Seminario “Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino”, organizado por su Asociación de Docentes. <https://www.youtube.com/watch?v=ypXft30PWYE&t=2788s>.

término, lo cierto es que, si es que se pretende reformar el derecho, qué mejor hacerlo en cabeza del instituto previsto en el art. 76 de la Constitución Nacional, es decir, delegándole a un poder unipersonal ciertas atribuciones a los fines y efectos de que revise prácticamente todo el derecho en los términos que estima conveniente.

Esto no es novedoso. Lo hemos visto –como se dijo recién– en los años 90, donde, por conducto de leyes ómnibus, delegaciones y decretos de necesidad y urgencia, se implementaron muchas políticas tendientes a desregular, privatizar y otorgar determinados activos en concesión.

Como quiera que fuere, esto importa en los hechos una concentración de poder político que impacta haciendo una suerte de corte transversal, en cuanto tiene que ver no sólo con la división de poderes de corte republicano, sino que también esta concentración –y aquí enfoco el asunto– incide, por qué no, en cuanto atiende estrictamente a la autonomía provincial.

Vean que la delegación –como dije recién– se funda en el art. 76 de la Constitución Nacional, pero, para evitar ciertos problemas que pueden llegar a darse de tinte jurídico, debió haber incluido un artículo que fue importante en su momento y hoy está demodé, como es el artículo que calibra en la cláusula de progreso.

¿Qué quiero decir? Si ustedes se fijan puntualmente el capítulo de energía, van a ver que se requiere indefectiblemente –queramos verlo o no– de la puesta en funcionamiento de ciertos acuerdos que permitan que la Nación y las provincias trabajen conjuntamente, puesto que, caso contrario, las provincias –en ejercicio de su propia autonomía– pueden poner o no en crisis cuanto hace a la implementación de la norma.

Esto tampoco no es novedoso. Ustedes habrán visto que la jurisprudencia viva en torno a este asunto arranca en el siglo XIX con la cláusula del progreso en torno a las concesiones de las vías férreas.

Pero aquí vale a hacer un desagregado, porque lo que tiene que ver con el ejercicio de la cláusula del progreso, en los términos que acabo de señalar, se trataba del ejercicio del progreso en función de una ley, y aquí el interrogante que vengo a señalar es si existe la posibilidad o no –lo planteo– de que el Congreso Nacional le delegue al Poder Ejecutivo –en los términos del art. 76, CN– la capacidad de legislar en los términos de la cláusula del progreso y, así, remover aquellos impedimentos de corte provincial que impiden y enervan la plena instrumentación del programa de gobierno implementado en esta norma.

Repito. ¿Existe o no la capacidad de que se deleguen las competencias que hacen a la cláusula del Progreso? ¿Existe o no la posibilidad de que esas competencias también se ejerzan vía decreto delegado o decreto de necesidad y urgencia?

Yo creo que esto es un tema que va a ponerse sobre el tapete –indefectiblemente– y que también va a traer un caudal importante de litigiosidad, puesto que –queramos verlo o no– siempre que hubo delegación, hubo concentración de poder político y esta se reunió en detrimento de las autonomías provinciales.

Lo hemos visto en los años 90. Lo hemos visto en historia del derecho comparado. Acaso las reformas borbónicas, de las cuales Alexis de Tocqueville explica perfectamente bien y rematan –queramos verlo o no– Napoleón. ¿No son, sino con el código civil en la cabeza, un mecanismo utilizado por París para remover aquellos resabios que quedan vigentes del derecho foráneo? Sí, lo son esto también.

En definitiva, por aquí también advierto un inconveniente.

3. SEGUNDA CUESTIÓN

Paso al segundo tema y prometo finiquitar en cinco minutos.

El art. 4 de la Constitución Nacional prevé que el tesoro nacional se forma de los derechos de importación y exportación, de los impuestos internos, de la renta del correo, de la venta y locación de tierras y de los empréstitos que contraigan la Nación.

Pero en el derecho constitucional argentino también existe la posibilidad de que el Estado se financie de dos maneras distintas. Una es por vía de la emisión y la otra por vía de la licuación de sus propias deudas.

Ello quiere decir que el Estado en vez de atender en tiempo y forma sus compromisos pecuniarios, tiende a licuarlos por medio del sometimiento del administrado a un *iter* administrativo que remata en sede judicial, debiendo incluso verse obligado a llegar hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que así el mismo legislador previó –no de buena fe– un recurso directo para dilatar los procesos y licuar sus deudas. Desde ya que esto es un mecanismo ilegítimo de carácter confiscatorio, que redundará en inconstitucionalidad, puesto que no es éticamente aceptable que el Estado no pague y dilate los plazos para incumplir en tiempo y forma con sus obligaciones.

Aquí cabe preguntarse si esto es compatible o no con la buena administración. ¿Es lícito o no es lícito? Ya no estoy hablando si es moral o no, ¿es lícito o no es lícito que el Estado actúe de mala fe en sede administrativa y judicial, forzando al administrado a un trámite innecesario en aras de incumplir en tiempo y forma y licuar el compromiso de sus obligaciones?

Creo que no es lícito y creo algo más. Este deber de obrar en buena fe que cae encabeza de administración, debe replicarse también cuando la administración litiga en sede judicial, porque no es lícito –pero tampoco es moral– que el Estado apele por apelar. No es lícito –pero tampoco es moral– que el Estado tenga ciertos comportamientos que resultan repugnantes desde el punto de vista

judicial. Y no estoy atacando a los colegas. Estoy hablando de una política que se baja de arriba para abajo y el Estado así la viene implementando por medio de sus abogados.

Entonces, existe una primera cuestión: ¿es esto compatible o no con la norma? No, no lo es. Pero, ¿qué va a ocurrir? ¿Acaso el Estado va a cambiar su política cuando es pagador, en lo que tiene que ver por ejemplo con los pleitos de empleo de personal militar y los recálculos previsionales? No creo que esto salpique en la función estatal cuando hace las veces de pagador. Sí veo, tal vez, que cuando el Estado es cobrador, es decir, acreedor –de hecho, tiene un fuero especial para cobrar sus acreencias, que es el Fuero Ejecutivo Federal– o cuando se trate de inversiones, ahí sí va a prevalecer la buena administración.

¿Qué quiero decir? Vamos a tener en los hechos y por razones de fuerza mayor, una administración pública en dos velocidades, según que el Estado sea pagador, por un lado, o, por el otro, según el Estado sea acreedor o tenga que fomentar la inversión privada. Entonces, ¿qué veo? Veo que esto tal vez se aplica aquí y no aplica allá.

Como prometí, con esto ya termino.

Muchísimas gracias.



ALBERTO SPOTA

Es Abogado y Profesor Regular por concurso de Elementos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue Presidente de su Asociación de Docentes.

PRÁCTICA

LOS “PANELES TÉCNICOS” COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: ¿CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EXTRAJURÍDICA?

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ
Profesora en la Universidad de Oviedo y
Letrada del Tribunal Constitucional de España.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos generales. 2.1. Los paneles técnicos como *dispute boards*. 2.2. La contratación pública como campo de juego de los paneles técnicos. 3. Los paneles técnicos en el Derecho Administrativo argentino. 3.1. Los paneles técnicos en los PPP: Ley 27.328 y Decreto 118/2017. 3.2. Los paneles técnicos en las concesiones de obras públicas: Ley 27.742 y el Decreto 713/2024. (i) La configuración de estos paneles técnicos. (ii) Su ámbito de actuación concreto: equilibrio económico y extinción de la concesión. 3.3. A modo de conclusión: paneles técnicos volátiles y tribunales administrativos estables, cuestiones técnicas y jurídicas.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las novedades de la Ley 27.742, que ocupa la presente obra colectiva, esta contribución pretende ocuparse de las acometidas en sus arts. 69 a 71 y, en concreto, la generalización de un “panel técnico” como medio de solución de controversias en los contratos de concesión de obra pública. En concreto, en esos artículos se introducen sendas reformas en la Ley 17.520 (“obras públicas mediante su concesión a particulares, sociedades mixtas o entes públicos por el cobro de tarifas o peaje”) mediante, en lo que aquí interesa, la incorporación de unos nuevos arts. 7º *bis* y *ter*, y la sustitución del art. 12.

El establecimiento de *dispute boards*, órganos especializados e independientes, como medio de resolución de conflictos alternativo o previo a la jurisdicción o el arbitraje no es una técnica ignota en el Derecho Administrativo argentino. En general no se ha dudado de su adecuación para las obras privadas¹ y, aunque más controvertido, también se ha dado por válido como mecanismo en

1 JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá y CAIVANO, Roque J., “Funcionamiento de los *dispute boards* de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 6, 2007, pp. 146-174.

la contratación pública². De hecho, el art. 9º inc. w) de la redacción original de la Ley 27.328 (“contratos de participación público-privada”, PPP) ya estableció que podría constituirse un panel técnico para dilucidar las cuestiones de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten entre las partes. En desarrollo de ese precepto, el art. 9º.13 del Decreto 118/2017 establece sus reglas de composición y funcionamiento.

Estas previsiones, y también seguramente la decisión actual de extenderla al ámbito de las concesiones de obra pública, pueden estar inspiradas en algunos modelos del Derecho Comparado³. En particular cabe citar el ejemplo chileno, y su Panel Técnico de Concesiones⁴, que se ha elogiado públicamente por las autoridades argentinas actualmente en el poder e identificado como modelo a seguir⁵. Su gran acogida internacional no obsta un cuestionamiento crítico. En particular, si bien las bondades de este tipo de paneles son abrumadoramente subrayadas desde la academia procesalista⁶ y privatista⁷, su compatibilidad con el régimen jurídico público resulta más cuestionable⁸, siendo algo que, a mi juicio, no puede

2 Bien que sin recibir una atención precisa: v. gr. MUÑOZ, Francisco J., “Los *Dispute Boards* en contratos de obra: a propósito de la nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 8, 2016, pp. 229-259, en particular p. 242.

3 Su origen inicial es norteamericano; puede verse así la entrada correspondiente al término *dispute boards* a cargo de GÓMEZ RODRÍGUEZ, Alfonso y CASTRO VELASCO, Julia, en COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.), *Diccionario digital de Derecho Internacional Privado*, Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2023, pp. 555-565. Han tenido después una dispar extensión, tanto en contratación con el sector público como en proyectos privados en los países de Derecho anglosajón y en Latinoamérica. Así por ejemplo puede verse la obra HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*, Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2014. No se trata, sin embargo, de un mecanismo habitual en Europa, fuera del Reino Unido.

4 ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ROMERO SEGUEL, Alejandro (ed.), *La concesión de obra pública. Aspectos jurídicos y económicos*, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes-Facultad de Derecho, Cuadernos de Extensión Jurídica, 31, 2018.

5 ALDERETE, Manuel, “Obra pública: ¿el regreso al sector privado? Notas sobre concesiones y Participación Público-Privada en Argentina y Chile”, *La Ley*, AR/DOC/3112/2023. También los casos de Perú y Suiza: GONZÁLEZ ZAMBÓN, Ignacio, “Indicios sobre el futuro del financiamiento y desarrollo de infraestructura pública en la República Argentina en el contexto actual de desregulación actual”, *La Ley*, AR/DOC/86/2024.

6 Por todos puede verse el trabajo de CASTAGNINO, Diego Thomas, “Las juntas de controversias o *dispute boards* como medio alternativo para la prevención y/o resolución de conflictos”, *Anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional*, 1, 2020, pp. 39-62.

7 V. gr. NUVIALA LAPIEZA, Irene, *Los dispute boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

8 No en vano, se apoya conceptualmente en la autonomía de voluntad y la igualdad de las partes, que casan mal con las facultades exorbitantes del Estado en los contratos administrativos y la indisponibilidad del interés público. Al respecto, puede verse el trabajo de VAZ, Gilberto José

ser analizado sin descender al detalle de las atribuciones y el funcionamiento de cada tipo de diseño⁹.

Eso es lo que pretende realizarse en las páginas siguientes, teniendo en cuenta que la autora escribe desde su contexto español, donde el sistema de resolución de controversias en los contratos del sector público está muy alejado de este tipo de técnicas, por más que se haya empezado a defender también la conveniencia de su implantación¹⁰. Debe tenerse en cuenta que, en el Derecho Administrativo español, y europeo en general¹¹, la solución de controversias en los contratos del sector público tiene como estrella al llamado recurso especial en materia de contratación¹² y que las cuestiones de arbitraje en Derecho Público están muy poco desarrolladas¹³. Entiendo que una visión externa puede resultar de cierto interés teniendo en cuenta que los debates alrededor de estas figuras de solución alternativa de conflictos son globales, y se proyectan con perfiles no tan dispares entre los dos países¹⁴, y que también resultan muy actuales las controversias en torno a la delimitación de la función jurisdiccional y la eventual injerencia de otros poderes.

El trabajo analiza la regulación positiva vigente de estos paneles técnicos en la Argentina para terminar con algunas reflexiones de carácter sistemático y general. Antes, se apuntan algunas cuestiones previas de relevancia, tanto sobre la figura de los paneles en sí, como sobre el ámbito en que se prevé su juego.

y GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto, “Los *dispute boards* y los contratos administrativos: ¿son los DB’s una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?”, en HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coord.), ya cit., pp. 99-121.

9 Sin embargo, por ser una figura dogmática en construcción, la tendencia doctrinal es la contraria: elevarse de la práctica al intento de conceptualización global, v. gr. HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, *Dispute Boards: Teoría y Práctica*, Madrid, Wolters Kluvert-Bosch, 2022.

10 Pero, de nuevo, sin un análisis diferenciado iuspublicista. Así: ALANDETE, Belén, “Implementar los *dispute boards* en España, ¿por qué no?”, *Diario La Ley*, 9821 (sección tribuna), 2021.

11 La contratación del sector público es uno de los ámbitos normativos más homogeneizados en virtud de una serie de Directivas de la Unión Europea que van evolucionando. Así pueden verse los trabajos de RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M., *Contratos públicos y derecho comunitario*, Pamplona, Aranzadi, 1996; GIMENO FELIÚ, José M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Civitas, Madrid, 2006 o MORENO MOLINA, José A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books, 2015.

12 Analizado desde la perspectiva argentina en MURATORIO, Jorge I., “Sistemas de resolución de controversias contractuales públicas. Cambios necesarios”, *La Ley*, 2023-F, 1.

13 GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo, “El arbitraje en la ejecución de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, José María (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 549-564.

14 Sobre este tema, in extenso, BOTO ÁLVAREZ, A., *La reconfiguración del Derecho Administrativo. Un estudio comparado España-Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2024.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1. *Los paneles técnicos como dispute boards*

La asociación de los *paneles* con las *dispute boards* es tan inmediata que a veces parece que se trata de la traducción lingüística directa¹⁵. Otras expresiones académicas para el sintagma en castellano son las de mesas, juntas o comités de resolución de conflictos. El mayor problema que presenta la definición del término tiene que ver con que hayan sido distintas entidades privadas quienes han desarrollado y promocionado esta figura¹⁶, que evoluciona de forma práctica muy diversa¹⁷ y, o bien se desarrolla sin recepción legislativa¹⁸, o bien tiende a ser adoptada por las legislaciones nacionales sin mayor esfuerzo conceptualizador, con un enfoque meramente descriptivo, como se verá que es el caso argentino.

No es de extrañar por ello que existan tantas especies de este género como criterios se quieran emplear para su taxonomía. La doctrina internacional reconoce diversos tipos de *dispute boards*, según se atienda al momento de su constitución, a su composición o a la fuerza vinculante de sus decisiones. No es este el lugar para realizar la reconstrucción histórica o ideal de la figura, bastando señalar que en general pueden definirse como comités (normalmente pluripersonales) de expertos, que suelen combinar abogados y perfiles técnicos, y que actúan de manera práctica e integrada en un proyecto, para resolver disputas con celeridad, ayudando así a las partes a gestionar y controlar la ejecución de manera más eficiente. Sus más fervientes partidarios destacan el cambio de paradigma que supone ir resolviendo disputas conforme van surgiendo, lo que permite evitar soluciones contenciosas y reducir el alcance de los pleitos, minimizando por

15 Así, por ejemplo se emplea en HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, “*Dispute boards* (paneles de solución de controversias)”, en la obra colectiva por él mismo coordinada en 2014 y ya citada, pp. 23-33), o FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción*. También en esa línea PERRINO, Pablo E., “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos. Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, *La Ley*, AR/DOC/1804/2024.

16 Notablemente la Cámara de Comercio Internacional (CCI): <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>; la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC, por sus siglas en francés): <https://www.fidic.org/search?keys=adjudication+boards> o la Dispute Resolution Board Foundation (<https://www.drbo.org/>).

17 Sobre cómo ha sido recepcionada la figura desde el sistema de *common law* hasta los de derecho civil o incluso la Shari’ah puede verse CHERN, Cyril, *Chern on Dispute Boards*, 4ª ed., Nueva York, Routledge, 2020.

18 Se defiende esta opción para España, aunque reconociendo la fuerza catalizadora de la normativa sobre eficiencia procesal, PARRA MARTÍNEZ, Sofía, “*Dispute boards: perspectivas de uso en España*”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, 15, 2023.

ejemplo el riesgo de suspensión de la obra o servicio. También se destaca, por su carácter contractual, su funcionamiento más flexible, ágil y menos costoso que los remedios tradicionales de solución de conflictos¹⁹.

2.2. La contratación pública como campo de juego de los paneles técnicos

También con carácter previo y dándole ahora una perspectiva comparatística a este aporte, creo oportuno resaltar que no parece casualidad que estos paneles hayan *saltado* en Argentina de la regulación de los contratos de participación público-privada a las concesiones. No en vano, ambas figuras buscan implicar a sujetos privados en la ejecución de cometidos públicos instando a que aquellos asuman los riesgos inherentes a dicha ejecución²⁰. Cabe destacar que, con un éxito dispar, no sólo en el Río de la Plata.

En el sistema español es necesario recordar la historia de los efímeros contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (PPP). La figura se reguló por primera vez en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, como prescripción extensiva respecto del Derecho de la Unión Europea, que tiene, como se ha dicho ya, un rol fundamental en la materia, pero que no había abordado su regulación. Las previsiones legislativas españolas de la época reproducían, casi palabra por palabra, la conceptualización de los *contrats de partenariat* de la legislación francesa, que se había aprobado tres (3) años antes (*ordonnance* 2004-559), pero en realidad buscaban traducir la práctica británica de la financiación pública de infraestructuras, que es una cosa muy distinta. Las tipologías francesa y española de contratos de colaboración público-privada separaron sus destinos como figuras contractuales gemelas con la transposición de las últimas Directivas europeas en materia de contratación de 2014²¹. En Francia, el *contrat de partenariat*, tras múltiples reformas, acabaría cediendo su lugar al *marché de partenariat* (*ordonnance* 2015-899). Por su parte, la Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de

19 GÓMEZ MORENO, Juan Pablo, “Las *dispute boards* en América Latina: ventajas, retos y mejores prácticas para contribuir a la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región”, *USFQ Law Review*, 10(2), 2023.

20 Se critica que exista para ambas figuras una innecesaria duplicación de regulaciones en PERRINO, ya cit. Ahonda, sin embargo, en las diferencias conceptuales VEGA, Susana E., “Contrato de obra pública y contrato de participación público-privada. Diferentes modalidades para hacer infraestructura”, *La Ley*, AR/DOC/1710/2019.

21 Se trató de implantar un trasplante jurídico que no llegó a arraigar, en mi opinión por acogerse con superficialidad acrítica y sin debate conceptual o verdadero intercambio científico. Me parece una cautela importante desde la que abordar también la acogida de otras soluciones como los paneles que aquí nos ocupan.

2014, explica en su exposición de motivos que la figura contractual PPP se suprime como tal por su escasa utilidad en la práctica y teniendo en cuenta que la experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión. Que el objeto de las colaboraciones público-privadas puede articularse a través de contratos clásicos no es algo nuevo, pero que se vuelva a ellos como única solución formal abandonando la *carcasa a la carta* de las fórmulas PPP, que dejaban un amplio margen a la negociación y al diálogo ante una normativa de mínimos, no es una cosa menor desde el punto de vista de las bases del Derecho Administrativo.

En la perspectiva argentina, el ejemplo de la suerte de los seis contratos de participación público-privada firmados en 2018 para el proyecto “Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP - Etapa 1” al amparo de la Ley 27.328 lo confirma. Tras múltiples avatares y renegociaciones, con un porcentaje muy bajo de ejecución realizada, los contratos de participación tuvieron que ser finalmente rescindidos (se dio en todos los casos la extinción por mutuo acuerdo) y las obras continuaron en la modalidad de concesión (Decreto 1.036/2020)²². El régimen de los PPP preveía, ya entonces, la existencia de los paneles que aquí nos interesan. Veremos su regulación antes de analizar lo que respecto a ellos se proyecta ahora para las concesiones de obras públicas teniendo en cuenta, por último, que la ampliación de la solución de los paneles técnicos de los PPP a las concesiones tampoco me parece inocua en la perspectiva iusadministrativista. No en vano, se ha dicho que los PPP son manifestación de la huida del derecho administrativo²³, donde se tendencialmente se eliminan las exorbitancias estatales en resguardo del interés público²⁴, o al menos se atenúan²⁵, en pro de un sistema flexible de reparto y asunción de riesgos²⁶. Por eso tendrá sentido analizar posteriormente cómo influye el sometimiento de las disputas sobre la ecuación económica de las concesiones a estos paneles, teniendo en cuenta que podría estar indicando una mutación mayor de lo esperado²⁷.

22 FERREYRA, Leandro E., “Contratos de participación público-privada”, *Derechos en acción*, 19, 2021, pp. 23-86.

23 RODRÍGUEZ, María José. “La huida del derecho administrativo en los contratos PPP”, en “Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo - Instituciones, buena administración y derechos individuales”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho -año 2017, Buenos Aires, *RAP*, 2018, pp. 247-255.

24 BALBÍN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Thomson Reuters-la Ley, 2018, p. 651.

25 PERRINO, Pablo E., “Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada”, *RDA*, AP/DOC/309/2018.

26 ALDERETE, ya cit.

27 No en vano, las concesiones tradicionales se asocian al “riesgo operacional” del contratista y a prerrogativas exorbitantes del Estado en materia de dirección y control, sancionatoria, ius variandi, interpretación unilateral, etc.

3. LOS PANELES TÉCNICOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

3.1. *Los paneles técnicos en los PPP: Ley 27.328 y Decreto 118/2017*

Como ya se había avanzado, en la Ley 27.328, al recoger las previsiones que necesariamente deben contener los contratos de participación público-privada, el art. 9 w) establece desde su aprobación la posible constitución de un panel técnico, al referirse a los procedimientos y métodos de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. En desarrollo de esta previsión, el Decreto 118/2017 previó una veintena de reglas de funcionamiento para completar las que se fijasen en el pliego o en el contrato.

Así, se dispone que, de forma general y salvo previsión en contrario en tales documentos, el panel se integrará por cinco miembros con especialización acorde con la materia del contrato y que permanecerán en sus funciones durante toda su ejecución. Los miembros serán seleccionados por las partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en un oficial *listado de profesionales habilitados*. Dicha lista se confeccionará previo concurso público de antecedentes y los profesionales seleccionados la integrarán por un plazo de cuatro años. De ese listado elegirán las partes por acuerdo a los miembros y, si no fueran capaces de alcanzarlo, se designarán mediante sorteo público.

Para el proyecto “Red de Autopistas Rutas Seguras, Proyecto PPP - Etapa 1” funcionó un inicial listado provisorio²⁸, luego ampliado²⁹. Los miembros, sin embargo, nunca llegaron a ser seleccionados y al hilo de la extinción de los contratos de participación público-privada y la expresa renuncia a la intervención del panel técnico formulada en su marco, resultó inoficioso llevar a cabo el concurso de antecedentes. La experiencia, no obstante, resultó útil porque evidenció la necesidad de incorporar una serie de previsiones en la documentación licitatoria de las futuras contrataciones que se realicen bajo el régimen PPP, con el objetivo de mejorar el mecanismo de resolución de controversias, denominado panel técnico, en caso de ser estipulada su constitución. Así, se ofrecieron una serie de recomendaciones, que se incluyeron en la Disposición 1/2021 de 29 de julio de la Subsecretaría de participación público-privada³⁰, indicando la conveniencia de evitar listados provisorios, que deberían quedar para situaciones de excepción

28 Aprobado por Resolución de la entonces Secretaría de participación público-privada del ex Ministerio de Hacienda N° 1 del 17 de julio de 2018.

29 Mediante la Disposición de la Subsecretaría de participación público-privada N° 1 del 21 de febrero de 2019.

30 DI-2021-1-APN-SSPPP#JGM.

debidamente justificadas. También se recomendaba que las bases de los reglamentos que se dicten para regir el funcionamiento de los paneles técnicos formen parte de la documentación licitatoria de cada proyecto de participación público privada así como de los contratos a suscribirse con sus miembros; que el procedimiento concursal de antecedentes y la licitación pública o concurso público para la selección del contratista coincidan en oportunidad de su llamado³¹; que se incluyan, en la documentación licitatoria, los informes sobre las incumbencias y el ejercicio profesional de cada miembro del panel técnico y respecto de las normas vigentes en la materia, estipulando que las recomendaciones a emitirse deberán realizarse en el marco de su *expertise*, a fin de evitar que sus pronunciamientos excedan el campo de sus competencias específicas, y que la documentación licitatoria establezca que únicamente se podrán someter al panel técnico cuestiones de hecho de índole técnica, interpretativa o patrimonial, con exclusión de aquellas cuestiones de derecho o relativas al régimen legal. Se trata de una llamada de atención importante, a mi juicio, pues evidencia las dificultades prácticas que enfrentan estos paneles. La regulación del Decreto prevé expresamente que, salvo previsión en contrario, podrán someterse a la resolución del panel todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al contratista y la de cualquier otro acto o medida que dicte el ente contratista con efectos sobre el contrato PPP. La exclusión del debate jurídico en los paneles abre interrogantes sobre el sentido de la inclusión entre sus miembros de abogados.

Otras previsiones del Decreto atienen al deber de imparcialidad y confidencialidad de los miembros del panel, y al sufragio de sus gastos por las partes en iguales términos. Estas han de cooperar y suministrar la información que el panel les requiera, teniendo en cuenta que para someterle una controversia no será necesario presentar en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas de ningún tipo³². En su labor, el panel puede convocar audiencias y tendrá facultades

31 Las ventajas de que se constituya el panel de expertos al momento de iniciarse el contrato son varias, tal y como explica MUÑOZ, Francisco J., "El contrato de PPP y su nuevo atractivo: los mecanismos de resolución de disputas", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 4, 2017, p. 53 y ss. En particular a la p. 59 puede leerse que, en primer lugar, hace que los miembros del panel estén informados de todos los avances del contrato. En segundo lugar, facilita la producción de prueba necesaria para resolver cada una de las controversias ya que los miembros del panel recibirán documentación respecto de la construcción. En tercer lugar, se acelera la resolución de la disputa ya que los miembros del panel conocerán el proyecto, no siendo necesario informarlos.

32 En caso de haber sido presentados tales reclamos o impugnaciones, el sometimiento de la controversia al panel técnico comportará el desistimiento de dichos reclamos o impugnaciones, pero sin que ello implique reconocimiento alguno o pérdida de derechos para el contratista PPP.

para intentar que las partes concilien sus respectivas pretensiones y pongan término a la controversia de común acuerdo.

Según el régimen del Decreto 118/2017, el panel emite *recomendaciones*, que sólo serán obligatorias para las partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad en el plazo previsto. De no emitirse a su vez la recomendación en plazo, cualquiera de las partes podrá acudir (sin perjuicio de los plazos de prescripción): (i) al Tribunal Judicial competente, o (ii) en caso de haberse previsto arbitraje, al Tribunal Arbitral. A las mismas fuentes, y también con sujeción a plazo, podrá acudirse en caso de disconformidad con la recomendación, sin necesidad tampoco de impugnación administrativa previa. Si está previsto el panel, no será posible acudir directamente a otros medios de resolución de conflictos, salvo los casos de extinción del contrato por razones de interés público³³.

Cuando la decisión del panel torne definitiva, y por tanto vinculante, se podrá solicitar al Tribunal Judicial o Arbitral que ordene el cumplimiento de dicha recomendación, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y demás consecuencias jurídicas que se encuentren previstas en el pliego o en el contrato para el caso de incumplimiento.

Existe en el Decreto una última cautela que me parece importante reseñar, porque creo que deja entrever una posible reserva *tradicional* frente a las múltiples bondades que se predicán de los *dispute boards*. Se indica así que, a los efectos que el ente contratante pueda poner término, por cualquier modo de extinción de las obligaciones, a una controversia que sea sometida al panel técnico o, en su caso, pueda consentir una recomendación emitida por este, resultará necesaria la previa autorización otorgada por el ministro competente (si el ente contratante fuese un órgano de la Administración Pública Nacional), o de la autoridad superior del ente (en caso de tratarse de entes descentralizados). Previo al otorgamiento de la autorización antes referida, deberá requerirse el dictamen del servicio jurídico permanente y el de aquellas otras áreas sustantivas con competencia en la materia.

3.2. *Los paneles técnicos en las concesiones de obras públicas: Ley 27.742 y el Decreto 713/2024*

Las previsiones sobre paneles técnicos en la Ley 27.742 son relevantes, pero exiguas. Aparecen únicamente en tres puntos como reforma a la Ley 17.520 y suponiendo, como ya se dijo, unos nuevos arts. 7° *bis* y *ter*, y la sustitución del art. 12 de esta última.

33 Ello sin perjuicio del derecho de las partes de solicitar en cualquier momento al Tribunal Judicial o Arbitral competente el dictado de las medidas cautelares que fueren necesarias. Ahora bien, cuando el contratista haya sometido una controversia al panel, pendiente su pronunciamiento, no podrá disponerse la extinción con fundamento en los hechos que dieron lugar a esa controversia.

El art. 12 es el que se refiere a los mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje. Allí pasa a disponerse la posibilidad de someter a la intervención de un panel técnico o un tribunal arbitral “las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión”. De los paneles sólo se indica que “estarán integrados por profesionales independientes e imparciales, en todos los casos de acreditada idoneidad y trayectoria en la materia. Estos órganos tendrán competencia para intervenir, componer y resolver las controversias de índole técnica, de interpretación del contrato y económica o patrimonial que pudieran suscitarse durante su ejecución o extinción, aplicando a tal fin criterios de celeridad y eficacia en la tramitación de los conflictos que resulten compatibles con los tiempos de ejecución de los contratos”.

Sobre la configuración y el funcionamiento de estos paneles se expone la Reglamentación de la Ley, aprobada mediante el Decreto 713/2024. El resto de las menciones de la Ley 27.742 a los paneles técnicos tienen particular relevancia en cuanto a la intervención de los paneles en ciertas cuestiones basales de la vida de la concesión. Analizaremos los dos frentes por separado.

(i) La configuración de estos paneles técnicos

Los arts. 35 y 36 del Decreto 713/2024 ofrecen una serie de requisitos mínimos a que debe sujetarse el panel. No se trata, por tanto, de una mera regulación supletoria en defecto de previsión en los pliegos, a diferencia de lo que pasa en el ámbito de los PPP con el Decreto 118/2007.

Se señala que el panel estará integrado por tres miembros, que podrán ser cinco en el caso que por las características de las discrepancias resulte necesario sumar expertos de otras especialidades. Los integrantes serán seleccionados entre profesionales universitarios de reconocida trayectoria en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas, independientes e imparciales. Podrán también integrar los paneles técnicos profesionales de otras disciplinas universitarias en el caso de paneles integrados por cinco miembros y según la naturaleza de las discrepancias respecto de las cuales podría requerirse su intervención. Se explica que cada parte designa a uno de los tres miembros, siendo el tercero (que además es el presidente) por consenso; la documentación de la licitación deberá prever cómo proceder en caso de que no se arribe a acuerdo, con exclusión de los candidatos inicialmente postulados por las partes. Los pliegos o el contrato también habrán de determinar el reparto de los gastos en que incurra el funcionamiento del panel. Hasta aquí las principales diferencias respecto de la regulación del Decreto 118/2007.

Como en el caso de los PPP, los miembros del panel deberán ser y permanecer imparciales e independientes de las partes y guardar confidencialidad de toda la información que les sea suministrada. Igualmente, para someterle una

controversia no será necesario que el concesionario presente en forma previa reclamos o impugnaciones administrativas. También las partes tienen deber de cooperación y el panel se encuentra habilitado a convocar a las partes a audiencias y a disponer la producción de la prueba pertinente, teniendo facultades para intentar que las partes concilien sus respectivas pretensiones y pongan fin a la controversia de común acuerdo.

En cuanto a su ámbito de conocimiento, se indica que el panel entenderá, a solicitud de cualquiera de las partes, de las discrepancias de carácter técnico, económico o patrimonial que se produzcan entre ellas durante la ejecución o extinción del contrato de concesión, debiendo expedirse dentro del plazo que se fije en los pliegos o en el contrato de concesión, que podrá ser ampliado en función de las características de la controversia sometida a su consideración.

El panel técnico se pronunciará sobre las controversias que le sean sometidas mediante recomendaciones. Las recomendaciones sólo serán obligatorias para las partes en caso de que ninguna de ellas haya planteado su disconformidad dentro del plazo de treinta días desde su notificación (aquí se concreta el plazo frente a lo dispuesto en el Decreto 118/2007). El resto de la regulación es idéntica a la de los paneles PPP a la hora de regular cómo impugnar el silencio o la recomendación del panel, qué hacer frente al incumplimiento de la contraparte y también en lo que afecta a la pendencia de una controversia y su efecto respecto a la extinción del contrato de concesión.

(ii) Su ámbito de actuación concreto: equilibrio económico y extinción de la concesión

El nuevo art. 7° bis de la Ley 17.520 prevé de forma muy contundente la obligación de la Administración de garantizar durante el plazo de vigencia del contrato de concesión el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera tenida en cuenta al momento de su perfeccionamiento. La norma también dispone que, si se genera una distorsión del equilibrio contractual por causas no imputables a ninguna de las partes, “las mismas estarán facultadas para renegociar el contrato [...] de no arribarse a un acuerdo, las partes deberán someter la controversia a consideración de un panel técnico y, si correspondiere, al tribunal arbitral respectivo”.

Por su parte, en el nuevo art. 7° ter se hace un especial hincapié en la motivación del acto administrativo de la autoridad concedente por el que se disponga la extinción del contrato de concesión por razones de interés público. A tal fin, se dispone que “a efectos de encontrarse adecuadamente fundada deberá [...] someter la determinación del alcance de la reparación del concesionario, en el caso que no haya mediado previo acuerdo de las partes, a la consideración del panel técnico y/o al tribunal arbitral actuantes en el marco del contrato, en los supuestos

que el contrato de concesión no contemple fórmulas u otros mecanismos para su determinación. A dicho efecto podrá utilizarse como parámetro objetivo de ponderación las inversiones no amortizadas”.

La regulación ha sido bien valorada por la doctrina argentina, que destaca cómo con los medios tradicionales de resolución de conflictos, el concesionario que enfrenta controversias con la Administración debe transitar primero por una etapa administrativa, seguida de al menos tres etapas judiciales, con pírricas victorias y serios costes³⁴.

Cabe apreciar, no obstante, que tales valoraciones suelen hacerse de forma genérica y conjunta, uniendo los designios de los paneles técnicos a las ventajas del arbitraje, cuando en puridad son dos cosas distintas, en plano y tiempo³⁵. Así las cosas, los paneles vendrían a operar como una suerte de conciliación, previa al arbitraje/jurisdicción³⁶. Una conciliación que en principio es de naturaleza no jurídica (“técnica, económica o patrimonial” son las adjetivaciones que emplea el Decreto 713/2024), pero que va a surtir necesarios efectos jurídicos sobre las concesiones, afectando además a uno de sus lineamientos principales (la ejecución a riesgo y ventura del concesionario³⁷). En ese sentido sus ventajas e inconvenientes deberían ponderarse con respecto a otras opciones similares: los tribunales administrativos que resuelven recursos especiales. Con alguna reflexión en este sentido llego al fin a este trabajo teniendo en cuenta que con esa expresión se quiere hacer referencia a órganos independientes que operan en la vía administrativa, pero fuera del clásico recurso jerárquico o de reposición³⁸.

3.3. A modo de conclusión: paneles técnicos volátiles y tribunales administrativos estables, cuestiones técnicas y jurídicas

Sin ignorar el contexto argentino, teniendo en cuenta por ejemplo que los paneles técnicos también parecen tener proyección en el caso de las concesiones de servicios públicos³⁹, es indudable que en la Argentina se despliega una situación muy particular de necesidades estratégicas urgentes para la provisión de infraestructuras, cuyo atractivo tiene que aumentarse para los inversores y

34 IBARZÁBAL, Milagos, “El principio del equilibrio económico-financiero en la reforma de la Ley de concesión de obra pública”, *RDA*, 155, 2024, p. 175 y ss., en particular pp. 197-198.

35 La misma concepción, aplicada al ámbito privado, puede verse en FERNÁNDEZ, Leonardo, F., “Los contratos de larga duración y cláusula ‘escalonada’ de resolución de controversias”, *La Ley*, AR/DOC/2072/2024.

36 La comparación, por tanto, debería realizarse con la vía administrativa clásica y no con la judicial.

37 FLORES, Álvaro B., “Las perspectivas del contrato de concesión de obra pública en la República Argentina” *RDA*, 2024-154, 21.

38 Así late en el trabajo de MURATORIO, ya cit.

39 OLMOS, José María, “Posibilidad de un nuevo régimen de transporte ferroviario”, *RDA*, 155, 2024, pp. 144 y ss., en particular p. 154.

desarrolladores privados, nacionales e internacionales; también parece haberse asumido que ese mayor atractivo ha de pasar por atenuar las clásicas prerrogativas administrativas y fortalecer los derechos de los contratistas y sus inversores⁴⁰. Ahora bien, que los paneles técnicos formen parte del remedio balsámico para conseguirlo es algo más que dudoso, por los propios interrogantes y tensiones que les rodean.

Se ha expuesto ya que el sistema comporta riesgos importantes de funcionamiento (cfr. experiencia PPP) y que sus bondades no pueden predicarse con carácter global en abstracto (por la inexistencia de una sistemática que rodee un fenómeno esencialmente funcional), además de dar lugar a tensiones de difícil solución (al tener, necesariamente, que reglamentarse una figura cuya gran virtud en origen descansa en la libertad de pactos).

Así, aunque el debate jurídico quede excluido de la decisión de los paneles, entre sus miembros hay juristas y la regulación del ámbito de actuaciones no es, desde luego, neutral para el Derecho. Es así sobre todo con respecto a las concesiones, pues su intervención no sólo busca evitar la judicialización de la obra pública, sino que traduce la voluntad del legislador de primar la renegociación y revisión sobre la extinción del contrato⁴¹. Quizás esta sea, de hecho, su principal finalidad, pues para la prevención del conflicto parece más útil el *corpus* generado por un tribunal administrativo, estable, que también puede ser capaz de funcionar de forma ágil y eficaz. Las resoluciones de estos órganos, por tener predicamento general, otorgan una seguridad al sistema y una previsibilidad a los actores que no está al alcance de órganos que se constituyen *ad hoc* para la vida de un determinado contrato.

El recurso especial en materia de contratación es, en Europa, una de las manifestaciones más exitosas de la creación de órganos administrativos con funciones *quasi* jurisdiccionales⁴². Frente a la decisión administrativa cabrá en todo caso recurso ulterior, y su empleo es potestativo, lo que acerca estos órganos a los *dispute boards*; como en ellos, se trata de buscar un primer examen por un *tercero* objetivo e imparcial. Y es que estos órganos operan con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, pues dependen de la Administración

40 GONZÁLEZ ZAMBÓN, Ignacio, “Puntapié inicial para reactivar el desarrollo de infraestructura pública a través de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases a la Ley Nacional de Concesión de Obra Pública N.º 17.520”, *ADLA*, 2024-8, 21.

41 Así lo concluye MARTÍ, Luciana, “Aproximaciones al contrato de obra y servicios en el derecho vigente”, *La Ley*, 2024-B, 563.

42 Éxito que cabe medir tanto en términos de plazos de tramitación, calidad de las resoluciones, eficiencia social, independencia y especialización de sus miembros, satisfacción de los ciudadanos y confirmación ulterior de las resoluciones, tal y como se estudia en SANSANEDAS COLL, Jan, “Recursos especiales de contratación ¿dónde estamos?”, *Economía Industrial*, 415, 2020, pp. 99-110.

que los creó desde el punto de vista organizativo, pero no jerárquico. Su carácter estable y estructural, como órganos permanentes integrados en la organización administrativa, es su gran diferencia con respecto a los paneles técnicos y hace que sus resoluciones tengan valor de precedente administrativo. También su composición, eminente y preferentemente jurídica⁴³. Tal y como se afirma respecto de los paneles técnicos, en la práctica, muchas veces, de facto y por dar satisfacción a las pretensiones de las partes, su decisión hará innecesario plantear el conflicto ante el poder judicial (o arbitral en su caso). Ciertamente, las memorias de actividad de estos órganos de recursos en España ponen de manifiesto que existe un bajo porcentaje de sus resoluciones que sean impugnadas porque se dotan de la autoridad de los expertos y del respaldo del *corpus* evolutivo al que se ha hecho referencia. Además, muy pocas de estas impugnaciones son después estimadas⁴⁴, lo que la doctrina ha encontrado muestra de *buen criterio* dado que se evidencia en el órgano judicial una falta de especialización en la materia equiparable a la que tienen la generalidad de los miembros de los órganos de recursos⁴⁵.

Más allá del acogimiento de *modas*, la virtualidad de los paneles técnicos en la contratación administrativa argentina será algo a testar pero, a mi juicio, debería aplicarse de forma estricta a cuestiones de tal carácter técnico. El problema es que el deslinde de lo que sean estos aspectos no es fácil de trazar, como evidencia el caso de las concesiones.

Una cuestión no menor es la de la conceptualización de estos paneles dentro del espectro de los medios alternativos de solución de conflictos; sería necesario tratarlos con precisión sabiendo a qué suponen una alternativa (vía administrativa, que es como se entienden en este trabajo, o vía judicial, que es como muchas veces parece valorarse apriorísticamente) y cómo se relacionan con aquello a lo que no obstan, sino que se añaden (vía judicial y/o arbitral, según el caso). No es un reto menor teniendo en cuenta que los *dispute boards* están presididos por

43 La Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público sólo regula con detalle la composición del órgano que resuelve estos recursos en la Administración General del Estado y según la misma, se exige la condición de jurista para el presidente del órgano y no para los vocales. El resto de las Administraciones (sean institucionales especializadas sean territoriales, autonómicas o locales) pueden organizarse con diverso grado de libertad de forma autónoma. Una revisión del régimen vigente, que confirma la preponderancia de perfiles jurídicos entre los integrantes de estos órganos, puede verse en RÍOS MARÍN, Esperanza, “Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación”, *Documentación Administrativa*, 10, 2023, pp. 1-15.

44 Pueden verse estadísticas actualizadas en el “Informe sobre la justicia administrativa 2023”, https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2023/12/Informe_CIJA_2023_WEB.pdf.

45 VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, 2016, p. 303 y ss., en particular pp. 314 y 315.

las ideas de flexibilidad, adaptación y empirismo. Posiblemente tampoco puedan definirse al margen de ello.

Sea como fuere, la puesta a disposición de estos instrumentos de conciliación no parece que deba estar reñida, al menos en todo caso, con el establecimiento de tribunales administrativos independientes, con recursos especiales, de carácter jurídico, y funcionamiento más ágil y rápido que los recursos administrativos clásicos. Parece que algunas provincias argentinas han intentado explorar esa vía ya, bien que de momento de manera infructuosa⁴⁶. Todo puede sumar.

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

Es Profesora en la Universidad de Oviedo y Letrada del Tribunal Constitucional de España.

46 MURATORIO, ya cit.

EL AMPARO POR MORA EN LA REFORMA DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

LUIS CASARINI

Docente de la Facultad de Derecho;
Universidad Nacional de Lomas de Zamora;
Funcionario de Cámara en lo Contencioso
Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ampliación del ámbito de aplicación y fortalecimiento del amparo por mora (arts. 28 y 29 LNPA). 3. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Como enseña Gordillo, el amparo por mora es uno de los instrumentos tendientes a contrarrestar “[e]l arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es el silencio, la demora, la inercia y la inexpresividad: Frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inexorable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, o sin que luego de ésta se resuelvan los recursos administrativos, produce un efecto profundamente lesivo al derecho del administrado, para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva”¹.

Al respecto, Hutchinson ha manifestado que “no decidir o decidir fuera de plazo constituyen conductas irregulares de la Administración, que perjudican al particular y atentan contra el accionar eficaz de aquella”².

El instituto procesal analizado se encuentra normado en el orden nacional en los arts. 28 y 29 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y posibilita que quien sea parte en el procedimiento administrativo acuda a la vía judicial, a fin de que se emplace a la Administración a que cumpla con su cometido: decidir las cuestiones sometidas a su resolución, en un plazo que le fije el juez. La decisión final de este no puede ser otra que: “despache la

1 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. 4, p. 589 y ss.

2 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimiento Administrativo ley 19.549*, 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 38.

Administración las actuaciones en forma expresa”. Temperamento que adquiere mayor énfasis a la luz de los “principios fundamentales” enunciados en el flamante art. 1º *bis*, LNPA entre otros, buena administración, eficiencia burocrática, transparencia, buena fe y confianza legítima³.

Adviértase que el amparo por mora se desarrolla orgánicamente dentro del proceso, pues su tramitación y resolución es efectuada por órganos jurisdiccionales *stricto sensu*; sin embargo, los efectos que produce se refieren al procedimiento administrativo, ya que su finalidad es que se intime a la administración a dictar la resolución o realizar el trámite omitido, por lo tanto apunta a que continúe un procedimiento administrativo atrasado o paralizado. Por ello, funcional o teleológicamente, es posible también analizarlo dentro del procedimiento administrativo, sin perjuicio de que sus normas sean principalmente de carácter procesal⁴.

No debe olvidarse que un elemento primordial de la concepción del Estado de Derecho sigue siendo, incesantemente, la limitación del poder para preservar una esfera autónoma de acción y de realización a los ciudadanos. Parte de la primacía del individuo, el Estado no es un hecho político originario sino una creación o prolongación de la nación, producto de un pacto entre los individuos, para defenderse y protegerse, tal y como Rousseau lo expresó en su Contrato Social. Esta es también la fuente de la que surge todo el Derecho, integrado por las leyes que aprueban las asambleas de representantes elegidos. En el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la *juridicidad*⁵

3 En efecto, el nuevo texto del art. 1º *bis* enumera un ampliado elenco de principios, a los que adjetiva fundamentales, los cuales deberán regir el procedimiento administrativo. Además de darles tratamiento por separado respecto a la determinación de su ámbito de aplicación, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) refiere expresamente al vocablo principios, los que si bien siempre fueron concebidos como tales, no eran nominados de esa manera. En su redacción primigenia, la LNPA aludía a que sus normas se ajustarían a determinados requisitos que contemplaba. Ahora, en línea con su habitual denominación –receptada por todos– la ley señala ciertos principios fundamentales y mantiene la mención de los citados requisitos. Al respecto un sector de la doctrina manifiesta cierto escepticismo acerca de la eficacia de los principios generales para mejorar la protección de los particulares, ya que “[a]l enunciar principios en lugar de reglas, el legislador delega en el juez la construcción de la norma, dado que, frecuentemente, un principio puede oponerse a otro (por ejemplo, la tutela administrativa efectiva frente a la seguridad jurídica), exigiendo así al tribunal arbitrar entre los principios en pugna. Ello puede dar lugar al tratamiento dispar de situaciones análogas basado en la apreciación particular del magistrado” (cfr. MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *La Ley* del 12/07/2024).

4 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo...*, ya cit., T. 4, p. XIII-4 y ss.

5 Adviértase que el principio de *juridicidad* se presenta como más amplio que el de *legalidad*, jugando en realidad un rol diferente al de este último. En efecto, como enseña Fernández el principio de *juridicidad* exige que la Administración actúe “...con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo esta última expresión no solo a la ley en sentido formal –es decir al acto estatal,

y a la *razonabilidad constitucional* (arts. 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional, CN)⁶.

Bajo este prisma, el quehacer de la Administración se subordina al ordenamiento jurídico, el cual también establece mecanismos que regulan las relaciones entre sus componentes, no solamente organizando la autoridad o las manifestaciones de esta, sino determinando dispositivos que habilitan la intervención de los particulares en la participación y control de aquella. Al punto que cuando hay omisión, reticencia, pasividad o desidia en observar esos deberes delineados por las normas a la Administración, entonces habrá que recurrir al mismo ordenamiento jurídico para buscar soluciones por las que el administrado pueda enfrentar la inactividad y superarla. Las mismas operan como disparadores para efectuar su estructuración como técnicas jurídicas que brindan una respuesta o varias ante este determinado conflicto y cuentan con mecanismos o procedimientos propios que serán objeto de análisis.

Y en cuanto aquí importa, el derecho de petición tiene raigambre constitucional, ya que el mismo se encuentra reconocido en el art. 14 de nuestra Ley Fundamental, cuando establece los derechos civiles. Frente a este derecho debe existir, como correlato lógico, la obligación de la administración de resolver o expedirse sobre aquello que le fuera planteado. Por lo tanto, no resolver, no expedirse o hacerlo fuera de plazo constituye un incumplimiento a ese deber que, como se dijo, posee carácter constitucional⁷.

Adviértase que el derecho de peticionar y de interponer recursos administrativos es un derecho de los individuos que integra también la garantía constitucional de la debida defensa o debido proceso⁸. Una postura contraria implicaría

general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de leyes— sino también, al sistema jurídico entendido como unidad. Por ello, resulta, entonces, más preciso, terminológica y conceptualmente, referirse no a la legalidad en sentido estricto sino a la *juridicidad* en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender. El principio de juridicidad es, antes y mucho más que el principio de legalidad, el verdadero trasunto del Estado de Derecho, la vigencia de aquél está implícita en la sola invocación de éste” (cfr. FERNANDEZ, Sergio G, *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina - Hispania Libros, 2021, p. 56 y ss.

6 CSJN, Fallos: 345:951, voto del juez Rosatti.

7 CASARINI, Luis E., *La acción de amparo por mora*, Buenos Aires, Lajouane, 2021, p. 18 y ss.

8 Cabe advertir que el principio de *tutela administrativa efectiva* enunciado en el art. 1º *bis* de la LNPA es la nueva denominación de la garantía del “debido proceso adjetivo” que contenía el texto original de la LNPA. En el mismo orden, es dable destacar la recepción a nivel legislativo (como facetas de la *tutela administrativa efectiva*) de los principios de plazo razonable —sentado por la Corte Suprema en el caso “Losicer”, Fallos: 335:1126, 2012— y de gratuidad del procedimiento administrativo.

una virtual denegación de justicia, ya que mediante la acción en estudio se trata de lograr un adecuado ejercicio del derecho de defensa del particular.

El administrado tiene el derecho fundamental a que se resuelvan fundamentadamente sus peticiones, ya que eso es nada más que lo que por derecho corresponde. Entonces, debe adoptarse un criterio amplio acerca de la procedencia de los medios conducentes a que aquel derecho se haga realmente efectivo. Es que la Administración Pública está compelida a dar respuesta a las peticiones que los habitantes realicen ante ella, y el motivo de aquello se encuentra en la consagración constitucional del derecho de peticionar ante las autoridades, que también tiene respaldo convencional en tanto el art. 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a obtener una decisión fundada que considere los argumentos esgrimidos por parte del ciudadano⁹.

Bajo ese prisma, el amparo por mora se presenta como un proceso contencioso especial y puntual por lo abreviado, cuyo objeto no es el libramiento de una orden judicial para que la Administración se expida de determinada manera, sino únicamente para que lo haga en forma expresa sin indicar el sentido del pronunciamiento de trámite o de fondo a que deba hacerlo.

A continuación analizaremos los cambios más relevantes que introduce la reforma en el instituto bajo examen.

2. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FORTALECIMIENTO DEL AMPARO POR MORA (ARTS. 28 Y 29, LNPA)

a) En primer lugar, la reforma amplía el alcance del amparo por mora en cuanto al ámbito de procedencia. En efecto, hasta ahora el instituto era procedente en los casos en los que la autoridad administrativa demoraba la emisión del dictamen o la resolución (ya sea de mora trámite o de fondo) requerida por el interesado¹⁰.

9 La jurisprudencia posterior a la reforma constitucional ha dado aplicación a este precepto: Ha de recordarse que en el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el art. 75, inc. 22, del nuevo texto de la Carta Magna– al reiterarse el reconocimiento del derecho a peticionar a las autoridades, se impone a éstas el deber de una pronta resolución. En síntesis, del derecho constitucional de peticionar a las autoridades (arts. 14, 18 y 75, inc. 22 de la CN) surge que la administración tiene la obligación de expedirse expresamente respecto de las peticiones formuladas por los particulares y, consecuentemente, que a éstos les asiste el derecho a que aquélla resuelva su petición, ya sea rechazando o reconociendo su pretensión. Asimismo, ha de enfatizarse que el derecho a la buena Administración pública que prevé el art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, incluye el derecho a que las decisiones se adopten en plazo razonable (cfr. CASARINI, Luis E., *La acción de amparo por mora*, Buenos aires, Lajouane, 2021, p. 18 y ss.).

10 El anterior texto protegía no solo contra la inactividad decisoria, sino también contra la inactividad instructoria. En tales condiciones, al menos quedaban abarcados: a) la resolución de fondo; b) la resolución mero trámite, y c) el dictamen, aunque cabe aclarar desde el principio que

El nuevo texto agrega como supuesto habilitante del amparo por mora, la dilación del órgano administrativo en expedir la “interpretación aclaratoria” que se hubiere requerido a la Administración, lo que conlleva el deber de la autoridad de brindar respuesta al interrogante planteado por el particular. Ello así toda vez que, frente a normas o regulaciones confusas, ambiguas o contradictorias, es imperativo que el órgano encargado de aplicarlas clarifique su alcance¹¹. Así lo imponen, entre otros, los principios en el art. 1º *bis* ya mencionados. Y dicha interpretación aclaratoria debe ser emitida, necesariamente, dentro de un plazo razonable, según las circunstancias del caso.

b) Asimismo, establece que el magistrado deberá solicitar a la autoridad administrativa interviniente el informe sobre las causas de la demora “si hubiere vencido el plazo fijado al efecto o si considerare irrazonable la demora”, supuesto que antes dejaba para el caso en que “lo estimare pertinente”¹².

c) Por otra parte la reforma instituye algunos plazos para el proceso en cuestión, cuando antes otorgaba al juez la facultad para fijar su totalidad. De esa manera, se fijan plazos de cinco (5) días hábiles judiciales, tanto para que la autoridad interviniente produzca el informe acerca de las causas de la demora aducida y el plazo dentro del cual expedirá la medida solicitada, como para el traslado que de dicho informe debe correrse al peticionante.

d) De otro lado, el incumplimiento de la resolución judicial que admitía el amparo por mora carecía de sanción efectiva ante la remisión a la sanción prevista en el art. 17 del Decreto Ley 1.285/1958. Este dispositivo establece que toda falta en que incurran los funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado nacional o provincial ante los tribunales nacionales, actuando en su calidad de tales, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente, a los efectos de la imposición de la sanción disciplinaria que proceda.

Como se ve, la disposición citada se dirige solo a deslindar la responsabilidad disciplinaria, pero no a procurar la observancia del mandato judicial. Además, no se trata de la previsión de una sanción al incumplidor, sino de una mera comunicación de la situación al órgano superior jerárquico para que proceda, en su caso, a imponer la reprimenda. Por cierto, no faltarían ocasiones en que el incumplimiento del mandato judicial de resolver, por las razones que fuere, no sea del desagrado del superior.

la mención de la norma (“sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo”) era simplemente enunciativa; debiendo incluirse los informes y cualquier otra medida preparatoria (no habría diferencias entre estas y el dictamen) (cfr. CREO BAY, Horacio y HUTCHINSON, Tomas, *Amparo por mora de la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 103.

11 Ver: MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma...”, *ya cit.*

12 Ver: VILLATA, Ricardo A., “Modificaciones de la Ley de Bases a la normativa nacional de procedimientos administrativos”, *Anales de Legislación Argentina*, Agosto, N° 8, 2024.

En este marco, la activación de los resortes disciplinarios en el ámbito administrativo no era frecuente. Por lo tanto no cabía alentar demasiadas expectativas acerca de que el mandato del art. 29 sea idóneo para torcer la reticencia de la Administración condenada en el proceso¹³.

Ahora bien, el nuevo texto, además de agregar a la sanción del texto anterior “las demás responsabilidades que pudieren corresponder por dicha desobediencia”, establece la posibilidad de que el juez incluya en su resolución “el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante de no respetarse el nuevo plazo aceptado o fijado”.

Tal apercibimiento debiera constituir ahora un importante aliciente para que la administración cumpla con el plazo judicialmente fijado¹⁴.

e) Por último, la reforma establece la posibilidad de impugnación de la decisión judicial, y prescribe en qué casos esta resultará apelable¹⁵, así como el efecto con el que cabe conceder el recurso de apelación, el cual será devolutivo, es decir, sin suspender la ejecutoriedad de la orden emitida a la administración¹⁶.

Se trata de un importante cambio, que revierte la jurisprudencia que le asignaba efecto suspensivo a la apelación, lo que –para un sector de la doctrina– en la práctica desvirtuaba la celeridad inherente a este remedio¹⁷.

De este modo, se fortalece el mecanismo del amparo por mora ya que se prevé que el recurso de apelación contra la sentencia que hace lugar al amparo no tiene efecto suspensivo.

En definitiva, el nuevo texto despeja varios interrogantes habidos en torno a la recurribilidad judicial de las decisiones procesales adoptadas en este proceso.

3. REFLEXIONES FINALES

Los cambios que introduce la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto Ley 19.549/1972), incluida como un capítulo de la Ley

13 GUSMAN, Alfredo Silverio, “La garantía del amparo por mora contra la inactividad formal de la Administración”, *JA* 2018-I, 1505.

14 Ver: MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma...”, *ya cit.*

15 Si bien la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el plenario “Transportes de Caudales Zubdesa SA c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, de fecha 5 de febrero de 1985 estableció como doctrina legal que la sentencia que dicta el juez de primera instancia, otorgando o no la orden de pronto despacho, sí es apelable en cuanto resuelve sobre la existencia o inexistencia de la mora, abandonando así el criterio anterior del plenario “Esperanza” (LL, 1981-A, 180, año 1980). Dicha jurisprudencia es la que resultaba plenamente aplicable en los procesos de amparo por mora, y según ella entonces deviene apelable “la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión,” pero no la providencia “acerca de la procedencia de la acción y el consecuente requerimiento a la autoridad administrativa.” (cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. IV, p. 13).

16 VILLATA, Ricardo A., “Modificaciones de la Ley de Bases...”, *ya cit.*

17 MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma...”, *ya cit.*

de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742, tienen, en general, apoyo en la doctrina y, en algunos casos, en la jurisprudencia. Las modificaciones son muchas y merecerán seguramente notas y comentarios que enriquecerán y precisarán su contenido¹⁸, amén de la jurisprudencia que irá dando contornos definitivos al nuevo texto. Lo que cabe buscar, entonces, es el *justo equilibrio* entre los intereses del Estado y el de los particulares, entre las prerrogativas de la administración y las garantías de los administrados.

Ahora bien, en relación al amparo por mora y conforme hemos analizado precedentemente, cabe advertir que si bien la redacción anterior guarda similitud conceptual con el nuevo texto, éste último efectúa algunos cambios, instituyendo una ampliación de su ámbito de aplicación y siendo más preciso en cuanto a supuestos y plazos.

Al respecto, cabe advertir que el administrado tiene el *derecho fundamental a que se resuelvan fundadamente sus peticiones*, ya que eso es nada más que lo que por derecho corresponde, por ello, entendemos que *debe adoptarse un criterio amplio acerca de la procedencia de los medios conducentes a que aquel derecho se haga realmente efectivo*. Como ya dijimos, la Administración Pública está compelida a dar respuesta a las peticiones que los habitantes realicen ante ella, y el motivo de aquello se encuentra en la consagración que la Constitución Nacional (CN) hace del derecho de peticionar ante las autoridades su el artículo 14, que también tiene respaldo convencional en tanto el art. 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a obtener una decisión fundada que considere los argumentos esgrimidos por parte del ciudadano.

18 Cassagne y Perrino advierten que la reforma “...inaugura una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, signada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de protección de derechos humanos de jerarquía constitucional, cuya tutela efectiva se garantiza en sede administrativa y judicial. De ese modo, la legislación administrativa argentina da un paso importante al alinearse con la tendencia que marca el camino del Estado de Derecho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional, dando cumplida la aplicación a los principios que surgen de tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”, (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *La Ley*, 17/09/2024). En la misma línea, Mairal y Veramendi consideran que la reforma “... significa un avance para nuestro derecho administrativo, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que acostumbra a inspirarse. Particularmente, las modificaciones introducidas en estas últimas décadas en las legislaciones francesa, italiana y española, habían dejado a nuestro sistema muy rezagado en lo que concierne a la tutela efectiva de los derechos de los particulares y a la seguridad jurídica que estos, y no solo el Estado, merecen [...] La reforma introducida por la Ley de Bases remedia o mitiga muchos de los defectos del texto preexistente. Es esta la primera ley que, desde la restauración de la democracia en 1983, reforma la LPA para mejorar la situación jurídica de los particulares frente a la administración (cfr. MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma...”, *ya cit.*).

Y no se puede dejar de enlazar a dicho derecho con el “principio de buena administración”, enunciado en el art. 1º *bis*, LNPA, y, como contrapartida, con el consiguiente “derecho a una buena administración”, expresamente plasmado en el art. 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en la Cumbre de Niza, siendo este reproducido en el denominado “Código europeo de buena conducta administrativa”, que entre sus previsiones abarca el derecho de petición, el derecho a recibir una motivación sobre todas las decisiones administrativas, el derecho a la vista de las actuaciones, el derecho de informarse sobre los trámites, el derecho a la reparación de los daños imputables a la Administración, el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela administrativa y el derecho a la celeridad y cumplimiento de los plazos¹⁹.

LUIS CASARINI

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Aduanero por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Autor de numerosas publicaciones en revistas jurídicas especializadas sobre cuestiones vinculadas al Derecho Público, con particular referencia al Derecho Administrativo.

19 Cfr. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Revista Misión Jurídica*, año 2014. Según dicho autor, la centralidad del ciudadano para la Administración Pública y su posición estelar en el nuevo Derecho Administrativo, han permitido que, en la Unión Europea, la Carta Europea de los derechos fundamentales haya reconocido el derecho fundamental de los ciudadanos europeos a la buena Administración Pública. Este derecho, se concreta en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables. En este marco, en el seno del procedimiento administrativo, la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que adquieren una relevancia singular.

UN PRIMER ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES A LA LNPA SOBRE CUESTIONES VARIAS EN MATERIA DE “CADUCIDAD” Y “PRESCRIPCIÓN” DE ACCIONES Y DERECHOS

JULIO C. DURAND

Profesor Titular, Universidad del Centro de
Estudios Macroeconómicos de Argentina.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. El régimen original de la LNPA (1972). 2.2. Las modificaciones posteriores al régimen de la LNPA. 3. Las modificaciones incorporadas por la Ley 27.742 (Ley de Bases) en materia de caducidad y prescripción. 3.1. Extensión de los plazos de caducidad en la vía impugnatoria. 3.2. Extensión de los plazos de caducidad en la vía reclamatoria. 3.3. Efecto de la interposición de recursos, reclamos y acciones judiciales sobre los plazos de caducidad y prescripción. 3.4. Plazo para impugnar vías de hecho. 3.5. Plazo para impugnar actos contractuales. 3.6. Plazo para deducir los recursos directos. 3.7. Clarificaciones sobre el régimen del silencio. 3.8. Control de oficio de la habilitación de instancia. 3.9. Modificaciones en materia de prescripción. (i) Plazos de prescripción de la nulidad absoluta y relativa. (ii) Planteo de nulidad absoluta o relativa como defensa. 4. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 27.742 (Ley de Bases)¹ modificó la mayoría de los artículos de la LNPA² e incorporó novedades relevantes en el régimen de *caducidad* y *prescripción* de acciones y derechos en el Derecho Administrativo de jurisdicción nacional.

La importancia del tema es incuestionable: los plazos de caducidad y prescripción condicionan el acceso del interesado a la revisión –en sede administrativa o judicial– de los actos administrativos que puedan afectarlo, tanto como la promoción de las demandas judiciales con pretensiones “no impugnatorias”.

1 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, B.O. del 28/07/2024.

2 Decreto Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, B.O. 27/04/1972 y sus posteriores modificaciones.

La regulación de estas cuestiones en la LNPA dio lugar a numerosas controversias, que dividieron a la doctrina y la jurisprudencia³. Como veremos en este trabajo, la reciente modificación de la LNPA por la Ley de Bases mantuvo esencialmente en pie el sistema que exige el *agotamiento de la vía* e impone plazos de caducidad para la promoción de acciones y recursos, pero extendió la duración de estos plazos, morigeró algunas de las aristas más restrictivas del régimen, y aclaró una buena parte de las oscuridades y ambigüedades de las normas anteriores, en general, en un sentido más favorable a la tutela judicial y administrativa efectiva. Sin perjuicio de ello, como ocurre inevitablemente con las normas complejas, la modificación proyecta nuevos interrogantes que deberán ser dilucidados por la doctrina y la jurisprudencia⁴.

2. ANTECEDENTES

Nos limitaremos a un sucinto repaso de los antecedentes más relevantes, para poner en su contexto las modificaciones que comentamos.

En un periodo inicial (desde la sanción de la Constitución Nacional, CN) la jurisdicción nacional distaba de contar con una regulación detallada y completa en materia de *control judicial de la actividad administrativa*. Con el tiempo se fueron sancionando algunas normas especiales con plazos de *caducidad* para la impugnación judicial directa de ciertos actos administrativos específicos; estas disposiciones convivían con un régimen general, reglado por la Ley 3.952⁵ de 1900, que exigía una previa “autorización legislativa” para demandar al Estado, posteriormente modificado por la Ley 11.634⁶ de 1932, que reemplazó esa venia legislativa por una “reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo” (para la que no había plazo) cuya denegación, o la configuración del silencio, permitían la promoción de la acción sin otras limitaciones que la prescripción.

3 Cassagne explica que “las complicaciones que exhibe el modelo adoptado en el orden nacional afloran en aspectos fundamentales del sistema, desde el ámbito de ambas vías procesales, sus relaciones y la naturaleza y fines de los plazos de caducidad, la aplicación de oficio de estos últimos y la renuncia a invocarla por parte de la Administración, hasta su inaplicabilidad ante la presencia de vicios o defectos de nulidad absoluta que afectan el orden público administrativo” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 13ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2021, T. II, p. 635).

4 Cassagne y Perrino anticipan que esta reforma “como toda nueva ley, máxime cuando modifica o sustituye el texto de un cuerpo normativo anterior con doctrina y jurisprudencia discrepantes, plantea, por lo común, una serie de dudas y cuestiones de interpretación. El principio de mayor peso o entidad que debe regir una interpretación de esta índole conduce a privilegiar aquella que en mayor medida protege los derechos fundamentales de las personas”. (CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *La Ley*, diario del 17 de septiembre de 2024).

5 Adla, 1889-1919, p. 490.

6 B.O. del 28/09/1932.

2.1. *El régimen original de la LNPA (1972)*

La LNPA de 1972 modificó sustancialmente este panorama, en especial mediante las normas incorporadas en su Título IV⁷.

En primer lugar, la ley sistematizó una “vía impugnatoria” para el cuestionamiento judicial de los actos administrativos “de alcance general” y “de alcance particular”, y la condicionó a dos requisitos de admisibilidad: el previo agotamiento de la vía (por medio del “recurso jerárquico” para los actos de alcance particular, y del “reclamo impropio” para la impugnación directa de los actos de alcance general) y la necesidad de interponer la acción judicial dentro de un plazo de “caducidad” de noventa (90) días desde la notificación del acto que agota la vía.

La ley también reguló una “vía reclamatoria” para las pretensiones que no tuviesen por objeto la impugnación de un acto, reiterando la necesidad (aunque con algunas excepciones) de promover un “reclamo previo” –sin plazo– como condición de agotamiento de la vía, y sin condicionar expresamente el inicio de la acción judicial posterior a un plazo de caducidad (ni frente a la denegatoria expresa de tal reclamo, ni frente a la configuración del silencio).

El salto cualitativo que implicó la sanción de la LNPA es indiscutible con sólo mencionar que reguló por primera vez en el ámbito nacional, de un modo más o menos completo, las principales cuestiones de procedimiento administrativo, acto administrativo, silencio administrativo e impugnación judicial de actos de alcance general y particular, cuya única fuente hasta ese momento era una jurisprudencia incompleta y una doctrina heterogénea y divergente. En definitiva, como señala Cassagne, la LNPA logró “juridizar la actividad administrativa proveyendo a los particulares de los instrumentos garantísticos indispensables para afrontar la defensa de sus derechos frente a los actos lesivos de los poderes públicos” ya que antes de su sanción “el derecho administrativo argentino [...] era una herramienta prácticamente ignorada por la Administración y los particulares”.

7 Explica Cassagne que “el Título IV contiene normas generales sobre impugnación judicial de actos administrativos, amparo por mora de la Administración Pública y reclamo administrativo previo a la demanda judicial, cuyas fuentes han sido para los dos primeros temas el Anteproyecto del Código en lo Contencioso Administrativo de la Nación elevado al Ministerio de Justicia en el año 1968 por la Comisión integrada por los doctores Marienhoff, Bidart Campos, Bosch, Linares y Cozzi, y en lo que hace a la reclamación administrativa previa, la jurisprudencia sobre la materia y las opiniones del doctor Juan Francisco Linares.” (CASSAGNE, Juan Carlos, “Trascendencia y contenido de la ley nacional de procedimientos administrativos”, *La Ley* 2000-D, 1175).

Lo anterior, sin embargo, no evitó que el régimen de control judicial establecido en la ley fuera objeto de justificadas críticas⁸ y quedara sujeto a nuevas interpretaciones doctrinales dispares, e incluso contradictorias⁹.

2.2. *Las modificaciones posteriores al régimen de la LNPA*

Sin considerar por el momento las modificaciones incorporadas por la reciente Ley 27.742, vale recordar que la LNPA tuvo dos reformas anteriores, por medio de las Leyes 21.686¹⁰ y 25.344¹¹.

La primera de ellas no incorporó modificaciones relevantes en las cuestiones que hoy analizamos¹². La segunda, en cambio, modificó el régimen del “reclamo previo” regulado por los arts. 30, 31 y 32 de la LNPA, al mismo tiempo que suspendió los plazos de todas las demandas en curso contra el Estado Nacional y obligó a notificar a la Procuración del Tesoro de la Nación la existencia de esas demandas (y de todas las que se promuevan en el futuro, con carácter previo al primer traslado) para que el órgano evalúe “tomar la intervención que considere pertinente”¹³. En línea con un evidente propósito de intensificar las prerrogativas procesales de la Administración y restringir el acceso al control judicial (con el consiguiente deterioro de la igualdad procesal) la Ley 25.344:

a) Aclaró que la denegatoria expresa del reclamo era irrecurrible en sede administrativa;

8 Por todos, ver MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 130 y ss.

9 Por ejemplo, una parte de la doctrina (HUTCHINSON y otros) sostenía que la decisión administrativa que resolvía el “reclamo previo”, en tanto era en sí mismo un “acto administrativo de alcance particular”, debía ser impugnada dentro del plazo perentorio de caducidad de noventa (90) días del art. 25 inc. a) (ya que este artículo era aplicable a *todos* los “actos administrativos” sin distinción de origen o naturaleza). Para otra parte de la doctrina, en cambio, en la medida en que la LNPA no disponía expresamente un plazo de caducidad para impugnar la denegatoria del reclamo, la acción quedaba únicamente sujeta al plazo de prescripción. Finalmente fue esta última posición la que contó con el aval de la Corte Suprema de Justicia, en la casa “Mackentor” (CSJN Fallos: 312:1017, “Mackentor S.A. v. Obras Sanitarias de la Nación s/daños y perjuicios”, del 27/06/1989).

10 B.O. del 25/11/1977.

11 B.O. del 21/11/2000.

12 La ley modificó el texto de los arts. 1º, 9º, 15, 17, 25, 28, 30 y 32 de la LNPA, pero sólo para aclarar o completar sus disposiciones (por ejemplo, aclaró que los noventa (90) días del plazo referido en el art. 25 eran *hábiles judiciales*, dispuso que ese plazo en la impugnación de vías de hecho y hechos administrativos se contaba desde que ellos “fueren conocidos por el afectado”, y concedió que el reclamo previo no era necesario cuando “se demandare a un ente autárquico, o una empresa del Estado, una sociedad mixta o de economía mixta o a una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, o las sociedades del Estado, o a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio”).

13 Conf. art. 6º, Ley 25.344.

- b) Aclaró que los jueces debían controlar de oficio y en forma previa las condiciones de admisibilidad de la demanda (es decir, el agotamiento de la vía y el respeto de los plazos de caducidad);
- c) Limitó las excepciones al reclamo previo a solamente dos (acción de repetición, y daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual);
- d) Estableció, en el nuevo texto del art. 31 de la LNPA, que el pronunciamiento acerca del “reclamo previo” debía efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado, y agregó que, vencido ese plazo “el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, *la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción...*”

La redacción de esta última norma implicaba un reenvío desde la *vía reclamatoria* a la *vía impugnatoria* en caso de silencio¹⁴. De este modo, aunque no calificó expresamente a la denegatoria del reclamo como un “acto administrativo de alcance particular”, lo cierto es que la Ley 25.344 impuso un plazo de caducidad para la promoción de la acción judicial subsiguiente. Nuevamente, la redacción de este artículo dividió a la doctrina, que postuló tres interpretaciones alternativas:

- a) Que el plazo de caducidad se aplicaba *sólo frente al silencio* (admitamos que es lo que parece decir la norma);
- b) Que ese plazo se aplicaba tanto en caso de silencio como de denegatoria expresa (a partir de un argumento a fortiori, que consideraba absurdo que se aplique un plazo de caducidad para el caso del silencio, y no frente a la denegatoria expresa), o finalmente;
- c) Que tal plazo se aplicaba sólo para la denegatoria expresa. Esta fue la solución consagrada por la Corte Suprema en el caso “Biosystems”¹⁵.

14 Antes de esta reforma, a LNPA disponía que una vez vencido el plazo para que la Administración resuelva el reclamo administrativo previo, “el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá iniciar la demanda *en cualquier momento*, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”.

15 CSJN Fallos: 346:921, “Biosystems S.A. c/ EN - M° Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo”, sentencia del 11/02/2014. Personalmente, hemos explicado que disintimos con esta solución, no porque sus efectos sean negativos sino por la imposibilidad de “interpretar” la norma en el sentido propuesto frente a la claridad de su texto (que, a nuestro juicio, debió conducir a la declaración de su inconstitucionalidad). En este sentido explicamos que “el art. 31 de la LNPA es suficientemente explícito al disponer la aplicación del plazo de caducidad del art. 25, LNPA al caso del silencio denegatorio del “reclamo administrativo previo”, y que tal solución –por las razones expuestas a lo largo de este comentario– resulta inconstitucional, tal como había sido declarada por la Sala III de la Cámara en esta causa ‘Biosystems’” (ampliar en DURAND, Julio C., “La Corte Suprema y el plazo para promover demanda contra el Estado en la llamada ‘vía reclamatoria’”, *La Ley* 2014-D, 400).

Ahora sí, luego de este breve repaso vamos a ver las modificaciones incorporadas por la Ley 27.742.

3. LAS MODIFICACIONES INCORPORADAS POR LA LEY 27.742 (LEY DE BASES) EN MATERIA DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

Una de las novedades más notorias es la extensión de los plazos de caducidad para la promoción de las acciones judiciales en las *vías impugnatoria y reclamatoria*.

3.1. Extensión de los plazos de caducidad en la vía impugnatoria

En la vía impugnatoria, el nuevo art. 25 de la LNPA¹⁶, donde antes decía que la acción judicial de impugnación contra actos de alcance general o particular debía “deducirse dentro del plazo *perentorio* de 90 días hábiles judiciales” ahora dice que “deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales” (es decir, se duplicó el plazo, que equivale ahora a aproximadamente 9 meses).

La eliminación del término *perentorio* no parece tener mayores consecuencias, desde que –independientemente de los adjetivos calificativos– este plazo todavía condiciona y limita la promoción de la acción, impidiéndola luego de su vencimiento¹⁷.

Vale recordar que la extensión alcanzó además a los plazos para la promoción de *recursos* dentro del procedimiento administrativo: como la LNPA ahora establece que el plazo para interponer los recursos administrativos que agoten la vía “no puede ser inferior a 30 días” (conf. art. 23, d) en el Reglamento de la Ley se duplica también (de 15 a 30 días) el plazo para el recurso jerárquico¹⁸.

16 LNPA, Artículo 25.- “La acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:

- a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;
- b) Si se tratare de actos de alcance general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;
- c) Si se tratare de actos de alcance general impugnados a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;
- d) Si se tratare de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

No habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. La falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción”.

17 El art. 23, b) de la LNPA dispone que “será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa” y el art. 25 que “[l]a acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores *deberá deducirse* dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales...”.

18 Conf. art. 90 del Decreto 1759/72, con las modificaciones incorporadas por el Decreto 695/2024. El mismo plazo es aplicable al recurso de alzada, por la remisión que realiza el art. 94 *in fine* del RLNPA. En cuanto al “recurso de reconsideración”, aunque no se trata de un recurso

3.2. *Extensión de los plazos de caducidad en la vía reclamatoria*

Como lo mencionamos al comienzo, el plazo para interponer la acción judicial en la *vía reclamatoria* siempre estuvo rodeado de cierta polémica, tanto frente a la denegatoria expresa del “reclamo administrativo previo” como frente al silencio.

La interpretación que correspondería considerar vigente al momento del dictado de la Ley de Bases es la que resulta del citado fallo “Biosystems” de la CSJN, según la cual, frente a la configuración del silencio, la demanda podía ser interpuesta en cualquier momento dentro del plazo de prescripción. Ahora bien, el precio pagado para justificar esa interpretación¹⁹ y al mismo tiempo reconocer algún sentido al texto del art. 31 reformado por la Ley 25.344, fue considerar que el plazo de caducidad sí era aplicable *frente a la denegatoria expresa* (algo que, hasta ese momento, la jurisprudencia de la Corte no exigía, y el texto de la Ley 25.344 no parece requerir, al menos literalmente).

La Ley de Bases consolida este criterio y lo vuelca al nuevo texto del art. 31 de la LNPA²⁰, que ahora distingue perfectamente el *silencio frente al reclamo* (en cuyo caso la demanda “podrá ser interpuesta en cualquier momento”) de la *denegatoria expresa* (en cuyo caso la demanda “deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta [180] días hábiles judiciales de notificada” la denegatoria, o la denegación de los recursos eventualmente planteados contra dicha denegatoria²¹).

que “agota la vía”, y por ello no es alcanzado por el art. 23, d) de la LNPA, el Reglamento también extiende su plazo de 10 a 20 días, siguiendo el mismo criterio de duplicación (conf. el nuevo texto del art. 84 del RLNPA, según el Decreto 695/24).

19 Que no compartimos, tal como lo explicamos el artículo citado *ut supra* (DURAND, Julio C., La Corte Suprema y el plazo para promover demanda contra el Estado en la llamada “vía reclamatoria”, *La Ley* 2014-D, 400).

20 LNPA, art. 31: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado podrá requerir pronto despacho y, si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que podrá ser interpuesta en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo nacional, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo podrá ser recurrida en sede administrativa. La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquella. Esto último, sin perjuicio de la opción que el administrado tiene de recurrir en sede administrativa la denegatoria, conforme lo previsto en el artículo 23, inciso c) final”.

21 Así lo aclaran las dos últimas oraciones del art. 31, y así resultaría de todos modos, aun en ausencia de esa aclaración expresa, por la combinación de lo dispuesto en el mismo art. 31 cuando prevé que “la denegatoria expresa del reclamo podrá ser *recurrida* en sede administrativa” con el art. 1bis, inc. i) que dispone que “la interposición de reclamos o *recursos* administrativos

3.3. Efecto de la interposición de recursos, reclamos y acciones judiciales sobre los plazos de caducidad y prescripción

El art. 1° *bis*, inc. *i*)²² dispone en su primer párrafo, con intencionada amplitud, que la interposición de recursos, reclamos, acciones judiciales o recursos judiciales directos, *interrumpe* (es decir, lleva nuevamente a cero) *todos* los plazos, inclusive los de prescripción y los de caducidad²³, y que ese plazo sólo vuelve a correr cuando se pone fin al procedimiento por (*i*) un acto definitivo, (*ii*) un acto que declare la caducidad del procedimiento, o (*iii*) un acto que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho²⁴.

De este modo se resuelve la controversia suscitada por el anterior art. 1°, inc. *e*) ap. 9 *in fine*, que decía que las “actuaciones practicadas con intervención del órgano competente” *suspendían* los plazos, pero luego indicaba que en caso de caducidad del procedimiento esos plazos se *reiniciaban*, lo que a primera vista parecía contradictorio²⁵.

interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la *caducidad* y prescripción”, y que estos plazos sólo se reiniciarán cuando esté firme el acto que ponga fin al procedimiento.

22 LNPA, Artículo 1° *bis*.- “Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. En función de ello, los procedimientos regidos en esta ley se ajustarán, además, a los siguientes principios y requisitos: [...]”

i) Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales: la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente. Los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (*a*) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (*b*) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (*c*) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho.

Igual efecto producirá la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente”.

23 A diferencia del instituto de la *vista*, que de acuerdo con el nuevo art. 1° *bis*, inc. *g*), ap. (*vii*) “suspende” (pero no “interrumpe”) los plazos de “caducidad” –entre otros– y no afecta de manera alguna los plazos de “prescripción”.

24 Claro que en este último supuesto (desistimiento del derecho) ya no tiene sentido hablar de prescripción de la acción, porque no hay acción para reclamar por un derecho renunciado.

25 Hace un tiempo propusimos una interpretación que resolvía esta aparente contradicción: la presentación que da inicio a la “actuación practicada con intervención de órgano competente” *interrumpía* el plazo de prescripción en curso (es decir, lo volvía a llevar a cero) y el *trámite* de la actuación subsiguiente *mantenía suspendido* ese plazo hasta que finalizaba el procedimiento, de forma tal que –al terminar el procedimiento, y de ese modo también la *suspensión*– los plazos se *reiniciaban* desde cero [DURAND, Julio C., “El efecto del reclamo administrativo previo sobre el curso de la prescripción liberatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 49, Buenos Aires,

El segundo y último párrafo del inciso *i*) dice –refiriéndose al texto del párrafo inmediatamente anterior de ese mismo inciso– que “igual efecto producirá” la interposición de recursos y acciones judiciales.

Como la ley no efectúa ninguna distinción adicional, *prima facie* nos consideramos habilitados a interpretar que esta asimilación (“igual efecto producirá”) abarca lo dispuesto en las dos oraciones del párrafo anterior de ese inciso. De este modo, la demanda o el recurso directo, al igual que los “reclamos o recursos administrativos”, tendrán efecto interruptivo (de acuerdo con lo establecido en la primera oración) y ese efecto interruptivo se mantendrá, en el caso de las acciones judiciales, hasta *(i)* la sentencia que ponga fin a la cuestión; *(ii)* la *sentencia interlocutoria que declare la caducidad del proceso*, o *(iii)* la *resolución que haga lugar al desistimiento de la acción o del derecho* (conforme lo dispone la segunda oración, aunque modificando la descripción de los actos que ponen fin al trámite para referirlos a sus equivalentes en el proceso judicial).

Si se considera válida esta extrapolación aparece aquí un tema interesante: los dos últimos supuestos (resaltados en el texto anterior) serían aparentemente contradictorios con el art. 2547 del CCC, que dice que: “La interrupción del curso de la prescripción se tiene por no sucedida si se desiste del proceso o caduca la instancia”.

Sin embargo, la contradicción no sería tal en tanto y en cuanto se acote la vigencia de cada una de las normas a su ámbito propio: en nuestra opinión, la segunda oración del art. 1° *bis*, inc. *i*) es una norma especial de Derecho Administrativo, que dispone una solución igualmente especial para los recursos administrativos y *también para las demandas contencioso-administrativas* (por el reenvío de su último párrafo).

Por eso, dentro del ámbito del Derecho Administrativo, según esta norma especial, el desistimiento o la caducidad de instancia *no invalidan el efecto interruptivo de la interposición de la demanda contencioso-administrativa*²⁶. Al contrario, en el Derecho Privado, según el art. 2547 del CCC, el desistimiento o la caducidad de la instancia tienen a la interrupción por no sucedida.

LexisNexis, 2004, y en la obra colectiva CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.

26 Es la misma solución que habíamos propuesto a la luz de la anterior redacción del art. 1°, e, 9°, y la interpretación que hacíamos de su texto, en tanto disponía que frente a la caducidad los plazos de “reiniciaban” (mientras que el anterior art. 3987, que considerábamos sólo aplicable al proceso civil, disponía que “la interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida, si el demandante desiste de ella, o si ha tenido lugar la deserción de la instancia, según las disposiciones del Código de procedimientos...”). A la luz de la nueva redacción del art. 1°bis, inc. *i*), según la interpretación que proponemos, esa solución tendría ahora un respaldo normativo expreso.

3.4. *Plazo para impugnar vías de hecho*

El último párrafo del art. 25 –en su primera oración– dice que “no habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

El art. 25 de la LNPA original enumeraba el cuestionamiento de las “vías de hecho” como un supuesto más de acción judicial dentro de la vía impugnatoria, y exigía que la demanda se presentara dentro del plazo de caducidad (entonces de 90 días). La solución actual, que elimina este requisito temporal, es adecuada y más consistente con la finalidad del régimen original de las “vías de hecho” en el Derecho francés, cuyo efecto era justamente excluirlas del régimen especial de impugnación reservado a los actos administrativos.

Se mantiene, en cambio, el plazo de caducidad (ahora extendido a ciento ochenta (180) días) para la impugnación de “hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado” (conf. art. 25, d), LNPA).

3.5. *Plazo para impugnar actos contractuales*

Una reforma que estimamos muy trascendente es la incorporada en el art. 23, inc. e) de la LNPA²⁷. Esta norma prevé un nuevo régimen de impugnación judicial aplicable a los llamados “actos administrativos contractuales”, esto es, a las decisiones de la autoridad estatal que proyectan efectos jurídicos directos sobre el contratista, dictadas en la etapa de ejecución de un contrato administrativo²⁸.

27 LNPA, art. 23: “El administrado cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando: [...]”

e) Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso a) del artículo 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

28 La reforma también eliminó la referencia a la “aplicación directa” del título III a los contratos administrativos. Como explican Cassagne y Perrino: “[l]a redacción original del art. 7º, párrafo final, de la LNPA disponía que los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del Título III de dicho cuerpo legal, si ello fuere procedente. Por el art. 36 del Decreto Delegado 1.023/2001 se modificó dicho texto y se dispuso que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del título III, en cuanto fuere pertinente. La Ley de Bases suprimió lisa y llanamente el párrafo final del art. 7, por lo que ahora nada se dispone respecto de la posibilidad de aplicar ni directa ni analógicamente las normas del Título III de la LNPA a la contratación pública. Más allá de que la derogación efectuada hace más nítida la separación del régimen del acto administrativo unilateral del que corresponde a los contratos administrativos, en tanto todo contrato celebrado por el Estado

Recordemos el problema: la doctrina discutió si la impugnación de cada uno de estos actos debía realizarse dentro del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA, o si el derecho podía hacerse valer de otro modo.

Para responder a este problema Barra desarrolló en nuestro medio la teoría de los “actos coligados”. Esta idea encuentra, entre los sucesivos actos administrativos y el contrato al que se refieren, una relación especial que no implica incorporación ni total independencia, a partir de la cual es posible optar entre (i) impugnar por la vía del art. 25 cada uno de los actos administrativos individuales, dictados en el marco de la ejecución del contrato, en tanto produzcan por sí mismos un agravio autónomo, o (ii) postergar su cuestionamiento sin pérdida del derecho a hacerlo, para incorporar esta impugnación al recurso o acción presentados contra un acto posterior y consecuente (por ejemplo, el que declare la extinción del contrato, o apruebe una liquidación final) en tanto el antecedente y el consecuente se encuentren concatenados por su causa, y el vicio del primero se incorpore al objeto del segundo²⁹.

El nuevo régimen parece inspirarse en esta última teoría (al menos en sus efectos) porque permite al contratista impugnar judicialmente todos los actos dictados durante la ejecución del contrato, dentro de un único plazo de ciento ochenta (180) días desde la extinción del mismo, siempre y cuando se haya cumplido con el siguiente requisito: que el contratista *haya cuestionado ese acto, o esos actos, en forma expresa, dentro del plazo de treinta (30) días de su notificación* (e independientemente de lo que ocurra luego con ese planteo, porque no está obligado a impulsar el trámite de impugnación, ni a cuestionar una eventual denegatoria).

¿A qué forma de “cuestionamiento” se refiere la ley? ¿Se trata del “recurso jerárquico”? ¿O de un “nuevo recurso” con características propias?³⁰

Para responder a esta pregunta repasemos qué dice la LNPA sobre este “cuestionamiento”:

a) Naturaleza: en el art. 23, e) se lo menciona primero como un “cuestionamiento”, pero en la siguiente oración del mismo inciso se hace referencia a una “impugnación administrativa”. Nos parece claro que la ley exige algo más que una mera *expresión de disconformidad*, ya que el “cuestionamiento” y la “impugnación” presuponen una mínima fundamentación³¹. Si sumamos a ello

en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo, ante la falta de normativa en la materia estimamos que las disposiciones del Título III pueden ser de aplicación por vía analógica en dicho ámbito” (CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *La Ley*, diario del 17 de septiembre de 2024).

29 BARRA, Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 100.

30 Un nuevo recurso que la Ley estaría consagrando indirectamente, tal como en su momento el art. 24, inc. a) de la LNPA obligó a reconocer la existencia del “reclamo impropio”.

31 Cfr. arts. 73 *in fine* y 77 del RLNPA.

la existencia de un plazo específico de caducidad para su interposición, nuestra conclusión es que lo exigido por la ley es un verdadero “recurso” (es decir, la “impugnación en término de un acto administrativo”).

- b) Fuente: el citado art. 23, e) de la LNPA.
- c) Plazo de interposición: treinta (30) días desde la notificación del acto (el mismo plazo que el del recurso “jerárquico”, aunque establecido en una norma diferente).
- d) Actos contra los que procede: todos los actos administrativos de alcance particular dictados durante la ejecución de un contrato administrativo (lo que incluye también a los actos descriptos en los incisos (ii), (iii) y (iv) del art. 23, inc. c) de la LNPA³², aunque no sean *per se* impugnables por la vía del “recurso jerárquico”).
- e) Órgano que dicta el acto susceptible de este recurso: normalmente se tratará del órgano que gestione la posición contractual del ente público en el contrato de que se trate, aunque excepcionalmente podría tratarse de actos dictados por otro órgano, en la medida en que su objeto se refiera al contrato.
- f) Órgano que debe resolver el recurso: la ley no dice nada al respecto; el “recurso” podría ser resuelto por el mismo órgano emisor (tal como ocurre en el recurso de “reconsideración”) o por el superior jerárquico (en aquellos casos en los que esté disponible esa vía) o por el encargado del control de tutela (si el acto proviene de la autoridad superior de una entidad autárquica); lo único relevante para la ley, en este aspecto, es que haya implicado un “cuestionamiento” y haya sido deducido en el plazo de treinta (30) días.
- g) Obligatoriedad: este “cuestionamiento” (recurso) es un requisito necesario para la impugnación judicial ulterior, por lo que podemos decir que se trata de un recurso obligatorio para “agotar la vía” en este caso específico (tal como ocurre con el “recurso jerárquico” en el régimen general). Una aclaración: como la ley establece la exigencia de este “cuestionamiento” *como un requisito específico para la impugnación diferida de esta clase de actos*, lo consideramos necesario para habilitar la impugnación prevista en el art. 23, inc. e) incluso cuando la misma se dirija contra actos que bajo el régimen general no exigirían el “agotamiento de la vía”, como los citados en los inc. (ii), (iii) y (iv) del art. 23, inc. c).

32 Que se refieren, respectivamente, a “(ii) Todos los actos dictados por el Poder Ejecutivo nacional, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (iii) Los actos emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, con las exclusiones dispuestas en el artículo 1º de esta ley, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (iv) Los actos administrativos emanados de los órganos con competencia resolutoria final del Congreso de la Nación, del Poder Judicial o del Ministerio Público, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado”.

- h) Plazo para resolver: si concluyéramos que el cuestionamiento debe realizarse por medio de un “recurso jerárquico” el plazo para resolver sería de treinta (30) días (conf. art. 91, RLNPA); si se tratara de un “nuevo recurso”, al no haberse establecido expresamente un término específico para resolver, la configuración del silencio se produciría una vez vencido el plazo genérico de sesenta (60) días (conf. art. 10, LNPA).
- i) Trámite posterior del cuestionamiento: la ley expresamente aclara que “no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial” (ni siquiera frente a la configuración del “silencio” o al dictado de una denegatoria expresa). Veremos cómo interpreta la jurisprudencia esta cuestión, que ofrece algunas dificultades. De nuestra parte, inicialmente entendemos que la ley quiso decir que el interesado no tiene obligación de impulsar el trámite, ni cuestionar una eventual denegatoria, pero al menos cabe exigirle que no *desista* del planteo (aunque una interpretación literal de la norma, cuando dice que no tiene obligación de “haber mantenido su impugnación”, pueda indicar lo contrario). Ahora bien, lo anterior no implica que el acto sea *irrecurrible* en sede administrativa o *inimpugnable* en sede judicial, de acuerdo con las vías disponibles en cada caso, si es que así lo prefiere el interesado. La ley no lo prohíbe, y esta solución, además, es consistente con la dogmática del “acto coligado” que hemos descripto antes, que permite la “opción” entre la impugnación del acto por sus efectos propios, o la postergación de su cuestionamiento hasta el final del contrato. En caso de recurrirse en sede administrativa la denegatoria o el silencio frente al cuestionamiento, tampoco vemos obstáculo para que ese trámite (que en definitiva es *optativo*, en tanto no es exigido como requisito para promover la acción posterior) pueda continuarse hasta su finalización (y mientras tanto, pensamos que habría que reconocerle efecto interruptivo del plazo de ciento ochenta (180) días contados “desde la finalización del contrato”, si el trámite excede esa fecha³³) o sea desistido en cualquier momento para promover la impugnación judicial prevista en el art. 23. En último lugar, tampoco consideramos que la ley impida –supuesto el cumplimiento de los demás requisitos exigibles– la impugnación judicial de estos actos *antes* de la extinción del contrato, en los términos de otros incisos del art. 23³⁴. Eso sí, en caso de promoverse una impugnación judicial antes de la extinción del contrato, es lógico suponer que esa acción no podrá repetirse

33 Conf. la regla del art. 1ºbis, inc. i).

34 Por un lado, como ya hemos dicho, podría sostenerse –en línea con la doctrina del “acto coligado”– que el interesado tiene una opción para impugnar judicialmente el acto luego de la extinción del contrato, pero que esa opción no excluye las vías impugnatorias generales. Por otro lado, aun si hipotéticamente consideramos a esta alternativa del art. 23, e) como una vía de impugnación “especial” que desplaza –para los “actos contractuales”– la vía genérica de los arts. 23, a) y 25 (*quod non*) lo cierto es que la ley permite deducir la acción “hasta cumplidos ciento ochenta

luego invocando la vía del art. 23, *e*), ya que no puede haber dos acciones sucesivas o simultáneas con el mismo objeto.

Nuestra conclusión, a la luz de lo expuesto, es que este *cuestionamiento* exigido por el art. 23, inc. *e*) puede presentarse bajo cualquiera de los formatos recursivos disponibles en el caso concreto (o incluso sin indicación expresa de ninguno de ellos, por la vigencia del principio del “informalismo a favor del administrado”)³⁵ en la medida en que sea interpuesto dentro del plazo de treinta (30) días y tenga un contenido claramente impugnatorio.

En principio, de la descripción de las características de este cuestionamiento surge que el mismo es perfectamente compatible con el régimen del *recurso jerárquico*, excepto cuando se dirija contra los actos que “agotan la vía” según los tres últimos incisos del art. 23 inc. *c*), en cuyo caso creemos que se le debería otorgar un trámite similar al de la *reconsideración* (excepto que haya sido planteado como un recurso de alzada, en el caso del inciso (*iii*)).

Si el interesado decide impulsar el trámite (aun sin tener obligación de hacerlo, por no ser ello condición de la impugnación diferida) la Administración estará obligada a cumplir con el procedimiento que corresponda según el tipo de recurso de que se trate (ej., frente a un *recurso jerárquico*, deberá tramitarlo según las pautas de los arts. 88, 92 y conc. del RLNPA).

Un último tema, quizá menor pero un tanto enojoso: el art. 25 de la LNPA, cuando fija el plazo para la acción judicial de impugnación de actos administrativos, lo establece en “ciento ochenta (180) días hábiles judiciales”; el art. 23, inc. *e*) que analizamos aquí permite que los actos administrativos contractuales sean impugnados judicialmente “hasta cumplidos ciento ochenta (180) días desde la extinción del contrato”, pero no menciona que se trate de *días hábiles judiciales* (aunque se trata del plazo para una impugnación judicial, tal como el anterior). Es posible que se trate de una simple omisión del legislador, o que para esta diferencia exista una justificación que se nos escapa; de todos modos, lo natural sería que el plazo de ciento ochenta (180) días –en tanto se refiere a la impugnación judicial de un acto– se cuente en días hábiles judiciales, como ocurre en los restantes casos.

3.6. *Plazo para deducir los recursos directos*

Es también útil la clarificación contenida en el nuevo art. 25 *bis*³⁶, que pone algo de orden en materia de plazos para la impugnación de actos por vía de

(180) días de la extinción del contrato”, pero en ninguna parte dice que deba hacerse, necesariamente, *luego* de la extinción del contrato.

35 Conf. art. 1º *bis*, inc. *e*), LNPA.

36 LNPA, Artículo 25 *bis*.- “Cuando en virtud de norma expresa la impugnación judicial del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia

“recursos directos”, al decir que “el plazo para deducirlo será de treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia administrativa”, y derogar todas las normas que establezcan plazos menores.

El texto nos deja con dos dudas, que en cualquier caso no son tan graves:

- a) ¿Continúan vigentes los plazos *mayores a 30 días*? Mairal y Veramendi sostienen que sí³⁷. Esta parece ser la conclusión más razonable, aunque la redacción de la ley pueda ser equívoca cuando por un lado dice que el plazo de los recursos “será de treinta (30) días” –como si *todos* los plazos anteriores establecidos en leyes especiales, *mayores o menores*, fuesen ahora *reemplazados* por este único plazo de treinta (30) días– mientras que por otro lado aclara expresamente que se derogan *los plazos menores* sin mencionar que se deroguen *los plazos mayores* –decisión que solamente puede justificarse si el legislador ha querido tratar a esos plazos mayores de un modo diferente, es decir, asumiendo que al no ser expresamente derogados continúan vigentes–. Más allá de estas disquisiciones, creemos que debe prevalecer la interpretación más favorable a la tutela administrativa efectiva, por lo que coincidimos con los autores citados en que la ley ha dejado subsistentes los plazos mayores;
- b) En segundo lugar: el régimen general que permite impugnar con *recursos optativos* un acto que agota la vía (conf. art. 23, inc. c) ap. (iv)), y asigna a esos recursos un efecto interruptivo del plazo de caducidad (conf. art. 1bis, inc. i)) ¿permite extender también este plazo de treinta (30) días? En mi opinión, si la norma especial anterior que estableció el “recurso directo” dijera con claridad que *contra la resolución definitiva solamente procede el recurso directo, y no son admisibles los recursos optativos*, en tal caso esa norma seguiría siendo *especial* respecto del régimen general, y entonces no habría lugar para interrumpir el plazo de treinta (30) días con “recursos optativos”. Al contrario,

administrativa. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores.

En ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente. Salvo que se hubiese fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. Si no se cumpliere este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial.

En el recurso judicial deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que se intente valer, cuya pertinencia y admisibilidad será evaluada por el tribunal de conformidad con las pautas previstas en el artículo 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario”.

37 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *La Ley*, diario del 12 de julio de 2024.

en caso de silencio de la norma especial se podría plantear la aplicación de la nueva regla general (aunque pueda argumentarse que habilitar estos “recursos optativos” frustra la intención de obtener certeza sobre la firmeza del acto en un plazo breve, de treinta (30) días, que es en definitiva la razón de ser de esta vía impugnatoria especial).

3.7. *Clarificaciones sobre el régimen del silencio*

La nueva redacción del art. 26³⁸, al disponer que la demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio, confirma que *los plazos de caducidad no son aplicables frente al silencio en la vía impugnatoria*.

Vemos aquí otro tema interesante, referido a la interferencia del silencio y la prescripción. El art. 26 en su anterior redacción decía más o menos lo mismo que ahora (“[I]a demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por [la configuración del silencio]”) pero agregaba a continuación “sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

En la nueva redacción este último texto ya no está, y la eliminación nos parece perfectamente lógica: de acuerdo con la nueva regla sobre “interrupción de la prescripción” que vimos antes, ahora está claro que la interposición de cualquier recurso administrativo *mantiene el efecto interruptivo hasta que se dicte alguno de los 3 actos mencionados en el 1º bis, inc. i)* (aunque *inter tanto* operen los plazos que permitan tener por configurado el silencio). En tales condiciones, el curso de la prescripción se encuentra interrumpido, y el vencimiento de los plazos que permiten tener por configurado el silencio no altera esa interrupción (ya que la misma sólo culmina, como lo dijimos ya varias veces, *con el acto que pone fin al trámite*).

Sin embargo, en la vía reclamatoria la cuestión no está tan clara: el nuevo art. 31 ya no dice que, en caso de silencio frente al reclamo, la demanda “*deberá ser interpuesta en los plazos del art. 25*” sino que “*podrá ser interpuesta en cualquier momento,*” pero lamentablemente mantuvo el texto que aclara que esa posibilidad es *sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción*. Habrá que ver cómo interpreta la jurisprudencia esta última referencia; de nuestra parte, nos inclinamos por pensar que, o bien la norma es inocua y proviene de un error material del legislador, que olvidó eliminar ese texto sobreabundante (ya que la regla general es perfectamente clara, y mientras esté pendiente el reclamo *no corre la prescripción*, conf. el art 1º bis, inc. i)³⁹ o bien el texto ha sido dejado

38 LNPA, art. 26: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración”.

39 En una interpretación diferente, MAIRAL y VERAMENDI entienden que la ley podría estar haciendo referencia a “dos silencios” con un régimen diferente. En sus propias palabras: “[e]xistiría, entonces, una diferencia entre el silencio frente a la interposición de recursos administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo”. Sin embargo, seguidamente concluyen que “...en estos casos, por aplicación del principio

adrede pero es poco relevante, porque el único supuesto en el que volvería a correr la prescripción es ante una declaración de caducidad del procedimiento, y en tal caso lo único que resultaría “pertinente en materia de prescripción” es considerarla reiniciada en la fecha en que se notifique tal declaración⁴⁰.

3.8. *Control de oficio de la habilitación de instancia*

¿Pueden controlarse *de oficio* las condiciones de habilitación de la instancia, incluyendo la necesidad de presentar la acción dentro del plazo de caducidad? ¿O se trata de un requisito renunciable, e insusceptible de ser verificado espontáneamente por los jueces?

La situación resultante de las reformas incorporadas por la Ley de Bases en el art. 31 es algo confusa, y para comprenderlo basta con un rápido repaso de la evolución del tema:

- a) Cuando la LNPA todavía guardaba silencio sobre el tema, la Corte Suprema en “Gorordo” entendió que el plazo de caducidad (así como los restantes requisitos o presupuestos procesales que condicionan la admisibilidad de la acción) podían ser examinados *de oficio por el Juez en una etapa preliminar del proceso*⁴¹;
- b) La reforma de la LNPA por la Ley 25.344, en el año 2000, incluyó esa previsión de manera expresa en el art. 31, en los siguientes términos: “Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente”.
- c) La nueva reforma de la LNPA eliminó la frase anterior, pero no incluyó una disposición en sentido contrario.

En este escenario: ¿continuará vigente la doctrina “Gorordo”? ¿O puede interpretarse que la *intención del legislador*, al eliminar el texto expreso que exigía el control de oficio, fue migrar a un sistema donde las condiciones de habilitación

pro actione, no cabrá perjudicar al particular, por lo menos mientras no haya jurisprudencia de la Corte Suprema que aclare la cuestión, y ello con efecto para el futuro solamente. En definitiva, la administración está obligada a decidir expresamente los recursos y reclamos que se le planteen (con lo cual queda en manos de la misma administración limitar los efectos interruptivos) y no cabe premiar el incumplimiento de esa obligación perjudicando al particular” (MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *La Ley*, diario del 12 de julio de 2024).

40 Los otros dos supuestos de “reinicio” del cómputo de la prescripción previstos en el art. Ibis, inc. i) son inaplicables al caso de la habilitación de instancia por silencio: el acto definitivo, porque pone fin a ese silencio y genera su propia causa de habilitación, y el desistimiento, porque implica la renuncia a la impugnación judicial.

41 CSJN Fallos: 322:73.

de la instancia no pueden verificarse *ex officio*?⁴² En contra de esta última interpretación se puede mencionar que la Ley 25.344, además de modificar el texto (hoy nuevamente modificado) del citado art. 31 de la LNPA, incluyó otras disposiciones cuya vigencia subsiste hasta la fecha, de las que también se puede deducir la pertinencia del control de oficio en la etapa inicial del pleito⁴³.

3.9. Modificaciones en materia de prescripción

(i) Plazos de prescripción de la nulidad absoluta y relativa

El nuevo texto del art. 22 de la LNPA según la Ley de Bases⁴⁴ incluyó como una verdadera novedad la consagración de plazos específicos de prescripción para el planteo de la nulidad absoluta cinco (5) años y relativa dos (2) años de los actos administrativos.

En el sistema anterior campeaba mayoritariamente la regla de la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta. Sin embargo, como al mismo tiempo existían breves plazos de caducidad que condicionaban el inicio de las acciones judiciales de impugnación por parte del interesado, esta imprescriptibilidad era –para el particular afectado por el acto– una regla completamente inútil. Al contrario, el Estado no está sujeto (ni antes ni ahora) a esos plazos de caducidad (conf. art. 27, LNPA⁴⁵) y en consecuencia podía aprovechar esta imprescriptibilidad para invocar la nulidad absoluta sin plazo.

42 MAIRAL y VERAMENDI explican con optimismo que “[s]i bien la reforma introducida en 2000 no había hecho sino recoger el criterio establecido por la Corte Suprema en el caso Gorordo [...] (en el que se modificó la jurisprudencia que hasta entonces había considerado uniformemente que la falta de agotamiento era renunciable por el Estado), es de esperar que, ante este cambio legislativo, ni la Corte Suprema ni los tribunales inferiores reintroduzcan *motu proprio* el kafkiano trámite de habilitación de instancia” (MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., *ya cit.*)

43 Conf. lo dispuesto en los artículos 8° y 9° de la citada Ley 25.344 (el destacado es propio):

“Artículo 8° – En todos los casos, promovida una acción contra los organismos mencionados en el artículo 6°, cualquiera sea la jurisdicción que corresponda, se remitirá por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y se procederá, cumplido este acto, a *dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal*”.

“Artículo 9° – *Admitido el curso de la acción*, se correrá traslado por el plazo de treinta (30) días o el mayor que corresponda, para que se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda. El traslado se efectuará por oficio dirigido al Ministerio, Secretaría de la Presidencia de la Nación o entidad autárquica pertinente”.

44 LNPA, Artículo 22.- “El plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto”.

45 LNPA, Artículo 27.- “La acción de nulidad promovida por el Estado o sus entes autárquicos no estará sujeta a los plazos previstos en los artículos anteriores, sin perjuicio de lo que

De este modo, frente al mismo acto nulo de nulidad absoluta: (i) el administrado tenía un plazo límite de 90 días hábiles judiciales para impugnarlo judicialmente (o incluso menos, si consideramos los plazos de *caducidad menor* para la promoción de los recursos administrativos frente a los actos que exigen el agotamiento de la vía) y (ii) el Estado no estaba limitado por plazos de caducidad o prescripción, lo que implica que –al menos en principio– podía declarar o promover judicialmente la nulidad absoluta de cualquier acto, muchos o incluso muchísimos años después de dictado el mismo⁴⁶.

En una posición que todavía era minoritaria, una parte de la doctrina⁴⁷ había cuestionado la imprescriptibilidad de la acción para obtener la declaración de nulidad absoluta de un acto administrativo⁴⁸. En línea con esta última corriente la ley ha establecido un plazo de prescripción de 10 años para la acción de nulidad absoluta (que es un plazo especial del Derecho Administrativo de jurisdicción nacional, mayor que el actual plazo genérico del Código Civil, de 5 años).

Al mismo tiempo, el art. 27 de la LNPA mantiene la disposición que declara inaplicable al Estado Nacional o sus entes autárquicos los plazos de caducidad, pero precisa que ello es “sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción conforme lo establecido en el artículo 22 precedente” de un modo que no deja dudas sobre la aplicación del plazo de prescripción a los planteos de nulidad que puede formular el Estado Nacional.

En definitiva, si bien no se equipararon las condiciones, al menos ahora podemos decir que la ventana de actuación para que el administrado plantee judicialmente la nulidad absoluta es de *cientos ochenta (180) días hábiles judiciales* desde la notificación del acto que agota la vía (un plazo de caducidad, que en definitiva es una prescripción de términos más breves)⁴⁹ mientras que para el Estado ese

corresponda en materia de prescripción conforme lo establecido en el artículo 22 precedente”.

46 Entendemos que, no obstante la inexistencia de una disposición expresa de la ley, como límite a esta posibilidad teóricamente ilimitada podría invocarse el exceso de “razonables pautas temporales” (tales como las que condicionan el inicio de la denuncia de ilegitimidad, según el actual art. 1º bis, inc. h), y posiblemente por las mismas razones que justifican esa limitación).

47 En este sentido, los trabajos de ABERASTURY, Pedro, “La prescripción de la acción para impugnar el acto administrativo”, *RDA* 2013-87, 719 y LAPLACETTE, Carlos J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos”, *La Ley* 2017-F, 627.

48 Ampliar en GUAITA, Mariano R., “Prescripción de la acción de nulidad referente a actos administrativos irregulares en el ámbito federal: estado de situación y perspectivas de análisis para un cambio”, *Forum. Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 2021, 12, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13249>.

49 No consideramos necesario extendernos en este tema porque excede el propósito de este trabajo, pero el régimen de la *caducidad* del Derecho Procesal Administrativo ha evolucionado hasta diluir o directamente eliminar todas sus diferencias con la *prescripción*. La Corte Suprema en Fallos: 220:202 ha dicho que la caducidad “es en definitiva, en estos casos, una prescripción

plazo es de 10 años (un plazo de prescripción propiamente dicho) a contar desde el momento en que la nulidad puede ser declarada administrativamente, o requerida judicialmente, según lo indique la regla de la *estabilidad* aplicable al caso.

(ii) *Planteo de nulidad absoluta o relativa como defensa*

El último tema que comentaremos es el de la *nulidad como defensa*, sobre el que no hay muchos antecedentes.⁵⁰

El nuevo art. 25 dispone en su última oración que “[l]a falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción”.

La primera precisión es que esta es una novedad útil para el administrado, cuya acción de nulidad (sea absoluta o relativa) está sujeta al plazo de caducidad, pero no altera la situación de la Administración, que ya podía plantear la nulidad como acción o reconvencción⁵¹ en cualquier momento y sin preocuparse por los plazos de caducidad, que de acuerdo con el art. 27 citado no le resultan aplicables.

Una cuestión importante será determinar exactamente qué es lo que habilita la ley cuando permite *un planteo de nulidad como defensa*: ¿por qué vía y de qué modo debe articularse y sustanciarse ese *planteo*?

En un breve artículo de 1988 en el que analiza el tema de la “nulidad como defensa”, Hutchinson sólo menciona como variantes de esa defensa a la nulidad planteada en el marco de una “excepción” o de una “reconvencción”⁵². Por su parte

especial más breve y no susceptible de suspensión ni interrupción” (y la reciente reforma, que aquí comentamos, ha eliminado incluso esta última diferencia destacada por la Corte).

50 Entre los pocos disponibles, un artículo de HUTCHINSON que se refiere a este tema como “un aspecto no regulado, o parcialmente tratado por el ordenamiento administrativo” (HUTCHINSON, Tomás, “La nulidad del acto administrativo como defensa”, *RAP - Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año 10, N° 120, septiembre de 1988. Buenos Aires, Ciencias de la Administración, pp. 7-15). En un libro mucho más reciente, aunque anterior a la modificación de la LNPA que comentamos, Juan Antonio Stupenengo trata prolijamente las diversas alternativas en las que la Administración y los particulares podrían invocar la ilegitimidad del acto para oponerse a un proceso judicial que tenga por objeto la ejecución del acto (sea por la vía ejecutiva, o en el marco de un proceso de conocimiento, o de otro proceso especial). En ese contexto, Stupenengo analiza en forma detallada las posibilidades de invocar la nulidad en la forma de una reconvencción, una excepción, o una defensa de fondo, y cita numerosos precedentes de los Tribunales Contencioso Administrativos federales y provinciales, así como de la Corte Suprema. Para evitar extensas transcripciones remitimos a su meritorio trabajo, y las citas de los estudios de otros autores sobre el mismo tema, sin perjuicio de mencionar que algunas de las conclusiones de este libro podrían ser re-examinadas a la luz de la nueva regla del art. 25 *in fine* (cfr. STUPENENGO, Juan Antonio, *Ejecución judicial del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2017, Cap. IV, N° 38, esp. p. 354 y ss.).

51 Ver como ejemplo la reconvencción admitida en Fallos: 326:859 (“Santa Cruz, Provincia de c/Estado Nacional”) del 20 de marzo de 2003.

52 En palabras del citado HUTCHINSON: “Requerido el cumplimiento de los efectos de un acto nulo que la Administración no puede revocar, ¿cuál es la justificación para que ella no pueda

Stupenengo explica que “[c]uando la nulidad del acto es opuesta como excepción o defensa, dicho planteo carece de virtualidad para alterar el objeto del proceso, el que, por ende, continúa siendo exclusivamente la pretensión de cumplimiento judicial de dicho acto. Es decir, cuando el demandado plantea como excepción o defensa la ilegitimidad del acto cuyo acatamiento se le reclama judicialmente no pretende la declaración de su nulidad –lo que exigiría introducir el planteo como reconvencción– sino, tan solo, provocar el rechazo de la demanda con fundamento, precisamente, en la ilegitimidad del título en el que el actor funda su derecho. En tal supuesto, ante el eventual acogimiento del planteo de nulidad, el acto solo se torna inaplicable al caso, sin que el juez lo excluya del ordenamiento jurídico”⁵³.

Ahora bien ¿sería admisible plantear la nulidad, simplemente, *como un argumento de defensa de fondo*, sin articular otra pretensión específica más que el rechazo de la demanda con ese fundamento? ¿O el planteo debe siempre incorporarse en una pretensión procesal activa, sea por vía de excepción o reconvencción, que se sustancie adecuadamente con la contraparte, para que el juez tenga un marco procesal suficiente para emitir una declaración judicial de nulidad?⁵⁴

Finalmente, si la posibilidad de plantear la nulidad en beneficio del particular no está extinguida por la prescripción, ¿el juez también puede declararla de oficio, aunque el interesado haya dejado pasar la oportunidad de hacerlo?

Tendremos que aguardar a ver cómo interpreta la jurisprudencia esta disposición del art. 25 *in fine*. Mientras tanto, anotamos que –quizá por primera vez desde la sanción de la LNPA– tiene algún sentido, desde el punto de vista del particular interesado, distinguir entre *caducidad* y *prescripción*. Hasta ahora se trataba de dos plazos superpuestos con un efecto idéntico (o al menos

oponer *como defensa –mediante reconvencción o excepción [...]* – la nulidad de aquél? El art. 17 expresa que no puede revocar el acto sino que debe solicitar la “declaración judicial de nulidad”, o sea que un juez declare la nulidad. Pero no especifica que sólo deba solicitar esa “declaración” como actor. Por ende, puede hacerla como demandado. Lo único que la norma requiere es que exista una pretensión en tal sentido para que pueda declararse judicialmente por el juez. *Esa pretensión puede efectuarse mediante acción, reconvencción o excepción [...]* la norma no distingue, y *ubi lex non distinguit...* (HUTCHINSON, Tomás, *op. y loc. cit.*).

53 STUPENENGO, Juan Antonio, *Ejecución judicial del acto administrativo*, cit., p. 355.

54 A primera vista el camino de la excepción o la reconvencción nos parece el único posible. Pensamos, en este sentido, que el juez no estaría habilitado a desconocer la existencia del acto sin disponer al mismo tiempo su invalidez, y ello requiere de una sentencia dictada en respuesta a una pretensión activa y concreta (sea por vía de excepción, o de reconvencción) sustanciada con adecuado resguardo del derecho de defensa del Estado y de los eventuales interesados. El fallo de la CSJN citado en una nota anterior, cuando justifica el planteo de nulidad articulado por el Estado Nacional por vía de reconvencción, dice: “[Q]ue, cabe señalar por último, que la anulación por razones de ilegitimidad de un acto puede ejercerse por el poder jurisdiccional judicial en un proceso contradictorio y por la vía intentada, lo que deja a salvo –en el caso– la preservación de la seguridad jurídica” (CSJN, Fallos: 326:859).

indistinguible, en la generalidad de los casos, desde el punto de vista práctico) porque luego del vencimiento de la caducidad la acción estaba vedada para el administrado, aunque todavía no estuviera prescripta. Ahora, dentro del plazo de caducidad la nulidad puede plantearse como acción, y luego de ese plazo, hasta el vencimiento del plazo de prescripción, puede plantearse como defensa.

4. CONCLUSIONES

La mayoría de la doctrina nacional compartía una visión crítica sobre la severidad del régimen de caducidad de la LNPA, y proponía morigerar su rigor con soluciones que iban desde la extensión de plazos (como finalmente se decidió) hasta la inconstitucionalidad de sus normas.

Para quienes vean el vaso medio vacío, la Ley de Bases mantuvo el molde tradicional del agotamiento de la vía y la caducidad; para quienes prefieran destacar los aspectos positivos es innegable que, sobre la misma estructura preexistente, la ley incorporó modificaciones muy importantes que favorecen el acceso a la jurisdicción y atemperan el efecto restrictivo de la caducidad, al mismo tiempo que clarificó muchas de las controversias que había generado la redacción de la LNPA, adoptando en general las soluciones menos restrictivas entre las propuestas por la doctrina y la jurisprudencia.

JULIO C. DURAND

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular en la Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (CEMA). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Administrativo* (editorial Lexis Nexis). Autor de diversas publicaciones y panelista en actividades sobre la especialidad.

LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA EN LA REFORMULADA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

RODOLFO EDUARDO FACIO

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad
de Buenos Aires; Juez de Cámara en lo
Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptos centrales durante la vigencia de la ley 19.549. 3. La ley 27.742 y la “reformulación”. 4. Interrogantes (implícitos) que la ley 27.742 responde (implícitamente). 5. La Ley 19.549 según las modificaciones producidas por la Ley 27.742. 5.1. Vía impugnatoria. (i) Artículo 23. (ii) Artículo 24. (iii) Artículo 25. (iv) Artículo 25 bis. (v) Artículo 26. 5.2. Vía reclamatoria. (i) Artículo 30. (ii) Artículo 31. (iii) Artículo 32. 6. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La habilitación de la instancia, como un capítulo del derecho administrativo, y en especial del derecho procesal administrativo, ha sido examinada de una manera profunda y constante por la jurisprudencia –sobre todo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)– y por la doctrina, que contestaron buena parte de los interrogantes que las normas reguladoras de ese capítulo, es decir la Ley 19.549¹ y su Decreto Reglamentario 1.759/1972, habían generado.

Por esas razones, con independencia de que, lógicamente, las respuestas fueron varias y heterogéneas, y de ningún modo fueron homogéneas, la habilitación de la instancia, en los últimos tiempos, no originó tantos interrogantes.

Sin embargo, la Ley 27.742 –publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 8 de julio de 2024 y conocida como Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos– vino a renovar el *contexto jurídico* en la medida en que dio respuestas *normativas* a algunos interrogantes que habían

1 En realidad, técnicamente, es un Decreto Ley o una ley de *facto* ya que fue *sancionada* y *promulgada* por el Poder Ejecutivo Nacional *con fuerza de ley* en tiempos de interrupción democrática (fue dictada el 3 de abril de 1972 y fue publicada en el Boletín Oficial el 27 de abril de 1972). Sólo por una razón de practicidad o de *habitualidad* es apuntada como la Ley 19.549.

contestado la jurisprudencia y la doctrina, también a otros interrogantes que no habían sido contestados, y, al mismo tiempo, provocó nuevos interrogantes.

Ciertamente, la Ley 27.742 comporta, en el marco de esa renovación, una *reformulación* de la Ley 19.549. Le asigno esa denominación porque refleja una revisión integral de las disposiciones originales.

Celebro que un gobierno democrático –a partir de la intervención de los dos departamentos constitucionalmente competentes, representativos del pueblo– haya realizado esa revisión integral de aquella ley después de cincuenta años de su creación².

Esas conclusiones no significan un desconocimiento, de ningún modo, de que la Ley 27.742, al mismo tiempo, ratificó, en un alto porcentaje, las previsiones de la Ley 19.549. Pero inequívocamente el rasgo más relevante de esta nueva ley radica en las numerosas y variadas modificaciones que produjo.

2. CONCEPTOS CENTRALES DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 19.549

No había dudas, durante la vigencia de la Ley 19.549³, o sea antes de la reformulación que concretó la Ley 27.742, acerca de que la habilitación de la instancia, como sistema propio del derecho procesal administrativo, estaba formada por dos componentes: el agotamiento de la vía administrativa y la observancia de un plazo de caducidad.

Esa conclusión tenía apoyo en los arts. 23, 24, 25, 26, 30, 31 y 32 de la Ley 19.549.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal afirmó que en el sistema conformado por la Ley 19.549 y su reglamentación aprobada por el Decreto Reglamentario 1.759/1972, el agotamiento de la vía administrativa se traducía en la interposición de los recursos administrativos o en la articulación de un reclamo previo, con la finalidad de obtener el acto administrativo que *cause estado*, y, de esa manera, dejar habilitada la instancia judicial⁴.

La Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) diseñó, pues, un doble sistema: por un lado, se estructuró sobre la base de una serie de recursos

2 No desconozco, por supuesto, las modificaciones que introdujo la Ley 25.344 en el año 2000, pero creo que no comportaron una *reformulación*.

3 Incluidas las modificaciones introducidas por la ley 25.344.

4 Sala I, causa “Prytoluk, Alejandro c/ EN-M. Trabajo E. y SS-dto. 2098/08 s/ empleo público”, pronunciamiento del 4 de agosto de 2015, y causa “Cinalli, Ricardo Fabián c/ EN -M Interior y T s/ empleo público” –mi voto–, pronunciamiento del 9 de mayo de 2019; Sala IV, causas “Ascensores Servas SA c/ UBA s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 21 de noviembre de 2019, e “Hidalgo, Thaiss del Corazón de Jesús c/ EN - Presidencia de la Nación - Secretaría Legal y Técnica s/ empleo público”, pronunciamiento del 18 de diciembre de 2018; Sala V, causa “Tecnoadi SA c/ EN - Sec. de Gobierno de Energía y otro s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 27 de octubre de 2022.

administrativos, sujetos a plazos breves para demandar, y al denominado “reclamo impropio”, en los arts. 23, 24 y 25; y, por otro lado, se contempló el reclamo administrativo previo –originariamente no sujeto a plazos, aunque sí lo estaba en el texto modificado– para acceder a la revisión judicial, en los arts. 30, 31 y 32⁵.

De esa manera, aparecieron: la *vía impugnatoria*, como un mecanismo para impugnar actos administrativos de alcance particular y de alcance general, en el que se utilizan los recursos previstos en el Decreto Reglamentario 1.759/1972 y el *reclamo impropio*; y la *vía reclamatoria* como camino para demandar cuando no se cuestionan actos administrativos individuales o de alcance general.

En ese sistema, entonces, las peticiones que se formulaban ante la administración podían ser tramitadas de dos maneras distintas: la vía impugnatoria y la vía reclamatoria⁶.

La Corte Suprema ya había delineado una distinción expresa entre esas dos vías, impugnatoria y reclamatoria: la primera persigue la declaración de ilegitimidad del acto administrativo impugnado y la segunda tiende a la reclamación del reconocimiento de un derecho, aun originado en una relación jurídica preexistente⁷. Ambas vías eran, pues, excluyentes.

En el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁸.

Paralelamente, el Máximo Tribunal había determinado que tanto el agotamiento de la vía administrativa como la observancia del plazo de caducidad exhibían una explícita vinculación con el principio de separación de poderes, en el que fijó el fundamento constitucional de la habilitación de la instancia⁹.

5 Así lo dijimos con DUFFY, Marcelo D. en un trabajo doctrinario conjunto: “Proceso Contencioso Administrativo. La habilitación de la instancia”, en BALBÍN, Carlos F. (dir.), *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, T. 1, pp. 162/271.

6 Ídem.

7 Fallos: 312:1017, “Mackentor” (1989); Fallos: 316:2454, “Serra” (1993); 326:4711, “Peña” (2003); Fallos: 329:88, “Sisterna” (2006). En el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, causas “Prytoluk” y “Cinalli”, citadas, y “Gurevich, Agustina Inés c/ Estado Nacional Ministerio de Cultura s/ empleo público” –mi voto–, pronunciamiento del de noviembre de 2019.

8 Sala I, causas “Prytoluk”, “Cinalli” y “Gurevich” –mi voto–, citadas; Sala II, causa “Bureau Veritas Argentina SA c/ EN – M Hacienda y otro s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 26 de marzo de 2021; Sala III, causa “Olivieri, Nélida Elena c/ PEN s/ empleo público”, pronunciamiento del 6 de diciembre de 2018; Sala IV, causa “Dieterich Roldán, Pablo Luis María c/ EN-Superintendencia de Seguros de la Nación s/ empleo público”, pronunciamiento del 22 de junio de 2023; Sala V, causa “Reffray, Raúl Alejandro c/ EN-SSS s/ empleo público”, pronunciamiento del 14 de mayo de 2024.

9 Fallos: 288:398, “Sindicato de la Industria Lechera, Capital Federal y partidos adyacentes” (1975); “Serra” (1993).

La doctrina, al preguntarse, específicamente, si el agotamiento de la instancia administrativa tiene fundamentos constitucionales, respondió, en síntesis, que “la división de poderes lejos de constituir la razón de ser del agotamiento de la vía administrativa es su contracara, su excepción”¹⁰.

En el referido trabajo doctrinario conjunto expresamos –al reflexionar sobre ese criterio expresado por la Corte Suprema– una opinión en el sentido de “que la habilitación de la instancia no reconoce un fundamento directo, ni expreso ni implícito, en disposiciones o principio constitucionales. Y la exigencia de agotar la vía administrativa y cumplir el plazo de caducidad para demandar, tal como están regulados en la LNPA y en el Decreto 1.759/1972, no comportan, en sí mismos y por regla, obstáculos inconstitucionales para el pleno goce de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Creemos que se trata de una regulación normativa formulada por el Estado con atribuciones para hacerlo [...] No perdemos de vista, claro está, que el propio sistema vigente cuenta con algunas excepciones que lo hacen más flexible. Además, nuestro punto de vista pondera, ciertamente, el deber [...] de determinar en cada caso concreto, y según las circunstancias comprobadas, si existe algún impedimento para gozar de los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva”¹¹.

Esa opinión tuvo fundamento en la respuesta a un interrogante, esencial, dado por indagar si el sistema de la habilitación de la instancia tiene, como prerrogativa, un fundamento constitucional directo, en su texto y en sus principios, o si la habilitación de la instancia –contemplada en la Ley 19.549– no tiene un fundamento constitucional directo y comporta un privilegio que sólo es producto de una creación *legislativa* que no es incompatible ni con el texto ni con los principios de la Ley Fundamental¹².

Había otro interrogante, importante sin dudas, que consistía en preguntar sobre la conveniencia de mantener el esquema legal de la habilitación de la instancia. Las respuestas a este interrogante variaban entre la conveniencia y la inconveniencia.

La Corte Suprema había convalidado, concretamente, “la existencia de plazos de caducidad para demandar al Estado” con justificación “en la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos” y en “evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la

10 En un trabajo clásico BIANCHI, Alberto B., examinó, con suma profundidad, este segmento del derecho procesal administrativo, a la luz del derecho argentino y del derecho de los Estados Unidos: ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa? *La Ley* 1995-A-397 (TR LALEY AR/DOC/12176/2001).

11 Expusimos esa mirada con Marcelo D. DUFFY en el trabajo “Proceso Contencioso Administrativo. La habilitación de la instancia”, páginas citadas.

12 DUFFY, Marcelo D. y FACIO, Rodolfo E., obra y páginas ya citadas.

administración, pues de lo contrario se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica”¹³.

El Máximo Tribunal había puesto de resalto que ante la duda debe optarse por considerar que la instancia judicial se encuentra habilitada, en razón del principio rector *in dubio pro actione* que rige en el acceso a la justicia en materia contencioso administrativa¹⁴.

Ese criterio fue reproducido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁵.

La posible *renunciabilidad* de los preceptos legales referentes al agotamiento de la vía administrativa fue tratada por la doctrina. Una opinión sostenía que esa idea era al menos discutible¹⁶.

En el trabajo doctrinario conjunto referido manifestamos que “si la propia administración considera que no resulta justo ni conveniente plantear en juicio la falta de habilitación de la instancia judicial puede renunciar a ella válidamente. Partimos de la base, claro está, de que dicha renuncia debe responder a pautas objetivas y debe ser realizada con transparencia. Escola consideraba que como la exigencia del reclamo previo no está impuesta por razones de interés público, el Estado, al ser demandado, puede aceptar la viabilidad de la demanda pese al incumplimiento de esa exigencia o renunciar a exigir su cumplimiento”¹⁷.

3. LA LEY 27.742 Y LA “REFORMULACIÓN”

Esos conceptos centrales no fueron modificados por la “reformulación” efectuada por la Ley 27.742: la habilitación de la instancia continúa siendo un

13 “Serra” (1993); 318:441, “Gypobras” (1995) 327:4681, “Resch” (2004) voto del juez Maqueda.

14 Fallos: 312:1306, “Guerrero” (1989); 313:83, “Serra” (1990); 316:2477, “Colegio Bioquímico del Chaco” (1993); 316:3231 “Tidone” (1993); 324:2672 “Elemec” (2001); 331:1660 “Lof Casiano” (2008); 345:1470, “Asociación del Personal de Organismos de Control - APOC c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Misiones s/ acción contencioso administrativa” (2022).

15 Sala I, causas “Nicora, Juan Carlos c/UBA s/ educación superior -ley 24.521 -art. 32”, pronunciamiento del 7 de agosto de 2018, y “Buntech del lago SA c/ EN-Subsecretaría de Desarrollo Minero y otro s/ proceso de conocimiento” –mi voto– pronunciamiento del 15 de agosto de 2024; Sala II, causa “Rodríguez Ribera Joaquín Arnoldo c/ Hospital Garrahan -disp1/04 -resol 794/06 s/ empleo público”, pronunciamiento del 4 de diciembre de 2018; Sala III, causa “Olivieri, Nélida Elena c/ PEN s/empleo público”, pronunciamiento del 6 de diciembre de 2018; Sala IV, causa “Galante, Ernesto c/ EN - M. Relaciones Exteriores y CC s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 25 de abril de 2019; Sala V, causa “Zini Gustavo Héctor c/ UBA -resol 5512/09 y otras -Facultad Ingeniería s/ empleo público”, pronunciamiento del 26 de febrero de 2019.

16 COMADIRA, Julio Rodolfo, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada”, T. 1, con la colaboración de MONTI, Laura, La Ley, 2002, pp. 424 y 425.

17 DUFFY, Marcelo D. y FACIO, Rodolfo E., obra citada, p. 74; allí hicimos una cita de ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Vol. II, Depalma, 1984, p. 1219.

esquema –propio del derecho procesal administrativo– que está formado por el agotamiento de la vía administrativa y la observancia de un plazo de caducidad.

Empero, esa ley sí estampó, como señalé, en el marco de una revisión integral, varias modificaciones sobre ese esquema.

4. INTERROGANTES (IMPLÍCITOS) QUE LA LEY 27.742 RESPONDE (IMPLÍCITAMENTE)

Como se vio, hay dos interrogantes relevantes sobre el sistema de la habilitación de la instancia¹⁸.

La Ley 27.742 responde implícitamente esos dos interrogantes: admite, por un lado, su compatibilidad con la Constitución Nacional y, por otro lado, la conveniencia de mantener el sistema compuesto –vale la pena repetirlo– por el obligado agotamiento de la vía administrativa y la obligada observancia de un plazo de caducidad, aunque, claro está, con diversas modificaciones.

5. LA LEY 19.549 SEGÚN LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LA LEY 27.742

5.1. Vía impugnatoria

(i) Artículo 23

- Mantiene la exigencia de agotar la vía administrativa, con excepciones que confirman la regla¹⁹.
- Incorpora, al comienzo, una noción moderna y actualizada cuando alude expresamente a los “intereses jurídicamente tutelados” de los “administrados”²⁰ que puedan verse afectados.

18 Ver punto 2.

19 Efectivamente, mantiene, en el primer párrafo, la expresión *podrá*, que, en realidad, impone el cumplimiento insoslayable de esa condición para controvertir judicialmente un acto administrativo de alcance general: DUFFY, Marcelo D y FACIO, Rodolfo E., obra y lugar citados.

20 Creo que la ley podría haber utilizado una expresión más moderna, como *personas o personas interesadas*, en lugar de “administrados” que tiene, a mi juicio, una connotación arcaica.

Deja de lado, pues, la noción de *interés legítimo*, que había generado no pocas críticas²¹ y que, por ese motivo, ya había sido superada²².

- En el inc. *a*), sub inc. *i*, *ii*, *iii*, y *iv*, mantiene, esencialmente, la redacción del texto anterior. Sólo hay una modificación indirecta en tanto el art. 9º de la Ley amplía el catálogo de supuestos de conductas materiales ilegítimas.
- En el inc. *b*) exime de la obligación de impugnar en sede administrativa el acto administrativo de alcance individual en diversas situaciones:

i. Cuando: “La impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica”.

Recepta un criterio que ha sido aplicado pacíficamente por la jurisprudencia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en efecto, ha aplicado ese criterio de una manera reiterada²³.

La explicación es simple: el planteo de inconstitucionalidad de una norma no puede ser dirimido en sede administrativa ya que sólo el Poder Judicial se halla habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas, ya que nos rige el sistema de control judicial difuso, “en tanto tal custodia está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces: Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para

21 MAIRAL, Héctor A. explica que: “Se evitan así las confusiones derivadas de las particularidades que presenta el régimen italiano que, partiendo de su sistema de doble jurisdicción basado en la posición jurídica del actor, califica como interés legítimo situaciones que, para nuestro sistema, constituyen verdaderos reclamos”; “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, en coautoría con VERAMENDI, Enrique V., La Ley, 12 de julio de 2024 (TR LALEY AR/DOC/1777/2024). Para profundizar el estudio del sistema italiano puede verse, de MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, La Ley, 1ª ed., 1ª reimpresión, 2022, p. 82 y ss.

22 La ley también utiliza la noción de “intereses jurídicamente tutelados” en los arts. 1º *bis*, *a*), (*i*); 7º *d*); 9º *a*) y 24.

23 Sala I, causas “González Victorica Matías y otro c/ EN-AFIP DGI - Dto 1313/93 s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 27 de marzo de 2014, “Bonardi, Héctor Américo c/ EN -AFIP y otro s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 24 de septiembre de 2020, “Dass Argentina SRL c/ EN-DGA s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 23 de febrero de 2022, y “Electro Dinam SACIFI c/ EN - M Desarrollo Productivo - Secretaría Industria Economía del conocimiento y Gestión Externa y otros s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 14 de julio de 2022; Sala II, causa “Cabrales SA c/ GCBA s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 20 de agosto de 2024; Sala III, causa “Argen Pork Export Consorcio de Cooperación c/ EN-AFIP-DGA s/ Dirección General de Aduanas”, pronunciamiento del 16 de diciembre de 2020; Sala IV, causa “Golden Peanut and Tree Nuts SA c/ EN-AFIP DGA s/ Dirección General de Aduanas”, pronunciamiento del 8 de julio de 2021; Sala V “Gut Metal SRL c/ EN-AFIP s/ Dirección General de Aduanas”, pronunciamiento del 5 de mayo de 2022.

averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella...”²⁴.

ii. Cuando: “Mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil”.

Incorpora (¿o reincorpora?) una excepción que en el texto original de la Ley 19.549 estaba prevista únicamente para la vía reclamatoria: el *ritualismo inútil*.

Antes de esta modificación pueden ser halladas algunas sentencias en las que categóricamente se afirmó que la excepción del “ritualismo inútil” sólo era aplicable en la vía reclamatoria²⁵.

Con esta incorporación, la ley unifica, con toda lógica, la excepción en las dos vías, impugnatoria y reclamatoria. De otra manera podría darse una situación que la doctrina ya había advertido “de configurarse aquella, el procedimiento administrativo pierde su razón de ser en cuanto a la protección de los derechos de los particulares y del interés público comprometido en la vigencia de la legitimidad en la actuación estatal”²⁶.

Una cuestión importante, que también se proyecta a la vía reclamatoria, radica en precisar qué alcance tiene ese concepto de *ritualismo inútil*: ¿incluye los casos en que el Estado contesta la demanda y simultáneamente plantea la falta de agotamiento de la vía administrativa y se opone al progreso de la pretensión sustancial?

Voy a tratar esta pregunta en el segmento relativo a la vía reclamatoria.

iii. Cuando: “Se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente”.

Acoge un criterio que es consistente con el texto del art. 43 de la Constitución Nacional en tanto prevé que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un

24 Fallos: 331:1664, “Fermín Mauricio” (2008); Sala I, causa “González Victorica”, citada; Sala II, causa “Multiscope SA c/ EN –Mo Economía Resol 47/07 AFIP DGA [...] s/ Proceso de Conocimiento”, pronunciamiento del 5 de mayo de 2011 (citada por la Sala I en la causa “González Victorica”); Sala V, causa “Vanossi, Jorge Reinaldo Agustín c/ EN-AFIP-DGI y otro s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 18 de julio de 2019).

25 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, causa “Gurevich”, citada, por mayoría; en disidencia, señalé que, dados los términos en que la actora había formulado la demanda, no se hallaba involucrado “ningún acto administrativo que deba ser impugnado con arreglo a los arts. 23, 24 y 25 de la Ley 19.549 y a los artículos 84, 89 y 90 de su Decreto Reglamentario”, sobre todo si se reparaba en que “ni siquiera el propio Estado Nacional demandado, cuando cuestiona la admisibilidad de la demanda, alega la existencia de tal acto administrativo”.

26 MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva”, ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), en *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2013, p. 320.

tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Dicha formulación se diferencia del texto del artículo de la ley 16.986 que impide la admisibilidad de la acción de amparo cuando: “a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Es fácil apreciar que el texto constitucional no condiciona la admisibilidad de la acción de amparo al tránsito previo por la vía administrativa²⁷.

Podría decirse, con mayor intensidad, que el texto constitucional no acepta un condicionamiento semejante. Aun cuando, como dije, la Ley Fundamental no contiene previsiones ni expresas ni implícitas sobre la habilitación de la instancia, ese rechazo al condicionamiento queda manifiestamente expuesto en la comparación del texto constitucional y el texto *legal*.

La Corte Suprema ha examinado este punto, directa o indirectamente.

Vale la pena detenerse brevemente en el contexto de cada caso.

En un caso desestimó una acción de amparo promovida por una empresa con la finalidad de que le fuera reconocida la condición de adjudicataria de una concesión de la zona franca de Zapala, provincia del Neuquén.

Para desestimar la demanda el Máximo Tribunal: (i) aseveró, curiosamente con invocación de un precedente anterior a la reforma constitucional de 1994, que “para que sea admitida la vía del amparo resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; sólo después de ello, de resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo (Fallos: 312:1891)”, (ii) que “La relación de los hechos efectuada en los considerandos que anteceden son un obstáculo para concluir que se encuentra expedita la vía elegida. En efecto, el recurso jerárquico interpuesto impide que el Tribunal examine el tema sometido a su decisión”, y (iii) que “No es un óbice a lo expuesto la demora del órgano administrativo en expedirse, ya que tal situación, en el caso de existir, puede ser subsanada por las vías judiciales correspondientes. No es ésta la pertinente, pues, tal como surge del escrito inicial, es otra la finalidad perseguida con su interposición”²⁸.

27 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se expresó en ese sentido: Sala I, causa “Andreotti Andrés c/ EN -Mº Defensa- EMGE s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 23 de agosto de 2010 y sus citas; Sala II, causa “Hughes, Patricio Luis c/ EN-Procuración General De La Nación s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 10 de mayo de 2016; Sala III, causa “Ocere SA c/ EN-M Economía y FP-BCRA-SCI y otros s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 9 de febrero de 2017; Sala IV, “Banfi, Bárbara c/ EN – AFIP s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 23 de mayo de 2019.

28 “Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro” (1998). La sentencia no fue publicada en la colección de Fallos de la Corte Suprema.

Si bien es cierto que la Corte Suprema, al fundar su decisión, recordó un criterio anterior a la reforma constitucional de 1994 sobre la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, no es menos cierto que expresamente hizo hincapié en que esa vía se hallaba en pleno trámite y no había concluido.

En otro caso revocó –por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación– una sentencia –de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata– que había hecho lugar a la acción de amparo tendiente a obtener un pronunciamiento del Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata que diera por concluido un concurso docente y, en consecuencia, declaró la nulidad de las actuaciones administrativas derivadas de dicho concurso, sobre la base de la arbitrariedad manifiesta, a partir del momento en que el Consejo Académico tomó intervención en tanto éste había dejado sin efecto el concurso en el que el actor resultó primero en el orden de méritos de acuerdo con el dictamen elaborado por la Comisión Asesora.

Para revocar esa sentencia, el Máximo Tribunal afirmó que “si lo que cuestiona el actor es la decisión del Consejo de dejar sin efecto el concurso, el planteo debe efectuarse por la vía prevista en el citado art. 32 de la Ley 24.521 e importa el agotamiento previo de la instancia administrativa. En tal sentido, cabe destacar que el recurso de apelación ante la Cámara Federal competente, ha sido considerado por el legislador como la vía más idónea, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, para impugnar las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas. Por lo demás, si bien es cierto que a partir del reconocimiento constitucional del amparo, se ha interpretado que el cumplimiento de dicho requisito no constituye obstáculo para su admisibilidad formal, tal criterio interpretativo no puede utilizarse de manera irrestricta en todos aquellos supuestos en que se cuestionan decisiones de carácter universitario que no emanen de su máxima autoridad –tal como ocurre en el caso–, pues implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución, máxime teniendo en cuenta que en el sub lite no existía una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor decía conculcados y, por lo demás, el mismo siguió la vía del recurso jerárquico ante el Consejo Superior”²⁹.

Aquí el fundamento de la decisión de la Corte Suprema no se asentó en la falta de agotamiento de la vía administrativa sino en la falta de idoneidad de la vía judicial elegida.

En otro caso dejó sin efecto una sentencia –del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos– que había rechazado una demanda de amparo, promovida en procura de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención

29 Fallos: 330:1407, “Granillo Fernández” (2007).

de la salud, tras afirmar que la demandante se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa ante el instituto demandado, que la ley local de procedimientos constitucionales impedía el deambular simultáneo o sucesivo por la vía administrativa y por la del amparo ya que ello importaba el reconocimiento de que la primera era apta para obtener lo reclamado sin recurrir a la vía del amparo.

Para dejar sin efecto esa sentencia, el Máximo Tribunal expresó que “si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias [...] y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado [...], su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias”³⁰.

Aquí, nuevamente, el fundamento de la decisión de la Corte Suprema no se edificó sobre la falta de agotamiento de la vía administrativa sino en la falta de idoneidad de la vía judicial elegida.

Más recientemente, en otro caso, declaró inoficioso emitir un pronunciamiento –por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación– sobre una sentencia –de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán– que había admitido la acción de amparo, promovida contra la Universidad Nacional de Catamarca declarando la nulidad de dos resoluciones dictadas por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, con sustento en que el juicio académico fue promovido por un órgano que carecía de competencia, pues tal facultad se encuentra atribuida en forma expresa al decano.

Para decidir en esos términos, el Máximo Tribunal dijo que no podía soslayarse que una vez que el Consejo Superior dictó la resolución que rechazó el recurso jerárquico interpuesto por el actor se habían tornado abstractas las cuestiones planteadas “por cuanto aquel acto –que importa el agotamiento de la vía administrativa– debía ser necesariamente impugnado empleando el remedio procesal que se considerara pertinente, extremo que impide cualquier consideración de la Corte al respecto, en la medida en que le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos”³¹.

Aquí, otra vez, el fundamento de la decisión de la Corte Suprema no se apoyó en la falta de agotamiento de la vía administrativa sino en la falta de idoneidad –sobreviniente– de la vía judicial elegida.

Puede afirmarse que la Corte Suprema, en sus últimos pronunciamientos relativos a la habilitación de la instancia, no exigió el agotamiento de la vía

30 Fallos: 330:4647, “María Flavia Judith” (2007). Ese criterio fue reiterado en Fallos: 347:1022, “U.L.N.” (2024).

31 Fallos: 347:339, “Viale” (2024).

administrativa como paso previo obligado para acceder a la intervención de los tribunales judiciales por la vía de la acción de amparo.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha resuelto que “la sola existencia de otros medios procesales no es suficiente para descartar la vía del amparo, pues es necesario que esos medios puedan ser reputados eficaces para la salvaguarda del derecho afectado”³². Esa afirmación proyecta efectos más fuertes si la demanda va acompañada de un planteo de inconstitucionalidad ya que, como se dijo, ese planteo no puede ser resuelto por la administración³³.

La Ley 27.742 vino a despejar cualquier duda en el sentido de que el tránsito por la instancia administrativa no es obligatorio si se quiere promover una acción de amparo.

iv. Cuando: “Se tratare de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme. Tales actos serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia. En la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie”.

Es una excepción novedosa, interesante y claramente favorable al acceso directo a la impugnación judicial, que muestra un sentido absolutamente lógico en tanto armoniza la interrelación entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial en la medida en que se exime de la obligación de impugnar en sede administrativa esos nuevos actos.

- En el inciso *c)* formula una enunciación de los actos que agotan la vía administrativa:

i. “El acto que resuelve un recurso jerárquico”.

ii. “Todos los actos dictados por el Poder Ejecutivo nacional, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado”.

iii. “Los actos emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, con las exclusiones dispuestas en el artículo 1º de esta ley, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado”.

iv. “Los actos administrativos emanados de los órganos con competencia resolutoria final del Congreso de la Nación, del Poder Judicial o del Ministerio Público, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado”.

32 Sala I, causas “Grossi Gallegos, Hugo Osvaldo José c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 30 de julio de 2020, y “Brouchoud, Elena Esther y otro c/ EN -M Hacienda -AFIP s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 27 de noviembre de 2022.

33 Causa “Grossi Gallegos”, citada en la nota anterior; Sala IV, causa “Rodríguez Héctor Horacio c/ ANSES y otro s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 27 de mayo de 2021; Sala V “Ramello, Bernardo Herardo y otros c/ EN-M Hacienda -AFIP s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 16 de diciembre de 2021.

“Contra los actos que agotan la vía administrativa será optativa la interposición de los recursos administrativos que pudieren corresponder”.

Esa enunciación proporciona franqueza y aleja cualquier duda que pueda tener la persona interesada, es decir da *claridad* y *certeza* a la *carga legal* de *agotar la vía administrativa* “que es necesario para que no degenera la incertidumbre en cuanto a plazos y vías para el agotamiento de la instancia administrativa en una trampa”³⁴.

Los supuestos enumerados en los cuatro incisos y la opción ofrecida en el último párrafo exhiben una lógica comprensible: los actos son dictados por las máximas autoridades de cada departamento o dependencia estatal.

Debe tenerse en cuenta, para la aplicación del inciso *iv*, al menos, y de las demás disposiciones de ley, en general, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, la Acordada 34/2024 dictada por la Corte Suprema³⁵.

- En el inc. *d*) establece un plazo mínimo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa: “treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna”.

Esta previsión presenta una doble relevancia. Por un lado, otorga jerarquía legal al plazo para interponer los recursos que agotan la vía administrativa, expresión que puede ser sintetizada en el recurso jerárquico³⁶. Por otro lado, extiende ese plazo a treinta días, hábiles administrativos, que comporta un plazo mínimo que puede ser ampliado pero no acortado por vía reglamentaria³⁷.

34 URRUTIGOITY, Javier “Vías impugnatorias y reclamatorias en la ley 27.742 de Bases y Reforma del Procedimiento Administrativo Nacional (Ley 19.549)”, *RDA* 2024-155, 51 (TR LALEY AR/DOC/2169/2024).

35 Del 4 de noviembre de 2024: “1) Hacer saber que esta Corte comparte el criterio de actualización y modernización de las normas que rigen los procedimientos administrativos. 2) Ratificar y mantener la vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación, precisando que la Ley 19.549, con sus modificaciones, sólo será aplicable al ejercicio de la superintendencia de esta Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga. 3) Establecer que esta Corte llevará adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales, dictando las medidas adecuadas a este Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742). 4) Ordenar que la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales y eleve al Tribunal una propuesta con las modificaciones que correspondería realizar para la paulatina adaptación dispuesta en el punto 3 anterior”.

36 MAIRAL y VERAMENDI, obra citada; URRUTIGOITY, obra citada.

37 MAIRAL y VERAMENDI, obra citada.

El Decreto 1.759/1972, modificado por el Decreto 695/2024, reglamentario de la ley, establece, precisamente, en treinta días el plazo para interponer el recurso jerárquico³⁸.

- En el inc. e) define que: “Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso a) del artículo 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

La reforma –asevera la doctrina– introduce un cambio significativo al extender el plazo para que el contratista inicie la acción judicial hasta transcurridos seis meses de terminado el contrato –siempre que haya cuestionado en forma expresa el acto en cuestión dentro de los treinta días de notificado–, sin necesidad de haber mantenido la impugnación administrativa o promovidos los recursos administrativos contra el acto que rechaza ese cuestionamiento para mantener abierta la vía judicial. Constituye un plazo máximo, de modo que nada impide que se promueva la acción mientras el contrato se encuentre en ejecución³⁹.

Efectivamente se da la opción al contratista de no iniciar el juicio durante la ejecución del contrato sino cuando haya finalizado, pero dentro de un plazo para que continúen disponibles tanto los testimonios como las pruebas escritas que necesita la administración para su defensa⁴⁰.

Y se establece que, durante la etapa de ejecución del contrato, para preservar su derecho el particular debe limitarse a “cuestionar” los actos que considere que lo afectan.

¿Qué forma debería tener esa impugnación? ¿Debe hacerse mediante presentaciones calificadas como recursos o reclamos, según el caso o puede exhibir otro formato?

La norma no exige aquellas formas, pero, según una mirada doctrinaria, serían las más seguras⁴¹.

“En efecto, en los contratos de larga duración como las concesiones de obras o servicios públicos, frente a una decisión puntual de la administración puede vencer el plazo de prescripción antes de la terminación del contrato.

38 Art. 90.

39 MAIRAL y VERAMENDI, obra citada.

40 Ídem.

41 Ídem.

Por ello, en esos casos la presentación de recursos o reclamos permitirá al contratista interrumpir el plazo de prescripción, y así no estar obligado plantear la cuestión judicial durante el término de vida del contrato, al menos mientras la administración no rechace expresamente el recurso o reclamo impropio y se mantenga así el efecto interruptivo resultante de la impugnación presentada⁴².

Aunque, con otra mirada, no puede descartarse la sola constancia de la disconformidad o falta de consentimiento sobre el acto⁴³.

(ii) *Artículo 24*

- Exhibe la obligatoriedad de agotar la vía administrativa⁴⁴.
- Recepta la noción moderna y actualizada de “intereses jurídicamente tutelados” que puedan verse afectados, tal como lo hace –según adelanté– en el art. 23.
- En el inciso *a*) mantiene, esencialmente, la redacción del texto anterior. En ese sentido puede verse la reiteración del concepto de *reclamo*, conocido en el marco del texto anterior como “reclamo impropio” que es, en realidad, un recurso administrativo tendiente a impugnar en sede administrativa directamente un acto de alcance general.

Empero, exime de la obligación de impugnar en sede administrativa el acto administrativo de alcance general en dos situaciones:

i. Cuando se promueva una acción de amparo u otro proceso urgente.

Valen aquí las consideraciones que exterioricé al referirme al art. 23, inc.

b), punto *iii*.

ii. Cuando se impugne decretos del Poder Ejecutivo Nacional “dictados en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 76, 80 y 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional”. La referencia es clara, respectivamente, a los decretos dictados en ejercicio de facultades delegadas o *decretos delegados*, a los decretos que promulgan leyes parcialmente y a los decretos de necesidad y urgencia.

La excepción parece lógica si se repara en que se trata de actos provenientes de la máxima autoridad. Es consistente, desde esa perspectiva, con el art. 23, inc. *c*), última parte.

- En el inciso *b*) aclara, de una manera interesante, que “La falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o su eventual desestimación, no impedirán la impugnación de los actos de alcance particular que le den aplicación. Asimismo, la falta de impugnación de los actos de alcance particular que

42 Ídem.

43 DURAND, Julio “Seminario Bases para la Libertad en el procedimiento administrativo”, Organizada por la Asociación de Docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

44 La norma introduce, en el primer párrafo, la expresión *podrá*, que fue comentada en la nota 22.

apliquen un acto de alcance general, o su eventual desestimación, tampoco impedirán la impugnación de éste, sin perjuicio de los efectos propios de los actos de alcance particular que se encuentren firmes”.

(iii) Artículo 25

- Regula los tiempos para promover la demanda.
- Deja en claro que la observancia del plazo de caducidad es obligatoria. No obstante, hay supuestos de excepción.
- Simultáneamente amplía el plazo para demandar a ciento ochenta (180) días, es decir duplica el plazo anterior.
- Aclara –marcando una diferencia con el texto anterior– que el plazo se cuenta en días hábiles judiciales.
- Explica el modo de computar el plazo, en los incs. *a)*, *b)* y *c)*, que es igual al que preveía el texto anterior.

Paralelamente, incluye a los hechos administrativos, en el inciso *d)*. Y excluye a las vías de hecho administrativas, en la última parte –sin perjuicio de los efectos de la prescripción–, con una lógica inequívoca dadas las características de esa noción.

Allí mismo se deja a salvo una posibilidad procesal interesante en el sentido de que “La falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción”.

Esta excepción muestra una atenuación de los efectos del plazo de caducidad en el caso de que no se haya promovido la demanda de impugnación dentro de ese plazo, con la ventaja consiguiente para quien ha dejado vencer, por alguna razón, el tiempo para hacerlo.

(iv) Artículo 25 bis

- Regula con mayor detalle y precisión, en comparación con el texto anterior, varios aspectos de los denominados recursos directos (“recurso” según la norma).
- Mantiene el plazo que fijaba el texto anterior para presentar el recurso, aunque se aclara –marcando una diferencia con el texto anterior– que se cuenta en días hábiles judiciales.
- Expande ese plazo a todos los recursos directos y se deroga todos los plazos menores.

Dicha previsión normativa, que es valiosa en cuanto unifica el plazo y deroga otras disposiciones, se proyecta, al menos, a los plazos que existían en el momento en que entró en vigencia la Ley.

Como dato llamativo, con posterioridad a esa entrada en vigencia, el Decreto de Necesidad y Urgencia 942/2024⁴⁵ modificó la Ley 26.165 que ahora prevé, en su art. 50, un “recurso judicial directo” para cuestionar una resolución emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) que deniegue, cese o cancele el estatuto de refugiado, recurso que “podrá interponer[se]” “en un plazo de cinco (5) días hábiles desde su notificación”.

- Prohíbe a los “órganos administrativos” la desestimación de la “procedencia” del recurso directo. Técnicamente se trata de la admisibilidad, no de la procedencia⁴⁶; es decir, la administración no puede decidir la inadmisibilidad de un recurso directo.

Esta previsión normativa recoge la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que resolvió repetidamente que la administración carece de competencia legal para rechazar los recursos directos que se deduce contra las decisiones tomadas en el ámbito de la Secretaría de Comercio [...], pues la competencia para verificar si se hallan reunidos los requisitos mínimos de admisibilidad de dichos recursos corresponde a esta cámara⁴⁷.

- Fija un plazo, breve, para la remisión del expediente administrativo al tribunal judicial competente.

Esta previsión normativa no explica desde qué momento se cuenta el plazo. Empero, es razonable computar el plazo desde la interposición del recurso directo⁴⁸.

- Establece una consecuencia si el órgano administrativo no “eleva” el expediente.

Ciertamente, si la administración no remite (no “eleva”) el expediente administrativo al tribunal judicial competente, en el plazo de cinco días, que bien puede ser calificado como perentorio, la persona interesada cuenta con el derecho de acudir directamente ante el tribunal judicial.

- Prevé expresamente el acompañamiento de la prueba documental y el ofrecimiento de las demás pruebas, y la evaluación de la pertinencia y admisibilidad en los términos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que, en

45 Boletín Oficial de la República Argentina del 22 de octubre de 2024.

46 Esta anotación queda reforzada si se repara en que el cuarto párrafo del art. 25 refiere correctamente a la admisibilidad cuando alude al pago previo de la multa (a la supresión).

47 Sala I, causas “Incidente n°1 - actor: Inc SA s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 9 de diciembre de 2020, “Incidente n°1 - actor: Google Argentina SRL s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 22 de octubre de 2024, “Incidente n°1 -actor: Bed Time SA s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 24 de octubre de 2024. Esos precedentes involucraron la aplicación y la interpretación de las leyes 20.680 y 24.240. En un sentido similar puede verse: Sala V, causa “Incidente n°1 - actor: HSBC Bank Argentina SA s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 9 de marzo de 2017.

48 Ver, en un sentido coincidente, MAIRAL y VERAMENDI, obra citada.

su artículo 364, prescribe que sólo podrá producirse prueba sobre los hechos “que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos” y que “[N]o serán admitidas” las pruebas que sean “manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”.

Como puede apreciarse fácilmente, la ley prevé y acepta, expresamente, el derecho a producir las pruebas que la parte recurrente ofrezca en el entendimiento de que son conducentes para obtener una decisión legal, legítima y razonable de la administración.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había permitido y dispuesto la producción de pruebas en los recursos directos⁴⁹.

Está claro que, luego, las pruebas deben ser valoradas por el tribunal de conformidad con la regla de la sana crítica que el mismo código procesal fija en el artículo 386.

- Elimina el pago previo de la multa (una extensión del principio *solve et repute*) como recaudo de admisibilidad del recurso judicial.

La Corte Suprema había admitido la validez constitucional de la exigencia del pago previo de las multas aplicadas con motivo de infracciones a normas referentes a la salubridad, a los derechos laborales y al control del sistema financiero, como requisito de la intervención judicial, aunque había admitido también algunas excepciones a dicho principio en los casos en que ese requisito legal, por su desproporcionada magnitud en relación con la concreta capacidad económica de la persona apelante, “tornara ilusorio el derecho que le acuerda el legislador en razón del importante desapoderamiento de bienes que podría significar el cumplimiento de aquélla condición”⁵⁰.

Ese criterio también fue aplicado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁵¹.

49 Sala I, causa “Fiorito Factoring SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras -ley 21.526 -art. 41”, pronunciamiento del 20 de noviembre de 2014. Allí se abrió la causa a prueba por el plazo de 40 días. También la Sala II dispuso la apertura a prueba y la correspondiente producción: causas “Orlando J. Ferreres & asociados c/ DNCI -disp 212/11”, pronunciamiento del 7 de mayo de 2013, “Obra Social del Personal Asociado a Asociación Mutual Sancor c/ Superintendencia de Servicios de Salud s/ obras sociales -ley 23.661 -art. 45”, pronunciamiento del 5 de noviembre de 2015, “Camuzzi Gas Pampeana SA c7 ENARGAS s/ recurso directo de organismo externo”, pronunciamiento del 31 de octubre de 2017.

50 Fallos: 247:181, 261:101, 303:1776, 308:90, 312:2490; y causas CSJ 360/2013 (49-G)/ CSI “Giaboo SRL s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 10 de noviembre de 2015, y “Cooperativa de Trabajo Pro.Ven.Coop Limitada c/ Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social s/ recurso directo a juzgado”, pronunciamiento del 11 de febrero de 2020.

51 Sala I, causas “SKF Argentina SA c/ DGA – Resol 339/09 (expte. 7331/09)”, pronunciamiento del 18 de octubre de 2011, “Banco Supervielle SA c/ UIF s/ Código Penal – ley 25.246 – dto. 290/07 art. 25” y “Supervielle, Julio Patricio y otros c/ UIF s/ Código Penal – ley 25.246 – dto.

Diversas leyes contemplan la exigencia y en paralelo la morigeran.

Por ejemplo, la Ley 24.240, en su art. 45 (texto según la Ley 26.993), dice: “En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente”⁵².

La Ley 27.742 modifica radicalmente esas previsiones normativas y suprime lisa y llanamente aquel recaudo de admisibilidad, y, con toda lógica, deroga cualquier norma que lo exija.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ya aplicó esta nueva norma⁵³.

(v) *Artículo 26*

- Suprime la referencia al plazo de prescripción y su relación con el silencio, que, aun cuando la norma no lo indique expresamente, está regulado en el art. 10, referencia que, en cambio, sí aparece en el art. 31⁵⁴.
- Incorpora, asimismo, una previsión que exhibe una útil vinculación directa con el enjuiciamiento del Estado originado en la responsabilidad que pueden provocar sus actos ilegítimos –es decir: sólo sus actos administrativos, no su conducta material– en tanto aclara –aunque lo hace implícitamente– que el plazo de prescripción para promover la demanda que tiene por objeto una indemnización comienza a correr cuando la sentencia que declara la nulidad de alguno de tales actos haya quedado firme.

290/07 art. 25”, pronunciamiento (único) del 20 de septiembre de 2016, y “British Airways PLC c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM” pronunciamiento del 22 de mayo de 2018; Sala II, causa “RQU n°1 – actor: Jetsmart Airlines SA demandado: M° de Desarrollo Productivo – Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 27 de febrero de 2024; Sala IV, causa “Incidente n°1 - actor: Frávega SACIF y A s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 25 de octubre de 2022; Sala V, causa “Incidente n°1 - actor: HSBC Bank Argentina SA s/ recurso de queja”, citada.

52 Otro ejemplo, análogo, puede verse en el art. 53 de la Ley 25.156, texto según la Ley 26.993.

53 Sala IV, causas “Air Canada Sucursal Argentina c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, pronunciamiento del 8 de agosto de 2024 y “B., B. J. c/ E.N. – Agencia Federal de Inteligencia – Ley 25.520 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, pronunciamiento del 3 de septiembre de 2024; Sala V, causa “Incidente n°1 - actor: Dia Argentina SA s/ recurso de queja”, pronunciamiento del 11 de noviembre de 2024.

54 Este contraste genera, según la doctrina, “una cierta contradicción con el nuevo texto del artículo 31 que sí hace correr ese plazo ante el silencio administrativo frente a la presentación del reclamo previo y del pedido de pronto despacho. Existiría, entonces, una diferencia entre el silencio frente a la interposición de recursos administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo”: MARIAL y VERAMENDI, obra citada.

Esta previsión, entonces, complementa, sin dudas, la Ley 26.944 que, en su artículo 8º, concede a la persona interesada la opción de promover la demanda “por los perjuicios ocasionados” junto con la demanda de nulidad “de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad”, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento”.

Como resultado de esas dos normas que se complementan es razonable concluir en que: “El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento”, “a partir de la fecha en que” “la sentencia que declara la nulidad” o “la inconstitucionalidad” de aquellos actos “quede firme”.

5.2. *Vía reclamatoria*

(i) *Artículo 30*

- Muestra la obligatoriedad de agotar la vía administrativa mediante la presentación del reclamo previo, excepto que se configure alguno de los supuestos contemplados en los artículos 23 y 24.
- No exige –a diferencia del texto anterior– la coincidencia entre los hechos y derechos alegados allí y los que serán invocados en la demanda⁵⁵.

55 La Corte Suprema se había pronunciado en esa orientación (Fallos: 311:1914, “Salamone”, 1988, y 312:103, “Decavial”, 1989) al indicar que la persona interesada “debió someter a juzgamiento los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa y alegar y acreditar la invalidez de las razones que motivaron [la] emisión” del acto administrativo que se considera ilegítimo. Desde otra perspectiva, había precisado que el Estado no puede hallarse “imposibilitado de mejorar en la instancia judicial los fundamentos desarrollados en sede administrativa y explayar los que –poco importa su motivo– allí se hubieran omitido, atribución que hace inexorablemente a una buena defensa en juicio de sus intereses, que, en definitiva, atañen a toda la comunidad” (Fallos: 323:2332, “Desaci”, 2000).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal también se había expresado en el sentido de que debía existir congruencia entre los temas y motivos propuestos a la decisión administrativa y los sometidos al juzgamiento de los tribunales (Sala I, causa “Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur S.A.) c/ Resol. 1034/97 -ENRE- 2791/2922/3056/96 -3137/3276/3367/97”, pronunciamiento del 15 de abril de 2003; Sala II, causa “Molinos Río de la Plata S.A. c/ EN -AFIP -DGI -resol. 74/09 (GC) 7/08 s/ Dirección General Impositiva”, pronunciamiento del 27 de diciembre de 2012; Sala III, causa “Espejo Reinoso “Espejo Reinoso Atilio Alberto c/ UBA – Facultad de Filosofía y Letras (Expte 804143/02) s/ empleo público”, pronunciamiento del 15 de diciembre de 2010; Sala IV, causa “Industrias Mancini SACIA “Industrias Mancini S.A.C.I.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato administrativo”, pronunciamiento del 23 de noviembre de 1995.

Puede advertirse, tal vez, una falta de coordinación con el art. 1º, inc. a), punto (ii), de la Ley en tanto allí se contempla al Poder Judicial y aquí sólo se alude al “Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad descentralizada”.

(ii) *Artículo 31*

- No prevé –a diferencia del texto anterior– la obligatoriedad de presentar un pedido de pronto despacho para promover la demanda si vence el plazo – que se mantiene en noventa (90) días contados desde que fue formulado– sin que la autoridad administrativa se haya pronunciado.
- Tampoco exige –a diferencia del texto anterior– que la demanda sea promovida dentro de “los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25”, es decir en el plazo fijado por esa norma –hoy, como se vio, ciento ochenta (180) días– sin perjuicio del curso del plazo de prescripción.

Como se sabe, la previsión anterior, introducida por la Ley 25.344 en el sentido de aplicar el plazo de caducidad, fue declarada inconstitucional por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁵⁶ e interpretada de una manera interesante por la Corte Suprema, con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación⁵⁷, sin acudir a la declaración de inconstitucionalidad, ya que consideró que la instancia judicial debía ser habilitada.

- Conserva la posibilidad de extender, fundadamente, los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) días para resolver el reclamo y de sesenta (60) días para resolver el pedido de pronto despacho (obviamente, si este último hubiese sido presentado).

Esa extensión –como ocurría en el texto anterior– puede ser decidida por el Poder Ejecutivo Nacional si lo requiere el “organismo interviniente”. Puede advertirse, tal vez, otra falta de coordinación con el artículo 1º de la ley.

56 Sala III, causa “Biosystems S.A. c/ E. N. -Mº Salud -Hospital Posadas s/ contrato administrativo”, pronunciamiento del 18 de abril de 2011. La sala, en suma, consideró que el art. 31 de la Ley 19.549, según la modificación realizada por la Ley 25.344, era inconstitucional toda vez que condicionaba “el acceso a la justicia del reclamo por el reconocimiento de un derecho frente a la inactividad de la administración” y vinculaba “los plazos para configurar la denegación por silencio –cuya función es de garantía– con el [plazo] de caducidad” que preveía el art. 25 de la Ley 19.549 en tanto tiene “fundamento en lograr la inmutabilidad de un acto administrativo que no existe en la denominada vía reparatoria”.

57 Fallos: 346:921, “Biosystems” (2014). El dictamen, compartido por el Máximo Tribunal, afirmó, en síntesis, que “no corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada pues debe entenderse [...] que en el caso correspondía habilitar la instancia judicial al no haber acto administrativo que denegara el reclamo de la actora. Por ende, aun habiéndose interpuesto pronto despacho, ante el silencio de la Administración, el actor, por la concordancia de los arts. 31, 26 y 10 de la LNPA, podía entablar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que correspondiere en cuanto a los plazos de prescripción”.

- Admite –en un sentido opuesto al que regía en el texto anterior de la ley– que la decisión denegatoria expresa del reclamo puede ser recurrida en sede administrativa.

Esta previsión cambia, o dicho con más precisión, crea una conexión entre las vías recursiva y la reclamatoria, que, como recordé al comienzo, eras excluyentes⁵⁸.

- Contempla que la demanda debe ser promovida en el plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales –de manera coincidente con el art. 25– contado desde la notificación de la decisión denegatoria expresa o, en su caso, desde la notificación de la decisión denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera articulado contra aquélla.
- Deja a salvo la opción, en favor de la persona interesada, “de recurrir en sede administrativa la denegatoria, conforme lo previsto en el art. 23, inc. c) final”.
- Suprime la obligación –que había incorporado la Ley 25.344⁵⁹– de los tribunales de verificar, de oficio, el agotamiento de la vía administrativa y la observancia del plazo de caducidad.

(iii) Artículo 32

- Reincorpora tres supuestos de excepción que la Ley 25.344 había suprimido⁶⁰: el juicio de responsabilidad estatal, “la acción de desalojo” y la “acción que no tramite por vía ordinaria”.

Con esas dos reincorporaciones, hoy la Ley 19.549 contempla, en total, las siguientes excepciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa:

- i. Cuando “una norma expresa que así lo establezca” (primera parte).

58 Ver punto 2.

59 Que, a su vez, había recogido el criterio que la Corte Suprema, poco tiempo antes, había establecido en el precedente de Fallos: 322:73, “Gorordo” (1999).

60 La ley, en el texto anterior a esa ley, establecía: “El reclamo administrativo previo a que se refiere los artículos anteriores no será necesario si mediere una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del art. 31; b) Antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario; c) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria; e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil; f) Se demandare a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio”.

La Ley 25.344 sólo dejó vigentes tres excepciones: “si mediere una norma expresa que así lo establezca”, cuando “Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente” (a) y cuando “Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual” (b).

ii. Cuando: “Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente” (inc. *a*).

iii. Cuando: “Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual o extracontractual” (inc. *b*).

iv. Cuando: “Se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria” (inc. *b*).

v. Cuando: “Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil” (inc. *c*).

- La reincorporación de aquellos referidos tres supuestos implica una clara atenuación de la obligatoriedad de agotar la instancia administrativa mediante el tránsito de la vía reclamatoria.
- En cuanto concierne la acción de desalojo contra el Estado en el trabajo doctrinario conjunto referido señalamos que la supresión concretada por la Ley 25.344 no había sido criticada severamente “si se atiende a que se trata, justamente, de una ‘acción de índole civil’ y, por ende, ajena como principio a la Ley 19.549”.

Y marcamos “que circunstancias semejantes habrían conducido al mismo razonamiento” acerca de las acciones que no tramitan por vía ordinaria, “sin perjuicio de que en supuestos especiales, como son los casos de las acciones de amparo (Ley 16.986 y art. 43 CN) y declarativa de certeza (art. 322 CPCCN), se pueda desbordar el continente del Derecho Privado. Sin embargo, la innecesariedad citada no cambia”⁶¹.

- Relativamente a los daños derivados de la responsabilidad del Estado (inciso *b*) hay una interesante modificación que comprende la responsabilidad contractual que no había sido incluida por la Ley 25.344 en tanto sólo comprendía la responsabilidad extracontractual.

Consecuentemente, antes, si se pretendía el resarcimiento de los daños derivados de incumplimientos contractuales (lícitos o ilícitos) era necesario articular el reclamo administrativo previo⁶².

Si, en cambio, se pretendía obtener el resarcimiento de los daños, contractuales o extracontractuales, fundados en la ilegitimidad de un acto administrativo, era condición necesaria impugnarlo en sede administrativa y judicial, dada la accesoriedad y subordinación respecto de esa conducta⁶³.

61 DUFFY, Marcelo D. y FACIO, Rodolfo E., obra y lugar citados.

62 Ídem.

63 Ídem. Ese criterio había sido afirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, en pleno (causa “Petracca”, 1986), y la Corte Suprema (Fallos: 319:1476, “Alcántara Días Colodrero”, 1996, y 319:1532, “Navas”, 1996).

La Ley 27.742 parece haber vuelto al texto original, que no distinguía entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual, dentro de la vía reclamatoria. Por esa razón, si los daños provinieran de actos administrativos, en cambio, es aplicable la previsión, y el mecanismo, del art. 23.

- El ritualismo inútil ya había sido “restablecido” por la jurisprudencia.

La doctrina, primero, y la jurisprudencia, después, la mantuvieron pretorionalmente vigente por considerarla sustentada en disposiciones de rango suprallegal, y derivación directa de la garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 18 de la Ley Fundamental y en diversos tratados incorporados a ella con jerarquía constitucional⁶⁴.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en un pronunciamiento plenario, consagró ese criterio como doctrina legal obligatoria: “el ‘ritualismo inútil’ traduce un principio jurídico que subsiste como tal, no obstante haber sido normativamente suprimido por la reforma que la Ley 25.344 (art. 12) introdujo al art. 32, inc. e), de la Ley 19.549, respecto al reclamo administrativo previo”⁶⁵.

Sus diversas salas también expresaron dicho criterio⁶⁶.

- Al tratar la vía impugnatoria formulé un interrogante, de importancia práctica, con proyección en la vía reclamatoria, que radica en precisar qué alcance tiene ese concepto de “ritualismo inútil”: ¿incluye los casos en que el Estado contesta la demanda y simultáneamente plantea la falta de agotamiento de la vía administrativa y se opone al progreso de la pretensión sustancial?

La respuesta afirmativa puede ser hallada en un precedente de la Corte Suprema, en el que, tras recordar que “la exigencia de la reclamación administrativa” “constituye una facultad que puede ser renunciada y de la que se puede prescindir en supuestos justificados como por ejemplo, cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento [...] pues son inadmisibles las conclusiones que conducen a un injustificado rigor formal y que importan un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional”, determinó que debía examinar “si la exigencia

64 DUFFY, Marcelo D. y FACIO, Rodolfo E., obra y lugar citados.

65 Causa “Córdoba Salvador y otros c/ EN -Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público”, pronunciamiento del 18 de mayo de 2011.

66 Sala I, causa “Consulbaires Ingenieros Consultores SA c/ EN -DNU -Dto 777/01 y otro s/ proceso de, conocimiento”, pronunciamiento del 26 de abril de 2014; Sala II, causa “Barimont Sociedad Anónima Consultora c/ EN DNU -Resol.777/01 s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 3 de junio de 2014; Sala III, causa “Garibaldi, Silvia y otros c/ EN -Mº Educación -Ley 25.053 y otro s/ empleo público”, pronunciamiento del 3 de junio de 2014; Sala IV, causa “Vicentín, Edgardo Luis c/ EN -Mº Economía -Resol. 235 166 y 334/11 y otros s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 10 de junio de 2014; Sala V, causa “Consultoría Oscar Grimaux y Asociados SAT c/ EN -DNU -RESOL 777/01 s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 1 de julio de 2014.

de la interposición de un reclamo administrativo constituye un ritualismo inútil, de conformidad con las circunstancias del presente caso”⁶⁷.

Sobre esas bases, llegó a la conclusión de que “ni de la contestación de demanda, ni de las pruebas acompañadas, surge que el organismo estatal haya rechazado la pretensión en cuanto al fondo de la cuestión planteada”, por lo que “la posición asumida por el Estado Nacional en este juicio no evidencia la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa y, por lo tanto, no permite concluir que el agotamiento de la vía administrativa constituya un ritualismo inútil”.

Interpretada esa conclusión en un sentido contrario, puede afirmarse que si “al contestar la demanda, el Estado Nacional se opuso a la pretensión sustancial de un modo que evidencia la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, en tanto el agotamiento de la vía administrativa comportaría un ritualismo inútil”⁶⁸.

6. CONCLUSIÓN

A mi juicio, puede apreciarse que, en los aspectos que aquí se hallan involucrados, es decir la habilitación de la instancia, la Ley 27.742 procura, por un lado, consolidar las normas, las reglas y los principios, de naturaleza constitucional y convencional, que tutelan los derechos de las personas que actúan en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial y, por otro lado, paralelamente, fortalecer el rol que desempeña la administración en ese procedimiento y en ese proceso⁶⁹.

Con esa mirada, puede lograrse un equilibrio, un genuino y auténtico equilibrio, no sólo declamado en un conjunto de meras expresiones formales, entre los derechos e intereses de las personas y las competencias estatales, que se construirá, de aquí en adelante, a partir de las normas, con los aportes doctrinarios y con los pronunciamientos judiciales.

RODOLFO EDUARDO FACIO

Es Docente de grado y de posgrado en materias de Derecho Administrativo y Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en diversas Universidades. Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

67 Fallos: 332:1629, “Edemsa” (2009).

68 Sala I, causa “Santoro Cecilia Andrea c/ EN -JGM- s/ empleo público”, pronunciamiento del 18 de junio de 2015.

69 En esos términos suscribí un voto –disidente– en la causa “PFP Joker Club de Cultivo Solidario Medicinal en Red Simple Asociación c/ EN -M Salud de la Nación -Registro del Programa Cannabis -ley 27.350 s/ amparo por mora”, pronunciamiento del 31 de octubre de 2024.

LA CUESTIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DENOMINADOS “RECURSOS DIRECTOS”. FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO

HERNÁN EDUARDO GERDING
Secretario de Cámara en lo Contencioso
Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los recursos directos. Concepto. Generalidades. 3. La prueba. 3.1. Principios generales. 3.2. La necesidad de la prueba. 3.3. La importancia de la prueba. 4. El caso de la Ley de Entidades Financieras. 3.1. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. 3.2. Los criterios aplicados relativamente a la apertura a prueba. 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El estado de efervescencia en que se encuentra el derecho administrativo a partir de las reformas introducidas por la Ley 27.742 a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos me lleva a realizar una serie de consideraciones relativas a un tema que, aunque no es novedoso, sigue generando diversas opiniones encontradas: “la cuestión de la prueba en los denominados recursos directos”.

Vale mencionar que la Ley 27.742 representa la primera revisión integral (o reformulación) de la Ley de Procedimiento Administrativo realizada por un gobierno democrático después de cincuenta años de su creación normativa¹.

En cuanto a este trabajo importa, debemos decir que art. 1º *bis* de la Ley de Procedimiento Administrativo incluye como principio la “Tutela administrativa efectiva”. Si bien este principio ya se encontraba en la Ley de Procedimientos Administrativos bajo el nombre de “debido proceso adjetivo”, la Ley de Bases modifica el título, pero conserva dentro los mismos tres principios: derecho a ser oído, derecho a ofrecer prueba y derecho a una decisión fundada.

1 CN CAF, Sala I, causa “PFP Joker Club de Cultivo Solidario Medicinal en Red Simple Asociación c/ EN M Salud de la Nación-Registro del Programa Cannabis-ley 27350 s/ amparo por mora”, pronunciamiento del 31 de octubre de 2024, voto del juez Rodolfo Eduardo Facio.

Paralelamente, es importante destacar que, a su vez y en cuanto también importa aquí, el art. 25 *bis* de la Ley dispone: “en el recurso judicial deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que se intentare valer, cuya pertinencia y admisibilidad será evaluada por el tribunal de conformidad con las pautas previstas en el art. 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”².

Con especial foco en el principio enunciado, y en consonancia con lo que parece ser una nueva perspectiva en la materia, en este trabajo intentaremos dejar plasmada la importancia o la necesidad de una mirada distinta –que podría llamarse, en términos coloquiales, más “flexible”– referentemente a los criterios de apreciación y juzgamiento que son utilizados por las distintas salas de la Cámara Contencioso Administrativa Federal en materia probatoria en el trámite de los procesos judiciales relacionados con los llamados “recursos directos” previstos en diversas leyes en los que dicho tribunal interviene como instancia judicial revisora de la actuación desarrollada y llevada cabo por diversos organismos en sede administrativa.

Entre tales recursos directos, podemos mencionar los previstos en la Ley 21.526 (Entidades Financieras), en la Ley 24.043 (Indemnizaciones). Otórganse beneficios a las personas que hubieran sido puestas a disposición del P.E.N durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares. Requisitos), en la Ley 20.337 (Ley de Cooperativas), en la Ley 23.187 (Abogacía. Requisitos para el ejercicio de la profesión de abogados en la Capital Federal, Jerarquía, deberes y derechos, Matrícula, Colegiación), en la Ley 22.802 (Lealtad Comercial), en la Ley 24.240 (Defensa del Consumidor), en la Ley 24.076 (Gas Natural), y en la Ley 24.065 (Régimen de la Energía Eléctrica), entre otros.

2 “Artículo 25 *bis*.- Cuando en virtud de norma expresa la impugnación judicial del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (3) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia administrativa. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores.

En ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente. Salvo que se hubiesen fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. Si no se cumpliera este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial.

En el recurso judicial deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que se intentare valer, cuya pertinencia y admisibilidad será evaluada por el tribunal de conformidad con las pautas previstas en el artículo 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario”.

A quienes trabajamos en el ámbito de aplicación del derecho administrativo se nos presenta, con frecuencia, la inquietud acerca de cómo controlar más eficazmente la actividad de la Administración Pública.

En tanto la materia es amplia y compleja, circunscribiremos el estudio al supuesto del control judicial de la Administración Pública por conducto de la acción judicial denominada recurso directo que prevé la Ley 21.526 (Entidades Financieras. Sistema Financiero. Reformas) contra las sanciones que impone el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades como autoridad de aplicación, frente a las infracciones a la ley, sus normas reglamentarias y resoluciones³. Ello, claro está, sin dejar de señalar que las consideraciones

3 Título VI

(Título sustituido por el Art. 3° de la Ley N° 24.144 B.O. 22/10/1992)

SANCIONES Y RECURSOS

Artículo 41.- Quedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades.

Las sanciones serán aplicadas por el presidente del Banco Central de la República Argentina, o la autoridad competente, a las personas o entidades o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones enunciadas precedentemente, previo sumario que se instruirá con audiencia de los imputados, con sujeción a las normas de procedimiento que establezca la indicada institución y podrá consistir, en forma aislada o acumulativa, en:

1. Llamado de atención.

2. Apercibimiento.

3. Multas.

4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria.

5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley. (*Inciso modificado por el Art. 3° de la Ley N° 24.485 B.O. 18/4/1995*)

6. Revocación de la autorización para funcionar.

El Banco Central de la República Argentina reglamentará la aplicación de las multas, teniendo en cuenta para su fijación los siguientes factores:

– Magnitud de la infracción.

– Perjuicio ocasionado a terceros.

– Beneficio generado para el infractor.

– Volumen operativo del infractor.

– Responsabilidad patrimonial de la entidad.

Si del sumario se desprendiere la comisión de delitos, el Banco Central de la República Argentina promoverá las acciones penales que correspondieran, en cuyo caso podrá asumir la calidad de parte querellante en forma promiscua con el ministerio fiscal.

Artículo 42.- Las sanciones establecidas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior, sólo serán recurribles por revocatoria ante el presidente del Banco Central de la República Argentina.

Aquellas sanciones a las que se refieren los incisos 3), 4), 5) y 6) del artículo anterior, serán apelables, al solo efecto devolutivo por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

que se harán no son excluyentes de los demás recursos previstos en las leyes ya mencionadas.

Ello, pues, en mi desempeño como funcionario, advertí y constaté que el rubro Banco Central de la República Argentina (BCRA) resulta ser en el que más ocasiones se ha planteado la cuestión y, a su vez, en el que se han generado numerosas controversias e interpretaciones sobre la necesidad y/o conveniencia, o no, de disponer su apertura a prueba.

Ello, no obstante, debe señalarse igualmente, como se dijo, que a partir de los argumentos que se expondrán y de las consideraciones que se desarrollarán, la propuesta que finalmente se formulará puede eventualmente constituir y traducir, a mi entender, un criterio de interpretación de aplicación general a todos los recursos directos.

2. LOS RECURSOS DIRECTOS. CONCEPTO. GENERALIDADES

Como primera aproximación de examen, debemos mencionar que en ocasión de ingresar en el estudio del tema y clarificar conceptos básicos que, de

En el caso del inciso 6, hasta tanto se resuelva el recurso, dicha Cámara dispondrá la intervención judicial de la entidad sustituyendo a los representantes legales en sus derechos y facultades.

Los recursos deberán interponerse y fundarse ante el Banco Central de la República Argentina dentro de los quince (15) días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la resolución. Si el recurso fuera de apelación, las actuaciones deberán elevarse a la Cámara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Para el cobro de las multas aplicadas en virtud del inciso 3) del artículo anterior, el Banco Central de la República Argentina seguirá el procedimiento de ejecución fiscal previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Constituirá título suficiente la copia simple de la resolución que aplicó la multa, suscrita por dos firmas autorizadas del Banco Central de la República Argentina, sin que puedan oponerse otras excepciones que la de prescripción, espera y pago documentados.

La prescripción de la acción que nace de las infracciones a que se refiere este artículo, se operará a los seis (6) años de la comisión del hecho que la configure. Ese plazo se interrumpe por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias de procedimientos inherentes a la sustanciación del sumario, una vez abierto por resolución del presidente del Banco Central de la República Argentina. La prescripción de la multa se operará a los tres (3) años contados a partir de la fecha de notificación de dicha sanción firme.

Los profesionales de las auditorías externas designadas por las Entidades Financieras para cumplir las funciones que la ley, las normas reglamentarias y las resoluciones del Banco Central de la República Argentina dispongan, quedarán sujetas a las previsiones y sanciones establecidas en el artículo 41 por las infracciones al régimen. (Párrafo incorporado por el Art. 1º de la Ley Nº 24.627, B.O. 18/3/1996)

Las Sociedades Calificadoras de Riesgo, sus integrantes profesionales intervinientes y cualquier otra persona física o jurídica que en el ejercicio de sus funciones o con motivo de una profesión o título habilitante, produjera informes u opiniones técnicas de cualquier especie, en infracción o contrarios a las normas de su arte, oficio o profesión, quedarán también sujetos por las consecuencias de sus actos a las previsiones y sanciones del artículo 41. (Párrafo incorporado por el Art. 1º de la Ley Nº 24.627 B.O. 18/3/1996).

manera frecuente, generan distintas opiniones, se ha considerado que los llamados “recursos directos” que diversas leyes prevén para la revisión judicial de los actos administrativos, constituyen acciones judiciales de impugnación de instancia única⁴.

Dichos *recursos* se caracterizan normalmente como aquéllos que se interponen contra resoluciones administrativas tanto en sede judicial como por ante la propia Administración centralizada o descentralizada, para ser tramitados preferencialmente por ante la segunda instancia y, en algunos casos, en la primera instancia del fuero como lo es la vía prevista en la Ley 25.871 que se inicia, se tramita y se resuelve en los juzgados de primera instancia, en los que la cámara de apelaciones interviene en su condición de tribunal revisor de alzada, tal como sucede en los procesos judiciales ordinarios propiamente dichos (confr. Títulos V y VI de la Ley 25.871 Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas. Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias).

Se ha remarcado que los llamados recursos directos tienen de *recurso* solamente el nombre, en la medida en que todo recurso implica que aquél que se siente agraviado por una decisión, ya sea de la Administración Pública o del Poder Judicial, requiere que la propia autoridad o una autoridad superior revoque, controle o modifique la decisión agravante.

Resulta claro que esta situación no es propia de los recursos directos; donde lo que se abre es una verdadera instancia judicial revisora del accionar administrativo y que –por ende– no se encuentra, por principio, limitada por las normas que los códigos procesales o las leyes procedimentales administrativas imponen al Tribunal de Alzada o al propio Tribunal al revisar sus decisiones⁵.

En esa misma línea, más allá del *nomen iuris* y siguiendo una perspectiva ontológica, se ha concebido a los denominados “recursos directos” como verdaderas acciones judiciales⁶.

4 CN CAF, Sala I, causas “Aluar Aluminio Argentina S.A. c/ DGA” y “Pluspetrol c/ DGA”, pronunciamientos del 13 de septiembre de 2005.

5 Pablo GALLEGOS FEDRIANI “Recurso Directo” XXXII Jornadas Naciones de Derecho Administrativo, RAP (348)

6 CN CAF, Sala II, causa “Banco HSBC Bank Argentina c/ EN M Economía (EX 62516670/21 Disp. 949/23) s/ recurso directo ley 24.240”, pronunciamiento del 1 de noviembre de 2024, voto de la jueza María Claudia Caputi y Sala V, causa “Atomplast SACI c/ EN-M Planificación SE s/ Energía Eléctrica ley 24.065-Art. 76”, pronunciamiento del 21 de abril de 2016.

De tal manera, puede concluirse entonces en que, más que recursos en sentido estricto, o vías recursivas en sentido genérico, los recursos directos, en verdad, traducen un modo particular de poner en movimiento la jurisdicción, aunque no pueden identificarse con la apelación del procedimiento judicial⁷.

3. LA PRUEBA

3.1. *Principios generales*

A diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos que atañen sólo a determinada rama del derecho, como la procesal, civil o la penal, la noción de prueba trasciende el campo general del derecho, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e, inclusive, a la vida práctica cotidiana. El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es un instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia⁸.

Estudiar la prueba en sí es propio de la lógica, que es en derecho igual que en toda otra ciencia⁹.

Melero considera que la prueba procesal “no es más que un aspecto de la prueba general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas¹⁰.”

Las normas jurídicas contienen un mandato y plantean hipótesis de conducta, que suponen determinadas situaciones o un conflicto de intereses y, a su vez, establecen sanciones con el fin de asegurar su vigencia. Para individualizarlas hace falta comprobar una situación similar o idéntica a la situación supuesta y corresponde entonces mandar de idéntico modo respecto a ella. El mandato hipotético se convierte en mandato real.

La comprobación es la identidad (o la diferencia) de la situación supuesta por la norma y de la situación exhibida en el pleito que es el fin del proceso y el objeto del juicio.

El proceso judicial tiene como fin específico la fijación de los hechos fundantes de las pretensiones de los sujetos procesales y la aplicación del derecho. Dicho de otra manera, tiende a confirmar o desechar determinado acontecimiento

7 CN CAF, Sala II, del voto de la jueza María Claudia Caputi en la causa “Camuzzi Gas Pampeana c/ Enargas s/ recurso directo de organismo externo”, pronunciamiento del 31 de octubre de 2017.

8 CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, Edic. Arayú, 1955, p. 4.

9 LESSONA, *Teoría General de la Prueba Civil*, Madrid, Edit. Reus, 1928, T. I, p. 8.

10 SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, T. I, p. 30.

de la vida, afirmado como existente por una de las partes y negado por la otra sobre el que ha de fundamentarse la solución que corresponde.

Es así como las afirmaciones de hecho esgrimidas por las partes deben ser probadas positiva o negativamente y luego corresponde su encuadramiento en normas jurídicas sustanciales.

La afirmación de un hecho se materializa por la proposición de éste como presupuesto de la demanda; posteriormente el sujeto que pretende deberá acreditar el hecho afirmado lo cual no introduce de lleno en el tema de la prueba.

La noción de prueba tiene significación en casi todas las manifestaciones de la conducta humana. Sin embargo, en lo estrictamente jurídico cobra especial relevancia. La prueba, entonces, es considerada como un método de averiguación y un método de comprobación de la verdad de los hechos afirmados.

En un concepto amplio y preciso puede decirse que la prueba es la comprobación judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende. De allí su importancia en todo proceso.

3.2. *La necesidad de la prueba*

Todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho. De aquí que la primera función del juez en el proceso sea la investigación de los hechos, para luego en la sentencia, deducir el derecho que surja de ellos¹¹.

En una acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla.

Tiene por objeto la demostración de la existencia de un hecho, pero también puede ser objeto de prueba la inexistencia de un hecho.

3.3. *La importancia de la prueba*

No hace falta mucha imaginación para comprender la enorme importancia que la prueba tiene en la vida jurídica; sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás.

Al respecto, Carnelutti expresa que “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro”¹².

11 ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 1961, T. III, p. 221 y ss.

12 CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, Edit. Arayú, 1955, p. 18

Planiol y Ripert exponen, por su parte, que “un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil¹³.”

Delineados así los principios sobre la *prueba* ingresaremos ahora en el examen de la materia probatoria circunscripto a la ley de entidades financieras.

4. EL CASO DE LA LEY DE ENTIDADES FINANCIERAS

Sabemos que la Ley 21.526 de Entidades Financieras establece regulaciones para el funcionamiento del sistema financiero.

Dada la complejidad que presentan los sumarios en donde se investigan las eventuales infracciones e incumplimientos de las normas previstas en dicho régimen, uno de los aspectos cruciales lo constituye la posibilidad de producir pruebas.

En el marco de la Ley 21.526, el procedimiento de interposición de recursos directos es un mecanismo que permite a las partes impugnar decisiones administrativas que afectan sus derechos. Sin embargo, estos recursos suelen limitarse a un análisis sobre la base de la prueba ya existente en el expediente administrativo, sin dar lugar a una etapa probatoria en el proceso judicial posterior.

Tales circunstancias plantean una serie de desafíos.

4.1. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

En materia de entidades financieras, las salas de la Cámara del fuero han sentado una serie de principios relativos al carácter limitado de la facultad revisora de los tribunales respecto de las sanciones impuestas por el Banco Central de la República Argentina, que pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

- “[L]a jurisprudencia es pacífica al señalar que el estricto ámbito de la revisión judicial de las sanciones impuestas a una entidad financiera o a sus representantes por infracción a la Ley 21.526, ha de ceñirse al examen de la objetiva legitimidad y al control de la razonabilidad de la resolución en que fueron plasmadas. Esto es así, en la medida que se trata de actos dictados por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado, razón por la cual el tribunal se ve constreñido a la prudente apreciación de esos actos, de los que sólo ha de apartarse ante supuestos de palmaria y manifiesta arbitrariedad”¹⁴.

13 PLANIOL y RIPERT, *Tratado teórico-práctico de derecho civil*, La Habana, Edit. Cultural, T. VIII, p. 747.

14 CN CAF, Sala III, causa “Banco Industrial SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/Entidades Financieras - Ley 21526 - ART 41”, causa N° 61741/2019, pronunciamiento del 6 de julio de 2021 y Sala II, causa “Banco de la Provincia de Córdoba S.A. y otros c/ BCRA

- “[N]o procede la revisión judicial de la oportunidad o acierto del ejercicio de la policía bancaria, sino sólo su control de legalidad y razonabilidad a fin de que no se vulneren los límites infranqueables consagrados en la Constitución Nacional”¹⁵.
- “[C]on particular atinencia al ejercicio de las facultades de superintendencia del organismo rector del sistema financiero, conviene agregar que las facultades procedimentales y sancionatorias atribuidas por el legislador al BCRA, no se hallan dirigidas a individuos cualesquiera, sino a cierta clase de personas que desarrollan una actividad específica –sujetos comprendidos en el ámbito de vigencia del sistema normativo así implementado; en el caso, una entidad financiera– quienes se someten al régimen como consecuencia de su libre decisión de emprender esa actividad”¹⁶.
- “[L]as relaciones jurídicas entre el Banco Central de la República Argentina y los sujetos sometidos a su fiscalización se desenvuelven dentro del marco del derecho administrativo y esa situación particular es bien diversa del vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado (conf. dictamen del Procurador General de la Nación al que el Alto Tribunal se remitió en Fallos: 303:1.776). Por esa razón, el devenir de la relación de especial sujeción que así se conforma, impone una prudente modulación a la hora de analizar el cuestionamiento de la validez constitucional de las normas que rigen los vínculos con la autoridad de aplicación, sobre la base de la invocación de las limitaciones al pleno ejercicio de los derechos impuestos por las normas que conforman el bloque de legalidad que rige la actividad financiera (en Fallos: 308:1.837; 316:295; 319:1.165; y 326:4341)”¹⁷.
- “[T]al como lo ha establecido el Máximo Tribunal, las sanciones que aplica el Banco Central de la República Argentina por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dictara en ejercicio de sus facultades, persiguen evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las pautas directrices a que debe atenerse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia

- Resol 155/11 (exp 100655/02 Sum Fin 1118)”, pronunciamiento del 26 de junio de 2013, entre otros.

15 CN CAF, Sala II, causa “Cambios París Casa de Cambio y Turismo S.A. y otros c/ B.C.R.A. s/ Entidades Financieras - Ley 21.526 - art. 42”, pronunciamiento del 17 de julio de 2014.

16 CN CAF, Sala III, causa “Banco Comafi SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21526 - Art. 41”, pronunciamiento del 14 de agosto de 2020 y Sala II, causa “Banco Privado de Inversiones SA y Otros c/ BCRA s/ Entidades Financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, Causa N° 48607/2015, pronunciamiento del 10 de mayo de 2016.

17 CN CAF, sala III, causa “Alau Tecnología SAU y otros c/ BCRA (EX 388/77/w21 SUM FIN 1592-Resol 304/22 s/ Entidades Financieras Ley 21.526-Art. 42)”, pronunciamiento del 11 de julio de 2024.

de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de aquellas (Fallos: 321:747); accionar que se encuentra ligado a la delegación estipulada por la Constitución Nacional, debiendo reconocerse que las razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera, en cuanto reguladora y ordenadora de la actividad bancaria, encuentran base normativa en los incisos 6, 18 y 32 del artículo 75 de la Carta Magna¹⁸.

- “[L]a Ley 21.526 es la norma que delega en el B.C.R.A. dichas normas de policía bancario, estableciéndolo como el órgano especializado de aplicación, control, reglamentación y fiscalización del sistema monetario financiero y bancario, y otorgándole facultades exclusivas de superintendencia sobre todos los intermediarios financieros. Es la importancia de la función financiera la que justifica sobradamente las atribuciones de control conferidas al Banco Central, aún las razonablemente implícitas, derivadas de aquellas expresamente contempladas en la ley (conf. disidencia del juez Fayt en Fallos: 310:1129, citada en 328:3518)”.

4.2. *Los criterios aplicados relativamente a la apertura a prueba*

Enunciados sintéticamente los principios jurisprudenciales respecto del alcance de la potestad revisora de la cámara, veremos ahora los criterios que hasta hoy se vienen aplicando en la cámara del fuero referentemente a la apertura a prueba en dichos recursos directos.

Debemos decir, de modo preliminar, que tradicionalmente el examen de dicha cuestión se ha realizado con un prisma restrictivo; ello porque se ha remarcado que no debe olvidarse que la producción probatoria en este tipo de *procesos recursivos y en esta instancia judicial* –léase la de la Cámara–, tiene un carácter de excepción, limitación que tiende a impedir la ordinarización del proceso a fin de evitar que la cámara se convierta en una primera instancia¹⁹.

Esa noción es la que se mantiene hasta la actualidad y es aplicada generalmente por la mayoría de las salas que integran la cámara en los diversos casos en los que se formulan peticiones de índole probatoria.

Con dicho prisma –como se dijo, restrictivo y limitado–, al ingresar en el examen de los pedidos dirigidos a la apertura a prueba en el marco de *recursos directos* que son formulados especialmente por las partes recurrentes, se ha dicho que es propio de los jueces de la causa ordenar las diligencias que crean necesarias a los efectos de esclarecer la verdad material de los hechos.

18 CN CAF, Sala III, causa “Banco Industrial SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras-Ley 21.526-Art. 41”, pronunciamiento del 6 de julio de 2021.

19 CN CAF, Sala II, causa “Banco de la Provincia de Córdoba SA y Otros C/ Banco Central de la República Argentina-Resol 155/11 (Exp 100655/02 Sum Fin 1118)”, pronunciamiento del 12 de julio de 2012.

En tal sentido, se explicó que el juez recibe la causa a prueba siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes²⁰.

En ese marco se aclaró que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento procesal prevé el principio de amplitud probatoria, no lo es menos que la aplicación de este principio encuentra un límite en lo dispuesto en el art. 364 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a que las pruebas que se produzcan no sean improcedentes o superfluas o meramente dilatorias²¹.

A todo lo anterior, se agregó que los jueces cuentan con las facultades conferidas por el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²² que establece:

“Deberes y Facultades Ordenatorias e Instructorias

Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

1) Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.

2) Intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos.

En cualquier momento podrá disponer la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación.

3) Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento.

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;

b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;

20 CN CAF, Sala V, causa “Financiar SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras ley 21.526-Art. 42”, pronunciamiento del 9 de septiembre de 2022.

21 CN CAF, Sala II, causa “Alhec Tours SA Cambio Bolsa y Turismo y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras-Ley 21.526-Art. 42”, pronunciamiento del 26 de febrero de 2019.

22 CN CAF, sala V, causa “Financiar”, ya citada.

c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

5) Impulsar de oficio el trámite, cuando existan fondos inactivos de menores o incapaces, a fin de que los representantes legales de éstos o, en su caso, el Asesor de Menores, efectúen las propuestas que estimen más convenientes en interés del menor o incapaz, sin perjuicio de los deberes propios de dicho funcionario con igual objeto.

6) Corregir, en la oportunidad establecida en el artículo 166, inciso 1) y 2), errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión” (artículo sustituido por art. 2º de la Ley Nº 25.488 B.O. 22/11/2001).

De otro lado, por aplicación de un criterio más amplio, a los fines de garantizar un control judicial suficiente, se postuló, como principio, el derecho de ofrecer y producir la prueba que las partes involucradas en la controversia consideren convenientes para el esclarecimiento de la cuestión planteada²³.

Con ese enfoque, siempre que existan circunstancias y hechos controvertidos que justifiquen la producción de la prueba en la pretensión recursiva, se decidió “abrir la causa a prueba”²⁴.

Y se enfatizó que la apertura de la causa a prueba “comporta la manera más adecuada de tutelar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio”²⁵.

En consonancia con ese criterio el juez Facio puso de resalto que “[n]o está en discusión, en modo alguno, la condición que el BCRA ostenta como órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de la competencia que se le ha asignado por ley (condición que fue explícitamente reconocida por esta sala en la causa “Ayarragaray, Luis María y otros c/ BCRA -resol. 136/04 (expte. 100172/85 *sum fin* 648)”, pronunciamiento del 17 de abril de 2012) ni que los jueces no podemos sustituir su criterio técnico por uno propio”²⁶.

23 CN CAF, Sala V, causa “Guiar SA y otros c/ BCRA Resol 11/2000 y 71/2003 (Expte. Nº 14.497/96 Sum Fin 930”, pronunciamiento del 27 de julio de 2005.

24 CN CAF, Sala I, causa “Fiorito Factoring SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras-ley 21.526-art. 41”, pronunciamiento del 20 de noviembre de 2014.

25 CN CAF, Sala I, disidencia del juez Rodolfo Eduardo Facio en la causa “Banco Hipotecario SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ entidades financieras-ley 21526-art. 42”, pronunciamiento del 12 de junio de 2018.

26 CN CAF Sala I, disidencia del juez Rodolfo Eduardo Facio en la causa “Banco Hipotecario SA y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras-Ley 21.526-Art. 42”, pronunciamiento del 21 de febrero de 2019.

Sin embargo –señaló Facio–, “si estas consideraciones, dentro del marco de conocimiento que tiene esta cámara para examinar la legalidad y la razonabilidad de las resoluciones sancionatorias emitidas por el BCRA –lo cual, naturalmente, excluye toda revisión sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de tales resoluciones–, fueran dilatadas hasta un extremo, no podría admitirse nunca, en ningún caso, la producción de la prueba ofrecida por aquellas personas que, como aquí ocurre, hayan sido sancionadas por el BCRA, dada esa especialidad técnica”.

Ese criterio, opinó el juez, “es francamente inaceptable”. Y subrayó que “las consideraciones expuestas resta[ban] consistencia a la invocación de la teoría de la subsanación, ya que [...] precisamente, puede propiciarse, como ya lo hice y aquí lo reitero, la producción, en esta instancia, de la prueba pericial contable y económica y de la prueba testimonial”.

En una línea similar de pensamiento, el juez Gallegos Fedriani explicó que debe postularse, en principio, a los fines de garantizar un control judicial suficiente, el derecho de ofrecer y producir la prueba que las partes involucradas en la controversia consideren convenientes para el esclarecimiento de la cuestión suscitada, patrón de revisión que surge de nuestra Constitución Nacional y es el que se impone, indiscutiblemente, ante la falta de norma en sentido contrario²⁷.

Y agregó que la apertura a prueba se impone como una exigencia que hace a la plenitud del control que ejercen los jueces sobre la Administración Pública.

Explicó que se trata nada menos que del control judicial suficiente que, conforme a una reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, requiere que se brinde la oportunidad de plantear con amplitud el debate y las pruebas ya que solo así se garantiza una tutela judicial que sea realmente efectiva. Hay que advertir que, en algunos casos, la no apertura a prueba reduce el control judicial a un control sobre la forma y la competencia del acto, pudiéndose llegar a configurar una auténtica denegación de justicia, cuando se le impide probar al particular los hechos en que se apoya su impugnación o los elementos de juicio que faciliten la dilucidación de la cuestión sustancial que se discute²⁸.

Por manera que puede verse que, si bien la mayoría de las opiniones de los señores vocales de las salas de la cámara convergen en aplicar una visión restrictiva en el examen de los pedidos de apertura a prueba que son formulados en el marco de los recursos directos, existen posiciones divergentes que propugnan una mirada más flexible de la cuestión con fundamento primordial en la tutela de las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

27 CN CAF, Sala V, causa “Guiar SA y otros c/ BCRA Resol 11/2000 y 71/2003 (Expte. N° 14.947/96 SUM FIN 930)”, pronunciamiento del 27 de julio de 2005.

28 CASSAGNE, Juan Carlos “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales” LL 1997-D, 667, en comentario a fallo de la Sala V, en la causa “Banco Regional del Norte Argentino c/ Banco Central de la República Argentina”, pronunciamiento del 4 de septiembre de 1997.

5. CONCLUSIÓN

Podemos decir entonces que la posibilidad de ofrecer y producir prueba en el marco de cualquier trámite judicial es esencial para garantizar el derecho de defensa de las partes.

Uno de los objetivos de permitir una apertura a prueba en los recursos directos se dirige a promover un control judicial más exhaustivo y transparente.

Los casos en los que se examinan las infracciones a las previsiones contenidas en la Ley de Entidades Financieras suelen ser particularmente complejos, dada la naturaleza técnica de las operaciones y los riesgos asociados.

La apertura a prueba puede ser fundamental para permitir la incorporación de elementos de juicio que puedan clarificar puntos específicos del caso y asegurar que el juez tenga una comprensión completa de los aspectos financieros involucrados.

En el contexto descripto, la práctica de la Justicia Contencioso Administrativa Federal evidencia que los criterios hasta ahora utilizados deberían ser, a mi juicio, materia de un nuevo análisis, por cierto, más amplio y flexible.

En tal sentido, las posiciones, tal vez disruptivas, de los jueces Facio y Gallegos Fedriani en los respectivos votos que –fueron enunciados y explicados precedentemente– comportan esa nueva visión de la materia que desde ya comparto.

En efecto, un abordaje adecuado de la apertura a prueba en los llamados *recursos directos*, debe tender a resguardar la efectividad de la intervención judicial, y tener en miras la proporción de causas que tramitan por este particular cauce procesal, sin soslayar sus particularidades o características propias.

Tales parámetros aconsejan un examen prudente y mucho más amplio sobre la conducencia probatoria, que atienda a las modulaciones propias de la vía intentada tanto como, en cuanto fuera pertinente, a los principios generales en materia de prueba.

En esa dirección, Cassagne explica que una nueva mirada de la cuestión puede y debe “repercutir sobre la orientación jurisprudencial que, hasta ahora se ha mostrado por demás restrictiva a la hora de admitir la apertura a prueba en los llamados recursos directos” y que “con la recepción del principio de amplitud probatoria por parte de los tribunales [...] salen ganando la justicia y, por ende, el estado de derecho”²⁹.

La apertura a prueba se impone –en aquellos casos en que sea conducente para verificar los hechos de la causa y que haya sido peticionada por alguna de las partes– como una exigencia que hace a la plenitud del control que ejercen los jueces sobre la actividad que despliega la Administración Pública.

29 *La ley*, 1997-D. p. 667.

Se trata nada menos que del control judicial suficiente que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, requiere que se brinde la oportunidad de plantear con amplitud el debate y las pruebas ya que solo así se garantiza una tutela judicial que sea realmente efectiva.

En definitiva, tal como lo ha postulado en numerosas oportunidades la jueza María Claudia Caputi³⁰, puede sostenerse entonces que, sin desconocer el principio de amplitud probatoria, para el examen de la cuestión aquí planteada se debe partir de la premisa según la cual es razonable concebir a los denominados “recursos directos” como acciones judiciales, bien que dotadas por el legislador de un diseño procesal y morfología normativa propia. En todo caso, a estos llamados “recursos directos”, les serían extensible las consideraciones desarrolladas por la jurisprudencia de este fuero y la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los recaudos de efectividad de la revisión judicial a la luz del art. 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esclarecidos por la CIDH en el caso “Barbani Duarte y otros v. Uruguay” –serie C, n° 234–, resolución sobre fondo, reparaciones y costas del 13 de octubre de 2011 (cfr. voto mayoritario, en especial los parágrafos 202 a 220).

Se concluye pues, como lo ha enfatizado la jueza Caputi, en que un abordaje adecuado de la apertura a prueba en los así llamados “recursos directos”, debe tender a resguardar la efectividad de la intervención judicial, y tener en miras la proporción de causas que tramitan por este particular cauce procesal, sin soslayar sus particularidades o características propias. Tales parámetros aconsejan un estudio prudente y *caso por caso* de la conducencia probatoria, que atienda a las modulaciones propias de la vía intentada.

En definitiva, la apertura a prueba en los recursos directos se presenta como una herramienta fundamental para garantizar el derecho de defensa y la equidad procesal en el control judicial de las decisiones administrativas. Aunque el recurso directo está diseñado como una vía sumaria y ágil para revisar la legalidad de estas decisiones, la posibilidad de admitir pruebas adicionales con las modulaciones pertinentes, permite que los jueces puedan evaluar adecuadamente los hechos y el contexto específico de cada caso, especialmente cuando el expediente administrativo resulta insuficiente o contiene vacíos de información técnica o factual.

De esta manera, la apertura a prueba en los recursos directos se convierte en un medio de equilibrio entre la eficiencia del proceso y la protección de los derechos de las partes, asegurando que el control judicial no se limite a un análisis

30 CN CAF, Sala II, causas “Eteira SRL c/ Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ Conservación de la Fauna Ley 22.421), pronunciamiento del 21 de 2015; “Telecom Personal SA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor Ley 26.361-art. 35”, pronunciamiento del 4 de agosto de 2015 y causa “Alhec Tours SA Cambio Bolsa y Turismo y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras Ley 21.526-Art. 42”, pronunciamiento del 7 de febrero de 2019, entre otros.

formal, sino que sea capaz de abordar la realidad compleja y las particularidades de cada caso.

Este enfoque promueve una administración de justicia más completa y transparente, en la cual las decisiones administrativas pueden ser revisadas con base en un análisis profundo, respetando el debido proceso y el principio de defensa en juicio. Máxime si se repara en que esta visión de la materia probatoria ha tenido, como se vio, recepción legislativa a partir de las nuevas previsiones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, especialmente en su art. 25 *bis*.

HERNÁN EDUARDO GERDING

Es Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

LA REFORMA AL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS PRODUCIDOS EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y EN EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS POR LA LEY DE BASES

PABLO ESTEBAN PERRINO

Profesor de Posgrado en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. La reforma de la LNPA por la Ley 27.742 y del RLNPA por el Decreto 695/24. 2. Examen de las reformas relativas a los recursos administrativos. 2.1. Extensión de los plazos para la interposición de los recursos administrativos. 2.2. Obligación de tramitar íntegramente los recursos por el órgano de grado que deba resolverlos. 2.3. La obligación de notificar al recurrente la elevación de las actuaciones para mejorar los fundamentos del recurso jerárquico. 2.4. Ampliación del plazo para mejorar el recurso jerárquico. 2.5. Modificaciones atinentes al recurso de alzada. 2.6. Mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa y determinación de los actos que lo producen. 2.7. Posibilidad de recurrir el acto que desestima el reclamo administrativo previo. 2.8. Recurso optativo contra el acto administrativo que agota la vía. Supresión del artículo 100 RLNPA. 2.9. Las modificaciones en la regulación del recurso extraordinario de revisión. 2.10. Legitimación para recurrir. 2.11. Interrupción del plazo de prescripción por la presentación de recursos administrativos. 2.12. El silencio negativo no produce el reinicio del plazo de prescripción.

I. LA REFORMA DE LA LNPA POR LA LEY 27.742 Y DEL RLNPA POR EL DECRETO 695/24

Cualquiera que se adentre en el análisis de la reforma efectuada por la Ley 27.742¹, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), a la Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA), puede advertir que con ella se inaugura una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, signada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución

1 B.O. 08/07/24.

Nacional y los tratados internacionales de protección de derechos humanos de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN)².

En efecto, la generalidad de los cambios que se introdujeron a la LNPA tienen como sustento y derivan, en primer lugar, de la aplicación del principio constitucional y convencional de la tutela administrativa efectiva³, el cual está expresa y enfáticamente receptado en el nuevo art. 1° *bis* del citado cuerpo legal, como así también de los principios de simplificación administrativa y buena administración, también allí mencionados. La enorme gravitación de estos principios, en particular los de tutela efectiva y buena administración, se advierte en las mejoras en la protección de los derechos de las personas frente a la Administración producidas a través de los numerosos cambios introducidos en la regulación del acto administrativo⁴, del procedimiento administrativo y en las normas atinentes al acceso al proceso contencioso administrativo⁵. Por lo demás, muchos de los ajustes realizados a la LNPA vinieron a dar respuesta a diversos problemas e interrogantes que se habían planteado en la práctica y a traer seguridad jurídica.

Los cambios producidos en el procedimiento administrativo son múltiples y de distinto tenor. En esta ocasión nos centraremos en los realizados respecto de los recursos administrativos.

Es importante destacar que, como es lógico, debido a la reforma efectuada a la LNPA, mediante el Decreto 695/24 también se realizaron cambios en el Decreto 1.759/72 (t.o 2017), Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (RLNPA), el cual había tenido una importante modificación por el Decreto 894/17, fundamentalmente, con motivo de la incorporación del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación en la gestión administrativa⁶.

2 CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *LL*, supl. diario del 17/09/2024 y *RDA* 2024-155, 273.

3 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que el derecho a la tutela judicial y administrativa efectiva encuentra resguardo en el art. 18 de la Constitución Nacional y en las siguientes convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional: arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 327:4185, “Astorga Bracht” y 346:12, “Flores”; ver: PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, Ediciones RAP, Bs. As., 2013, p. 75 y ss. y CARDONA, Juan Carlos (dir.), “Reforma del procedimiento administrativo y tutela administrativa efectiva”, AA.VV. *Derecho administrativo, Estado y república*, Bs. As., Astrea, 2019, T. 3, p. 123 y ss.).

4 Ver: CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *diario La Ley* del 17/09/2024.

5 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *diario La Ley* del 12/7/2024.

6 Ver: PERRINO, Pablo E. “Las reformas al procedimiento administrativo nacional. Simplificación administrativa y reducción de cargas a los administrados”, *LL*, 2018-A, 1094.

Como veremos a lo largo del presente trabajo, los cambios realizados en el régimen recursivo están consagradas no sólo en la LNPA, sino también en la normativa reglamentaria.

2. EXAMEN DE LAS REFORMAS RELATIVAS A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Seguidamente, examinaremos las numerosas reformas efectuadas tanto en la LNPA como en el RLNPA que tienen objeto los recursos administrativos.

2.1. Extensión de los plazos para la interposición de los recursos administrativos

En primer lugar, en el art. 23, inc. *d*, LNPA, modificado por el art. 43 de la Ley 27.742, se dispone la ampliación del plazo para “la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa”, el cual “no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna”.

Como se desprende con claridad de la norma citada, lo que allí se sentó fue sólo un plazo mínimo para la deducción de recursos que agoten la vía administrativa. Por tanto, también podrían fijarse plazos mayores a treinta (30) días.

Además, es importante advertir que lo previsto en esta disposición alcanza a todos los recursos administrativos reglados en el ámbito nacional que deban ser articulados para producir el agotamiento de la vía administrativa y no sólo al recurso jerárquico, que es el único que en el régimen general de la LNPA debe emplearse a tal fin (art. 23, inc. *c*, ap. *i*). Por tal motivo, ninguno de los recursos consagrados en normas que regulen procedimientos especiales y que deban utilizarse para agotar la vía administrativa pueden tener un plazo inferior a treinta (30) días hábiles administrativos para su interposición. Cualquier norma legal o reglamentaria que disponga un lapso menor ha quedado tácitamente derogada por imperio de lo normado en el nuevo art. 23, inc. *d*, LNPA y debe ser reformada a fin de adecuarlas a lo allí determinado. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el recurso regulado en el art. 74 del Decreto 1.397/79 y sus modificaciones, reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo Tributario, Ley 11.683, que establece: “Cuando en la ley o en el presente reglamento no se encuentre previsto un procedimiento recursivo especial, los contribuyentes o responsables podrán interponer contra el acto administrativo de alcance individual respectivo, dentro de los quince (15) días de notificado el mismo, recurso de apelación fundado para ante el Director General, debiendo ser presentado ante el funcionario que dictó el acto recurrido”. Más adelante la norma determina que “El acto administrativo emanado del Director General, como consecuencia de los procedimientos previstos en los párrafos anteriores, se resolverá sin sustanciación y revestirá el carácter de definitivo pudiendo sólo impugnarse por la vía prevista en el artículo 23 de la Ley 19.549”.

Como consecuencia de lo prescrito en el nuevo art. 23, inc. c, ap. (i) de la LNPA, por el Decreto 695/24, se amplió el plazo para interponer el recurso jerárquico de quince (15) días a treinta (30) días (art. 90, RLNPA, texto según el art. 39 del Decreto 695/24). Ello acarrea también la modificación del plazo para deducir el recurso de alzada, en virtud de lo establecido en el art. 94 del RLNPA, que dispone que en el recurso de alzada es de aplicación supletoria lo reglado en el citado art. 90, primera parte.

En buena hora y como es razonable, por el Decreto 695/24 se duplicó, asimismo, el plazo para deducir el recurso de reconsideración, el cual es ahora de veinte (20) días (art. 84 del RLNPA, texto según art. 36 del Decreto 695/24).

2.2. Obligación de tramitar íntegramente los recursos por el órgano de grado que deba resolverlos

Otra modificación relevante en materia recursos administrativos proviene de los cambios introducidos en el art. 1° bis, incs. c, y g, ap. (v), de la LNPA, por el art. 25 de la Ley 27.742, en los cuales se precisa el órgano ante el cual deben ser tramitados. Con anterioridad a la reforma nada se preveía en la LNPA sobre esta cuestión. Era el RLNPA el lugar donde se lo regulaba con exclusividad (arts. 90 y 92 del RLNPA).

Así en el artículo 1° bis, inc. c, de la LNPA se determina que “los recursos y los reclamos administrativos deberán tramitar y sustanciarse íntegramente por el órgano de grado que deba resolverlos, excepto en el caso de recursos o reclamos dirigidos al Poder Ejecutivo nacional.” A su vez, en el artículo 1° bis, inc. g, ap. (v), de la LNPA se establece: “Salvo que se hubiese fijado un plazo menor, en caso de interposición de recursos que deban ser resueltos por un órgano superior del que dictó el acto, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. La omisión del cumplimiento de este plazo se considerará falta grave del funcionario que deba proceder a dicha elevación”.

De ambas disposiciones surge la obligación de tramitar y sustanciar cada recurso ante el órgano que debe decidirlo y la de elevar las actuaciones al órgano superior en el plazo de cinco (5) días, con excepción de recursos dirigidos al Poder Ejecutivo nacional.

Lo previsto en los artículos citados apunta a provocar un cambio en el trámite del recurso jerárquico, el cual, tal como lo postulaba la Procuración del Tesoro de la Nación, con anterioridad a la reforma, con sustento en los arts. 90, 1° párrafo y 92 del RLNPA, tramitaba en la órbita del sujeto emisor del acto impugnado, ante quien se debían reunir los antecedentes, recibir la prueba, emitir el dictamen del servicio jurídico permanente y, por último, elaborar el proyecto de resolución del recurso⁷. Evidentemente, esta forma de tramitar el recurso

jerárquico convierte en un convalidado de piedra al órgano superior y transforma a este recurso en una suerte de mera reconsideración, desnaturaliza la función de control y garantía para las personas del recurso jerárquico, y lo transforma en la mayoría de los casos en un trámite inútil y cuestionable. Además, contrariaba lo dispuesto en art. 88, el cual establece que, en el supuesto de que el recurso se haya deducido en subsidio, denegada la reconsideración las actuaciones deben ser elevadas en el plazo de cinco (5) días de oficio o a petición de parte según que hubiere recaído resolución denegatoria expresa o silencio negativo, y que una vez recibidas las actuaciones administrativas por el superior el interesado puede mejorar o ampliar los fundamentos del recurso.

En definitiva, debido a las claras previsiones contenidas en el art. 1° *bis*, incs. *c*, y *g*, ap. (v), de la LNPA, no es posible continuar con la tradicional forma de tramitación del recurso jerárquico en la misma órbita del órgano que emitió el acto administrativo impugnado, salvo cuando se trate de un recurso dirigido al Poder Ejecutivo nacional. De ahí que, recibido un recurso jerárquico, el funcionario interviniente debe limitarse a remitir las actuaciones al órgano superior en el plazo de 5 días, a menos que estuviere determinado uno menor, so pena de incurrirse en una falta disciplinaria grave.

Del mismo modo, en virtud de lo prescripto en el art. 1° *bis*, inc. *c* de la LNPA, la tramitación y sustanciación íntegra del recurso de alzada debe efectuarse ante el órgano que debe resolverlo y no en la órbita del ente autárquico⁸.

Si bien lo dispuesto en el art. 1° *bis*, inc. *g*, ap. (v), de la LNPA *prima facie* no sería de aplicación al recurso de alzada en tanto allí se indica que es aplicable a recursos que deban ser resueltos por un órgano superior del que dictó el acto, y en la alzada no media una relación de jerarquía sino de tutela administrativa⁹, a falta de norma que establezca el plazo para proceder a la remisión del expediente al órgano de la Administración central con competencia para decidir el recurso, entendemos que la misma es aplicable analógicamente.

2.3. *La obligación de notificar al recurrente la elevación de las actuaciones para mejorar los fundamentos del recurso jerárquico*

En el art. 1° *bis*, inc. *g* ap. (v) de la LNPA se impone la obligación de la Administración de notificar al interesado la elevación de actuaciones al superior.

8 El art. 96 del RLNPA determina: “El Jefe de Gabinete de Ministros, el Ministro o el Secretario de la Presidencia de la Nación en cuya jurisdicción actúe el ente autárquico, será competente para resolver en definitiva el recurso de alzada”.

9 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Bs. As, F.D.A., 2016, T. 4, p. XI-2; CANOSA, Armando N. *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 3ª ed. Bs. As., Astrea y RAP, 2017, T. 2, p. 159 y ss. y ABERASTURY, Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022, p. 349.

A su vez, en el art. 88 del RLNPA, texto según el art. 38 del Decreto 695/24, en el cual se regula el trámite del recurso jerárquico en subsidio, se determina que: “Cuando expresamente o por configurado el silencio con sentido negativo hubiera sido rechazada la reconsideración, las actuaciones deberán ser elevadas en el término de *cinco* (5) días de oficio o a petición de parte según que hubiere recaído o no resolución denegatoria expresa”. La omisión del cumplimiento de este plazo se considerará falta grave del funcionario que deba proceder a dicha elevación. Una vez recibidas las actuaciones por el superior se le notificará al interesado que podrá mejorar o ampliar los fundamentos del recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 77 del presente”.

De tal modo, la norma transcripta, después de reiterar la obligación legal de elevación de las actuaciones al órgano superior en el plazo de cinco (5) días, establece el deber de este último de notificar al recurrente la recepción de las actuaciones administrativas y la posibilidad de mejorar la fundamentación del recurso en cualquier momento antes de la resolución, tal como lo prescribe el artículo 77 del RLNPA.

La modificación producida en el art. 88 está en línea con la doctrina elaborada por la Procuración del Tesoro de la Nación y la práctica en la materia. En efecto, en el texto anterior a la reforma no se exigía que se notificara la posibilidad de mejorar el recurso después de la recepción de las actuaciones por el órgano. Sin embargo, dicho organismo sostenía que, a fin de que el impugnante pueda mejorar o ampliar los fundamentos de su recurso jerárquico y comience a correr el plazo correspondiente, en virtud de lo dispuesto en el citado art. 88 *in fine* del RLNPA debía comunicársele concretamente que las actuaciones estaban en condiciones de producir la mejora o ampliación¹⁰. La solución era acertada ya que resguardaba el derecho constitucional de tutela efectiva del impugnante, quien de otra forma no podría anoticiarse con certeza del momento en que las actuaciones fueron recibidas por el superior. Adviértase que no es infrecuente que el expediente sea devuelto por el superior por requerir aquél la subsanación de defectos formales por parte del inferior. Entonces, la única forma de evitar la incertidumbre acerca de cuándo un expediente fue realmente “recibido por el superior”, en los términos del artículo 88 del RLNPA, era a través de la notificación al recurrente.

Por otro lado, la notificación de la recepción de las actuaciones por el órgano superior es relevante pues, según el art. 91 del RLNPA, es partir de ese momento cuando comienza el plazo para resolver el recurso jerárquico de 30 días¹¹, vencido el cual el recurrente puede dar por configurado el rechazo por silencio.

10 Dictámenes: 176:133 y 236:58.

11 Salvo que se haya producido prueba, en cuyo caso el plazo de 30 días se computa desde la presentación del alegato o del vencimiento del plazo para hacerlo (art. 91 del RLNPA).

De tal modo, para que el impugnante pueda conocer si han transcurrido los treinta (30) días y pueda considerar rechazado el recurso por silencio es clave que se le notifique la recepción del expediente por el superior.

La configuración del silencio en la forma indicada da lugar a un amplio período en el cual, la Administración puede demorar la tramitación del recurso y no ser posible que se suscite la denegatoria ficta porque no concurren las condiciones para que comience a computarse el plazo. En efecto, durante el período que transcurre entre el dictado del acto impugnado y la recepción de las actuaciones o la presentación del alegato si hubo prueba o el vencimiento del plazo para hacerlo, el recurrente carece de uno de los más antiguos e importantes instrumentos de protección frente a la inactividad formal de la Administración, como es el silencio negativo. El único medio que tiene el recurrente frente a esta patología administrativa durante ese lapso es la promoción de un amparo por mora (art. 28 LNPA).

Con la reforma efectuada al art. 1° bis, inc. c, de la LNPA al menos se establece que el incumplimiento de la obligación de remitir las actuaciones al superior en el plazo determinado a tal fin o en su defecto el de cinco (5) días “se considerará falta grave del funcionario que deba proceder a dicha elevación”.

2.4. Ampliación del plazo para mejorar el recurso jerárquico

El art. 88 del RLNPA modificado amplía el plazo para producir la mejora o ampliación de los fundamentos del recurso jerárquico deducido en subsidio. La norma se remite ahora a lo dispuesto en el art. 77 del RLNPA, el cual habilita a hacerlo “en cualquier momento antes de la resolución”.

En el texto anterior a la modificación efectuada por el Decreto 695/24 al art. 88 del RLNPA el plazo para producir la mejora o ampliación de fundamentos del recurso era de escasos cinco (5) días.

Si bien, el art. 77 del RLNPA, previo a la reforma, ya disponía que podía ampliarse la fundamentación de los recursos deducidos en término en cualquier momento antes de su resolución, la Procuración del Tesoro¹² y parte de la doctrina¹³ entendían que dicha regla no era aplicable respecto de los recursos jerárquicos interpuestos en subsidio, toda vez que el art. 88, parte final del RLNPA era la norma especial que para ese supuesto específico sólo autorizaba la ampliación y mejora de la impugnación en el plazo de cinco (5) días de recibidas las actuaciones por el superior. En cambio, dicha limitación temporal no regía respecto de los recursos jerárquicos interpuestos en forma autónoma, en los cuales se podía mejorar los fundamentos sin la restricción mencionada.

12 Dictámenes: 236:58 y 244: 282

13 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, 6ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, p.368.

Evidentemente, la solución prevista en el texto anterior a la modificación del art. 88 del RLNPA no era razonable ya que no existían motivos para brindar un tratamiento diferencial a la ampliación de fundamentos según sea la forma en que se hubiera articulado el recurso jerárquico¹⁴.

2.5. Modificaciones atinentes al recurso de alzada

Se ha producido diversas y acertadas reformas al recurso de alzada en la LNPA y en el RLNPA.

(i) El recurso de alzada y las universidades nacionales

Mediante la modificación efectuada al art. 94 del RLNPA por el Decreto 1.883/91 se había incorporado al art. 94 la referencia a las universidades nacionales como una de las especies de entes autárquicos contra los cuales procede el recurso de alzada. Sin embargo, con el dictado de la Ley de Educación Superior, Ley 24.521, en 1995 se estableció: “Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria”. Por tal motivo, a partir de entonces, no era jurídicamente viable el uso del recurso de alzada para controvertir los actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente de las universidades nacionales¹⁵. Concorde con ello, en la nueva redacción del art. 94 del RLNPA, dada por el art. 41 del Decreto 695/24, se suprimió la posibilidad de acudir al recurso de alzada para impugnar tal tipo de decisiones administrativas.

(ii) El recurso de reconsideración contra actos definitivos o equiparables de entes autárquicos que agotan la vía administrativa y la posterior interposición del recurso de alzada

En la redacción anterior a la reforma del art. 94 del RLNPA no se mencionaba la posibilidad de deducir el recurso de reconsideración para impugnar las decisiones definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente que emanen del órgano superior de una entidad autárquica, como así tampoco la posibilidad de deducir el recurso de alzada una vez que fuera rechazado el recurso de reconsideración en tales supuestos. Sin embargo, en la praxis ello común hacerlo. La articulación de la reconsideración tenía

14 PERRINO, Pablo E. “El recurso jerárquico en el ámbito nacional,” en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Bs. As., Ráp, 2006, p. 417 y ss.

15 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Bs. As., F.D.A., 2016, T. 4, p. XI-9/10; y CANOSA, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, cit., T. 2, p. 178.

sustento en el art. 84 del RLNPA que autoriza el uso de este recurso “contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado”.

Concorde con lo dispuesto en el nuevo art. 23, inc. c, último párrafo, de la LNPA, en el que se establece de manera general la posibilidad de interponer un recurso administrativo contra el acto administrativo que agote la vía administrativa, en el texto del art. 94 del RLNPA, modificado por el art. 41 del Decreto 695/24, se receptan expresamente las dos posibilidades antes indicadas. Allí se determina: “Contra los actos administrativos definitivos o que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente –emanadas del órgano superior de un ente autárquico– procederá, a opción del interesado, los recursos administrativos de reconsideración, alzada o la acción judicial pertinente. De interponerse el recurso de reconsideración, una vez desestimado en forma expresa o por configurado el silencio con sentido negativo el mismo, podrá deducirse el recurso de alzada”.

De tal modo, frente un acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente que emane del órgano superior de una entidad autárquica, y que agote la vía administrativa¹⁶, el afectado tiene a su disposición cuatro cursos de acción a seguir: a) interponer la acción judicial de nulidad; b) deducir el recurso de reconsideración y una vez desestimado por acto expreso o por silencio articular el recurso de alzada y rechazado el mismo promover la acción judicial de nulidad; c) deducir el recurso de reconsideración y una vez desestimado por acto expreso o por silencio promover la acción judicial de nulidad; y d) deducir el recurso de alzada y rechazado el mismo por acto expreso o por silencio iniciar la acción judicial de nulidad.

Cabe recordar que los recursos de reconsideración y alzada no son necesarios para agotar de la vía¹⁷. Su uso es optativo. Y, como tales, pueden ser desistidos en cualquier estado y promoverse la acción judicial¹⁸.

No se precisa en el nuevo texto del art. 94 del RLNPA si la reconsideración conlleva el recurso jerárquico en subsidio cuando se la articula contra actos

16 El art. 23, inc. c, (iii), de la LNPA dispone que: “Se considera que agotan la vía administrativa: “... Los actos emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, con las exclusiones dispuestas en el art. 1º de esta ley, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado”.

17 Cfr. ABERASTURY y CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, cit., pp. 339 y 351.

18 Así lo dispone el art. 95 del RLNPA respecto del recurso de alzada. En línea con la modificación efectuada al art. 94 del RLNPA debió haberse ajustado el texto del art. 95 del RLNPA a fin de establecer igual solución respecto del recurso de reconsideración. De todos modos, es evidente, que, las mismas razones que justifican que sea posible desistir de un recurso de alzada y promover la acción judicial con los efectos interruptivos que provoca su interposición respecto de los plazos de caducidad y prescripción, son aplicables al recurso de reconsideración previsto en el art. 94 del RLNPA (arts. 1º bis, inc. g, ap. (i) y 23, inc. c, último párrafo, de la LNPA).

definitivos o asimilables a tales de entes autárquicos. Si bien el párrafo final de este precepto, que prevé la posibilidad de interponer el recurso de alzada una vez que la reconsideración haya sido desestimada en forma expresa o por silencio, podría llevar a entender que ello no es posible, estimamos incorrecta esta interpretación. Lo dispuesto en este párrafo se explica debido a la naturaleza optativa del recurso de alzada. Mas, como es obvio, ello no puede ser un obstáculo para admitir la posibilidad de que se considere viable la deducción implícita del recurso de alzada cuando medie una expresa declaración de voluntad del recurrente de someter la cuestión al control de la Administración Central¹⁹.

(iii) Ampliación del plazo para interponer el recurso de alzada

Tal como ya lo hemos señalado, se amplió el plazo para interponer el recurso de alzada de quince (15) a treinta (30) días toda vez que el art. 94 del RLNPA prescribe que en el recurso de alzada es de aplicación supletoria lo previsto en el art. 90, primera parte, (texto según el art. 39 del Decreto 695/24), del RLNPA.

2.6. Mantenimiento del agotamiento de la vía administrativa y determinación de los actos que lo producen

A pesar de las críticas que se han efectuado al agotamiento de la vía²⁰, tal como surge de los arts. 23 y 24 de la LNPA, con la reforma no se ha eliminado este requisito de admisibilidad para la promoción de pretensiones judiciales de nulidad.

19 Explica Aguilar Valdez que, con anterioridad a 1977, y a pesar de que no existía norma alguna sobre el particular, la Procuración del Tesoro de la Nación señaló que el recurso de alzada tanto estaba implícito en el de reconsideración como que procedía en subsidio de este último; ello, por aplicación expresa y directa de lo normado en el art. 93 del DPA y por aplicación analógica de lo establecido en el art. 88 del dicho reglamento.

La reforma operada en 1977 al art. 88 del DPA expresamente estableció que “el recurso de reconsideración llevaba implícito y en subsidio al recurso de alzada”. La reforma introducida al DRLPA por parte del Decreto 1.883/1991 eliminó la posibilidad antes regulada de interponer el recurso de alzada de modo subsidiario a la reconsideración o de considerarlo implícito en esta, lo que trasuntaría la voluntad expresa del Poder Ejecutivo de excluir la viabilidad de tales alternativas. (AGUILAR VALDEZ, Oscar A., “El recurso de alzada”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, pp. 402/403).

20 CASSAGNE, Juan Carlos, “Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *LL*, 2011-D, 1137 y

Conforme lo hemos señalado en otras ocasiones²¹, la necesidad de acudir a vías previas administrativas para demandar al Estado configura una exigencia que, con toda razón, viene siendo duramente controvertida por la doctrina. Ya sea por su –muchas veces– inadecuada regulación, o bien, en otros casos, debido a su irrazonable aplicación en un número muy significativo de casos dicho recaudo se erige en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción²², acarreando una clara violación del principio constitucional de tutela administrativa y judicial efectiva²³.

La praxis muestra, además, la desmesurada expansión que ha experimentado esta exigencia, que ha conducido a que se obligue a transitar vías administrativas aun cuando se presenten como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del proceso judicial. El agotamiento de la vía pasa a convertirse, en no pocos casos,

“El principio de la tutela judicial efectiva”, *RDA* 2015-101, 1321; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Bs. As., LL, 2021, p. 401 y ss.; CANOSA, Armando N., “Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina”, *RDA*, 2016-105, 499; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2011, T. I, p.815 y ss.; y LAFFITTE, Sofía, “La exigencia de agotamiento de la vía administrativa, en su configuración actual, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva”, *RDA* 2021-135, 302. En una postura opuesta Monti señala que “la relevancia de esta institución se plasma, fundamentalmente, en que con el procedimiento administrativo impugnatorio o reclamatorio lo que se pretende, además de la debida tutela de los intereses particulares 1, es de procurar la legitimidad de la actuación estatal, integrada por la legalidad y la razonabilidad, a lo que se puede acceder cuando se otorga a la administración la posibilidad de enmendar sus propios errores (por ejemplo, en el procedimiento impugnatorio de actos), o de acceder a peticiones del particular en su sede (por ejemplo, en ciertos casos de reclamaciones regladas), evitando así ser sometida a juicio, con los inconvenientes y costos que ello genera para ambas partes”. Más adelante afirma que “la importancia del agotamiento, aun en el caso de que el particular no obtenga éxito en su impugnación o en su reclamación, se advierte con claridad en el hecho de que, al regir el principio de congruencia entre lo solicitado en sede administrativa y en sede judicial (conf. art. 30 de la Ley 19.549), la Administración, al haber tramitado el procedimiento administrativo previo, conoce con claridad a qué se enfrentará en el proceso, y, asimismo, ello conducirá a establecer posibles responsabilidades derivadas de deficientes o ilegítimas decisiones adoptadas por sus órganos”. (MONTI, Laura, “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Bs. As., Asociación de docentes, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2013, p. 317 y ss.

21 PERRINO, Pablo E. y Ignacio M. de la RIVA, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa” en AA.VV, *Procedimiento Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2012, T. II, pp. 450/501.

22 CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *RDA* N° 32, p. 525 y ss.

23 Ver CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *RDA* N° 32, p. 525 y ss. y PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, p. 270 y ss., *Revista de Derecho Público. Proceso administrativo I*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 257 y ss.

en una etapa compleja y plagada de dificultades²⁴, que en nada se compadece con las múltiples funciones que tiene el procedimiento administrativo²⁵, una de las cuales es la de garantizar los derechos e intereses de las personas²⁶.

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que tradicionalmente se esgrime para justificar la articulación de reclamos y recursos administrativos, consistente en dar cabida a una etapa de conciliación previa al juicio, y en otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores²⁷. Lamentablemente, es común que se rechacen los recursos administrativos sin efectuarse un estudio serio de la cuestión, desaprovechando una valiosa ocasión de revisar la legitimidad y la oportunidad de la actuación administrativa²⁸. Ante semejante proceder, la exigencia de articular una vía recursiva se presenta como una forma de dilación innecesaria del inicio del pleito judicial²⁹, que en definitiva no hace otra cosa que generar una serie de peligros para el administrado, resultantes, por un lado, de los exiguos plazos

24 Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige “que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, Palacios, Narciso –Argentina, 1999/09/19, publicado en LL, 2000-F, 594, con nota de Botassi, Carlos A., Habilitación de instancia y derechos humanos).

25 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN menciona entre las múltiples funciones que debe satisfacer el procedimiento administrativa las siguientes: 1) garantizar la tutela de los derechos e intereses individuales; 2) posibilitar la participación; 3) constituir un cauce para el equilibrio y conciliación de intereses contrapuestos; 4) incrementar la transparencia y claridad administrativa; 5) facilitar la cooperación administrativa; y 6) promover la eficacia y eficiencia de la acción administrativa (“Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional” en BARNES, Javier (ed. y coord.) AA.VV, *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2008, p. 76).

26 BLANKE, Hermann-Josef, “La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo”, en ABERASTURY, Pedro - BLANKE, Hermann-Josef (coords.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Bs. As., Eudeba, 2012, p. 30.

27 LINARES, Juan Francisco, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Bs. As., Astrea, 1974 p. 22; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. II, p. 307 y ss. y PERRINO, Pablo E., “Procedimiento administrativo y agotamiento de la vía” en AA.VV, *Procedimiento Administrativo*, Bs. As., Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 1998, p. 165 y ss.

28 Cfr. CANOSA, Armando N., “Los recursos” en AA.VV, *Procedimiento Administrativo*, Bs. As., Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 1998, p. 101 y ss.

29 Cfr. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Recursos administrativos*, 3ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 9.

usualmente consagrados para deducir los recursos administrativos³⁰, y por el otro, de la posibilidad que se le brinda a la Administración durante ese período³¹ para ejecutar el acto recurrido³².

De ahí que, ante los abusos en que se ha incurrido en su regulación y aplicación, las opiniones doctrinarias mayoritarias postulen, cuando no su eliminación, su morigeración mediante una reforma sustancial al régimen del procedimiento administrativo, propugnando el carácter facultativo de los reclamos y recursos administrativos³³.

Tal es, de hecho, lo que ocurre en el Derecho francés con relación a los recursos administrativos: el sistema galo constituye el paradigma de regímenes en los cuales no es preciso agotar la vía administrativa. Allí, por regla, los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular³⁴. La misma solución impera en Italia, en donde hasta el dictado de la Ley 1.034³⁵ del 6 de diciembre de 1971, para demandar al Estado ante los tribunales administrativos en defensa de los intereses legítimos era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos

30 Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Bs. As., LL, 2021, p. 402.

31 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, Vol. II, p. 601.

32 Salvo que se obtenga su suspensión en sede administrativa o judicial mediante una medida cautelar.

33 Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Hacia una justicia administrativa”, antes cit. pp.66/67; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p.177, nota 26, y en La reforma de la legislación procesal administrativa, Madrid, Civitas, 1992, p. 46 y ss. en La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, N° 75, curso académico 1997-1998, 1998, pp. 318/319; FERNÁNDEZ, Tomás R., Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso, *Documentación Administrativa*, N° 221, p. 5 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José M., Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992), Madrid, Civitas, 1995, pp. 244/245; PIÑAR MAÑAS, José Luis, “La pretendida especialidad de los recursos especiales”, *Documentación Administrativa*, N° 221, p. 132; RIVERO YSERN, José Luis, “Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, antes cit., p. 201 y ss.; D’ARGENIO, Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Bs. As., FDA, 2006, p. 65; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo - JUSTO, Juan Bautista (colaborador.), *Administración Pública, jurisdicción y derechos humanos*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, p. 222 y ss. y AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2011, T. I, p.815 y ss.

34 TURPIN, Dominique, *Contentieux Administratif*, p. 98, París, Hachette, 1994, y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 369 y MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Bs. As., LL, 2021, p. 373.

35 Publicada en el *Codice delle leggi amministrative*, Milán, Ulrico Hoepli, 1996, p. 2522 y ss.

mediante la interposición de un recurso jerárquico³⁶. A partir de esa fecha, el recurso judicial se puede presentar directamente contra actos no definitivos³⁷, siendo el recurso jerárquico de carácter facultativo. En cambio, para la impugnación de actos que lesionen derechos subjetivos nunca se exigirá tal requisito.

Es una pena que no haya sido este el camino seguido por el legislador al reformar la LNPA. No obstante ello, en el art. 23, modificado por el art. 41 de la LNPA, se ha previsto ciertos supuestos en los cuales puede excepcionarse el agotamiento de la vía para la impugnación judicial de actos de alcance individual. Ellos son los siguientes: (i) impugnación que se base exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal³⁸ o superior que el acto impugnado aplica; (ii) mediar una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil³⁹; (iii) se interpusiere una acción de amparo⁴⁰ u otro proceso urgente; o (iv)

36 CASSARINO, Sebastiano, "Los recursos administrativos en el Derecho italiano", *Documentación Administrativa*, N° 221, p. 43 y MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Bs. As., LL, 2021, pp.375/376.

37 VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, T. II, p. 195; MAZZAROLLI, L.; PERICU, G.; Romano, A.; ROVERSI MONACO, F. A. y SCOCA, F. G., *Diritto Amministrativo*, T. II, Monduzzi, 1993, p. 1495; FALCON, Giandomenico, "La justicia administrativa", en la obra colectiva BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 225 y SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 390.

38 Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que, cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar de aplicar actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las mismas. Ello por cuanto dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, pues lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede (Fallos: 269: 243).

39 Una excepción de igual tenor se establece en el art. 32, inc. c, de la LNPA, texto según el art. 51 de la Ley 27.742, respecto del reclamo administrativo previo. Su fundamento finca en la garantía de la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la CN 8, inc.1 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN); ver: CNFed. Contencioso Administrativo, fallo plenario emitido en la causa "Córdoba, Salvador y otros c. EN- Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público", del 18/05/2011, LL,2011-E, 336).

40 Cfr. art. 43 de la CN. Señala García Pullés que, "a partir de esta previsión constitucional, algunos autores habían postulado que el ciudadano debía elegir entre la vía del amparo o el agotamiento de la instancia administrativa, porque la demora en la decisión del amparo, cuando concluía en la improcedencia de la vía por resultar necesaria mayor amplitud de debate y prueba, no rehabilitaba los plazos para impugnar los actos, que debían entenderse consentidos". Tal doctrina convertía la garantía del amparo en una celada para el ciudadano y así lo denunciaron muchos otros autores.

La interpretación armónica de varios preceptos de la reforma de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo permite superar definitivamente aquel criterio. Por un lado, en la norma aquí en examen, establece la dispensa de agotar la instancia administrativa cuando la pretensión justifica la promoción de un proceso de amparo u otro proceso urgente. Por otro, el art. 1 bis, inc. i)

se tratare de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme⁴¹.

Del mismo modo, se desprende del art. 23, inc. *a*, aps. *(iii)* y *(iv)*, de la LNPA que, no es menester agotar la vía administrativa en los casos de silencio o ambigüedad previstos en el art. 10 de la LNPA⁴², como tampoco respecto de las vías de hecho⁴³. Lo mismo ocurre con los hechos administrativos, pues, según el nuevo art. 25 de la LNPA el plazo de caducidad para impugnarlos judicialmente comienza a computarse “desde que ellos fueren conocidos por el afectado”⁴⁴.

Asimismo, en el art. 24, modificado por el art. 42 de la Ley 27.742, se contemplan supuestos en los cuales se dispensa la obligatoriedad de interponer el reclamo administrativo impropio para impugnar actos de alcance general en sede judicial. Ellos son: *(i)* acciones de amparo u otros procesos urgentes; e *(ii)* impugnación de decretos del Poder Ejecutivo nacional dictados en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 76, 80 y 99, inciso 3° de la Constitución Nacional⁴⁵.

A su vez, con la finalidad de despejar toda duda al respecto, en la nueva redacción del art. 23 de la LNPA se precisa cuáles son los actos administrativos definitivos⁴⁶ o asimilables a tales⁴⁷ que agotan la vía administrativa. Estos son los siguientes: *(i)* el acto que resuelve un recurso jerárquico; *(ii)* los actos dictados por el Poder Ejecutivo nacional, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; *(iii)* los actos emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, con las exclusiones dispuestas en el art. 1° de la LNPA, a

prevé expresamente ahora “...la interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales...” referencia que, obviamente, incluye al proceso de amparo”. (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La habilitación de la instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *LL* supl. Diario del 13/11/2024; ver: SAMMARTINO, Patricio M. E. y CANDA, Fabián O., “El amparo constitucional y sus relaciones con los demás cauces formales de tutela (El “núcleo vital” del amparo en la Constitución reformada”, Cita: TR LALEY 0003/001184)).

41 La norma precisa que en estos casos: “Tales actos serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia. En la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie”.

42 Art. 23, inc. *a*, ap. *(iii)*, de la LNPA.

43 Art. 23, inc. *a*, ap. *(iv)*, de la LNPA.

44 Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, *LL*, 2016-F, 755.

45 Ver: SACRISTÁN, Estela B., “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y de urgencia y delegados (la cuestión de su naturaleza legislativa)” en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Bs. As., LexisNexis Abeledo-Perrot y UCA, 2005, p.309 y ss.

46 El acto administrativo definitivo es el que decide la cuestión de fondo (Cfr. LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Bs. As., Astrea, 22005, p. 89).

47 Los actos asimilables a definitivos son los que impiden totalmente la tramitación de la pretensión aun cuando no deciden sobre el fondo de la cuestión. Así lo dispone el art. 23, inc. *a*, ap. *(ii)*, de la LNPA.

pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (iv) los actos administrativos emanados de los órganos con competencia resolutoria final del Congreso de la Nación, del Poder Judicial o del Ministerio Público, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado.

2.7. Posibilidad de recurrir el acto que desestima el reclamo administrativo previo

En el año 1972, con motivo del dictado de la LNPA se produjo una profunda transformación del régimen jurídico imperante en el orden federal para demandar al Estado, al establecerse dos vías administrativas previas y diferentes para la promoción de los pleitos judiciales: *a)* la denominada vía impugnatoria, regulada en los arts. 23 a 27, destinada a la impugnación de actos administrativos tanto de alcance individual como general; y *b)* la vía del reclamo administrativo previo, prevista en los arts. 30 a 32⁴⁸, que no está destinada al cuestionamiento de actos sino a obtener una decisión administrativa que dé cumplimiento a obligaciones de hacer, no hacer o dar⁴⁹.

La escasa claridad de la LNPA acerca del funcionamiento y relación de las dos vías administrativas previstas suscitó en su momento diversas interpretaciones doctrinarias y judiciales⁵⁰. De acuerdo con la interpretación judicial y doctrinaria imperante, el régimen jurídico de las dos vías regladas por la LNPA presenta importantes diferencias. La principal y más sustancial radica en su disímil propósito. El carril impugnatorio persigue la revocación, tratándose de actos de alcance individual, o la derogación para el caso de actos del alcance general (o bien su modificación, en cualquiera de ambos casos).

Los instrumentos idóneos para deducir tal tipo de pretensiones son los recursos administrativos, en el caso de la impugnación de actos de alcance

48 El art. 32 de la misma LNPA incorporó una serie de supuestos –creados preponderantemente por la jurisprudencia con anterioridad a la sanción de la ley– en los que no era menester la interposición del reclamo previo. Ellos cubrían un espectro de tal amplitud que, en los hechos, sólo excepcionalmente había que dar cumplimiento al recaudo en cuestión (cfr., por todos, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Bs. As., Depalma, 1993, T. II, p. 556.).

49 Ver: PERRINO, Pablo E. e Ignacio M. de la RIVA, “Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa” en AA.VV, *Procedimiento Administrativo*, Bs. As., La Ley, 2012, T. II, pp. 450/501.

50 Ver: LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 120 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, Rafael y SILVESTRI, Beatriz R. “La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549 (recursos y reclamos)”, *ED*, 72-763; COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge y COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, Tº II, p. 1381 y ss.; BIANCHI, Alberto B., “Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, *LL*, 1995-A, 397.

individual⁵¹, y el llamado reclamo administrativo impropio⁵² respecto de los actos de alcance general.

En cambio, mediante la vía del reclamo administrativo previo no se cuestiona ningún acto administrativo⁵³, sino que se procura obtener un pronunciamiento de la Administración⁵⁴, una conducta positiva o negativa, como el pago de una deuda, el cumplimiento de una conducta debida (omisión), etc. La diferencia apuntada entre las dos vías surge claramente de lo dispuesto en el artículo 30 de la LNPA, en cuanto establece: “El Estado nacional no podrá ser demandado judicialmente sin previo reclamo administrativo [...] salvo cuando se trata de la impugnación judicial de actos administrativos de alcance particular o general”.

También median diferencias en punto a las exigencias temporales que imperan en las distintas vías. La interposición del reclamo previo, al igual que la del reclamo administrativo impropio⁵⁵, no está sujeta a plazo procedimental alguno. En cambio, los recursos administrativos deben ser articulados en el breve plazo de caducidad previsto para cada uno de ellos⁵⁶.

Otra diferencia fundamental, pero que ha sido modificada por la reforma producida a la LNPA por la Ley 27.742, era que el acto expreso que desestimaba el reclamo previo era directamente impugnabile en sede judicial y no era admisible la interposición de recursos administrativos para producir el agotamiento de la vía administrativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del pronunciamiento emitido en el caso “Mackentor”⁵⁷ consideró que las vías del reclamo previo (art. 30 a 32, LNPA) y la impugnatoria (arts. 23 y 24, LNPA) era autónomas”.

51 Arts. 23, inc. *a*, de la LNPA, y 73 del RLNPA.

52 Arts. 24, inciso *a*), de la LNPA, y 73 del RLNPA. Si bien su denominación puede llevar a confusión, el reclamo administrativo impropio no debe ser confundido con el reclamo administrativo previo previsto en los arts. 30 a 32 de la LNPA. El reclamo impropio en el medio para impugnar en forma directa actos administrativos de alcance general y opera como un recaudo habilitante de la instancia judicial. A diferencia de los recursos administrativos, previstos para la impugnación de actos administrativos de alcance individual, su interposición no está sujeta a plazo de caducidad alguno.

53 MURATORIO, Jorge I., “El agotamiento de la instancia administrativa como presupuesto de acceso a la instancia judicial”, *RAP*, 268-23.

54 Conf. HUTCHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Bs.As., Astrea, 1985, T. I. p. 534 y ss.

55 Regulado en el art. 24, inc. *a*, de la LNPA, cuyo texto fue reformado por el art. 42 de la Ley 27.742.

56 Art. 22 de la LNPA, texto anterior a la reforma efectuada por la Ley 27.742, y 84, 90 y 98 del RLNPA.

57 En dicho pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó: “cabe distinguir entre la vía impugnatoria –que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y siguientes de la Ley 19.549– cuyo resultado será necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho –aun originado en una relación jurídica preexistente– basada en lo dispuesto en el art. 30 y

En dicho fallo el alto tribunal expresó: “cabe distinguir entre la vía impugnatoria –que presupone el agotamiento de las instancias administrativas reglamentadas en los arts. 23 y siguientes de la Ley 19.549– cuyo resultado será necesariamente la declaración de ilegitimidad del acto administrativo, de la reclamación del reconocimiento de un derecho –aún originado en una relación jurídica preexistente– basada en lo dispuesto en el artículo 30 y concordantes del mismo cuerpo legal, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa”.

En concordancia con este criterio sentado por la Corte mediante la Ley 25.344 se modificó el 2º párrafo del art. 31 de la LNPA y se dispuso que: “La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa”. En consecuencia, rechazado el reclamo mediante el dictado de un acto expreso, ante la imposibilidad de recurrirlo, al interesado sólo le quedaba la posibilidad de deducir la pertinente acción procesal administrativa.

Con la reforma de la LNPA por la Ley 27.742 esta situación ha cambiado sustancialmente, pues, acertadamente, ahora se habilita la posibilidad de recurrir en sede administrativa el acto denegatorio del reclamo administrativo previo. Así lo establece el nuevo texto del art. 31 de la LNPA, modificado por art. 50 de la Ley 27.742, el cual prescribe: “La denegatoria expresa del reclamo podrá ser recurrida en sede administrativa. La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquélla. Esto último, sin perjuicio de la opción que el administrado tiene de recurrir en sede administrativa la denegatoria, conforme lo previsto en el artículo 23, inciso c) final.

De tal modo, denegado el reclamo administrativo previo, el reclamante tiene la opción de promover la acción judicial de nulidad dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, o recurrir el acto en sede administrativa para luego, de desestimarse el recurso, deducir la impugnación judicial pertinente dentro del plazo de caducidad de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales (art. 25, inc. a, LNPA, texto según el art. 43 de la Ley 27.742).

De tal modo, se ha diluido uno de los límites que separaban las vías administrativas impugnatoria y del reclamo previo. Ya no son paralelas y excluyentes, en tanto el interesado puede empalmar la vía recursiva con la del reclamo administrativo previo en forma sucesiva. Con la modificación introducida al artículo 31 se habilita, expresamente, lo que antes se prohibía⁵⁸.

concordantes del mismo cuerpo legal, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa”. (Fallos: 312:1017).

58 URRUTIGOITY, Javier, “Vías impugnatorias y reclamatorias en la Ley 27.742 de Bases y Reforma del Procedimiento Administrativo Nacional (Ley 19.549)”, *RDA* 2024-155, 51.

2.8. *Recurso optativo contra el acto administrativo que agota la vía. Supresión del art. 100, RLNPA*

En el art. 23, inc. c, último párrafo, de la LNPA, al regular los requisitos para la impugnación judicial de los actos administrativo de alcance particular, se establece de manera general la posibilidad de interponer un recurso administrativo contra el acto administrativo que agote la vía administrativa⁵⁹.

Contra tales actos el recurrente podrá deducir el recurso de reconsideración, reglado en el art. 84 y ss. del RLNPA⁶⁰, o iniciar la acción judicial de nulidad.

Se trata de un recurso optativo, cuyo uso, en virtud de lo establecido en el art. 1º bis inc. g, ap. (i), interrumpe el plazo de caducidad para promover la acción judicial, reglado en el art. 25 de la LNPA.

Lo previsto en el nuevo art. 23, inc. c, de la LNPA es acertado ya que disipa toda duda acerca de la habilitación de la instancia cuando el interesado decide impugnar mediante un recurso procedente pero no obligatorio, como es la reconsideración, una decisión definitiva o que impide totalmente la tramitación de la pretensión interpuesta aun cuando no decide sobre el fondo de la cuestión y agota la vía.

Debido a lo dispuesto en el artículo citado era innecesario mantener lo dispuesto en el art. 100 del RLNPA, que establecía la posibilidad de interponer los recursos de reconsideración y extraordinario de revisión contra los actos administrativos definitivos o asimilables que el Poder Ejecutivo Nacional, el Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros o los Secretarios de la Presidencia de la Nación dictaren al resolver recursos administrativos y que agoten la vía. Evidentemente, los supuestos contemplados en esta norma están subsumidos en el nuevo art. 23, inc. c, de la LNPA. Por tal motivo, mediante el art. 43 del Decreto 695/24 se suprimió el texto del art. 100 del RLNPA.

2.9. *Las modificaciones en la regulación del recurso extraordinario de revisión*

En el art. 22 de la LNPA, con anterioridad a la reforma se regulaba el denominado recurso extraordinario de revisión para impugnar actos administrativos firmes⁶¹ y, por tanto, no susceptibles de ser controvertidos por los recursos

59 Concorde con ello y tal como lo hemos señalado en el nuevo art. 94 del RLNPA se contempla la posibilidad de deducir el recurso de reconsideración para impugnar las decisiones definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del recurrente que emanen del órgano superior de una entidad autárquica.

60 Así podría interponerse el recurso de reconsideración para impugnar actos originarios del Poder Ejecutivo nacional o de la máxima autoridad de una entidad autárquica o los que deciden recursos jerárquicos.

61 El acto firme es “aquel que no ha sido impugnado en término por el interesado” (BALBÍN, Carlos F. *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., La Ley, 2010, T. III, p. 631).

ordinarios y tampoco por la acción judicial de nulidad⁶². El mismo fue eliminado de la LNPA y pasó a estar previsto en el art. 100 del RLNPA, modificado por el Decreto 695/24. Se trataba del único recurso que estaba contemplado en la LNPA, pues los demás estaban previstos en el RLNPA⁶³.

Cabe advertir que, la redacción del art. 100 del RLNPA presenta una diferencia con la establecida en el art. 22 de la LNPA, ya que se suprimió el inc. *a*, del texto original, que habilitaba la revisión para impugnar un acto firme: “Cuando resultaren contradicciones en la parte dispositiva, háyase o no pedido aclaración”.

La reforma es acertada porque el supuesto que allí se preveía tiene adecuada solución por la vía de la aclaratoria⁶⁴, reglada en el art. 102 del RLNPA⁶⁵ y escapa al ámbito propio de un remedio excepcional del tenor de un recurso de revisión⁶⁶. Además, el art. 22 de la LNPA, preexistente a la reforma, determinaba que el recurso extraordinario de revisión, en el supuesto del inc. *a* debía interponerse dentro del plazo de 10 días de notificado el acto administrativo, esto cuando aún no estaba firme ya que en ese lapso era posible su impugnación mediante el recurso de reconsideración (art. 84, del RLNPA). Por tal motivo, no se verificaba el presupuesto elemental para la admisibilidad de la revisión, como es la firmeza del acto impugnado⁶⁷.

62 En el nuevo texto del art. 22 de la LNPA, según el art. 40 de la Ley 27.742, se regulan los plazos de prescripción de la acción judicial de nulidad y se los fija en diez (10) años para la nulidad absoluta y dos (2) años para la nulidad relativa (Ver: CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *LL*, supl. diario del 17/09/2024 y RDA 2024-155, 273).

63 Cassagne ha señalado al respecto que: “En mérito al carácter extraordinario que caracteriza al recurso de revisión y, sobre todo, por el hecho de que implica una importante excepción al principio de la estabilidad el acto administrativo su regulación debe ser materia de una ley y no de reglamento.

Ello es así no sólo por la naturaleza de la materia que regula sino también porque de acuerdo al principio del paralelismo de las formas y a la jerarquía de las normas, no podría –en principio– un reglamento derogar un criterio establecido en una ley”. (CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2009, pp. 409/410).

64 CAMPOLIETI, Federico, “El recurso de revisión” en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, p. 445.

65 El art. 102 del RLNPA prescribe: “Dentro de los CINCO (5) días computados desde la notificación del acto definitivo podrá pedirse aclaratoria cuando exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas. La aclaratoria deberá resolverse dentro del plazo de cinco (5) días”.

66 HUTCHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Bs. As., Astrea, 1985, T. I, p. 433.

67 Cfr. GORDILLO y DANIELE, ya cit., p. 231; HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, cit. T. I, p. 433.

2.10. *Legitimación para recurrir*

Con la reforma a la LNPA se abandona la tradicional fórmula “derecho subjetivo” e “interés legítimo”⁶⁸, que tantas dificultades había generado, y se la reemplaza por una mucho más amplia y sencilla, como es la de la afectación o lesión *derechos o intereses jurídicamente tutelados*, usada en diversos pasajes de la LNPA (arts. 1° bis, inc. a), ap. (i); 9, incs. a y d, 23 y 24), y cuyo origen se encuentra en el Código Contencioso Administrativos de la Provincia de Buenos Aires (art. 13)⁶⁹ y en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 6°)⁷⁰.

Concorde con lo dispuesto en la LNPA, por el Decreto 695/24 se sustituyeron las referencias que se efectuaban en el RLNPA al derecho subjetivo y al interés legítimo, en los arts. 3°, para determinar la legitimación genérica de las personas en el procedimiento administrativo, y 74 y 84 para interponer recursos administrativos.

2.11. *Interrupción del plazo de prescripción por la presentación de recursos administrativos*

Una cuestión clave para la protección de los derechos de las personas y la seguridad jurídica que con anterioridad a la reforma había despertado opiniones dispares en la doctrina y también en los tribunales, debido a la redacción de las normas que regulaban la cuestión (arts. 1°, inc. e, aps. 7 y 9), es el efecto que provoca la interposición de un reclamo o un recurso administrativo sobre el curso del plazo de prescripción. Mientras que, para una posición el reclamo administrativo lo suspendía y el recurso lo interrumpía, otra postura sostenía que en ambos supuestos el efecto era el interruptivo, ya sea porque se entendía que en el régimen de la LNPA la interrupción y suspensión tenían el mismo o alcance o con sustento en las normas de la legislación civil que establecen que la presentación de la demanda interrumpe el curso de la prescripción. Otra postura afirmaba que el efecto suspensivo o interruptivo sobre los plazos sólo lo provocaban los reclamos o recursos que eran

68 Explica Mairal que: “La LPA no resolvió expresamente el interrogante de la legitimación. En sus arts. 1°, inc. f) i), y 7°, inc. d), la LPA recogió los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo a los efectos del procedimiento administrativo, pero no los definió; su art. 24 limitó la revisión del acto general a los casos en que se afecte o pueda afectar un derecho subjetivo, mientras que nel art. 23, al referirse a la revisión del sodio Individual, no contuvo igual imitación, lo que planteaba la posibilidad del argumento a contrario”. (MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Bs. As., LL, 2021, p.241; ver: CANDA, Fabián O, “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional” en CASSAGNE, Juan Carlos, (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Bs. As., LexisNexis Abeledo-Perrot y UCA, 2005, p. 129 y ss.).

69 Ver: CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo Esteban, *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., LexisNexis, 2006, p. 149 y ss.

70 MAIRAL, Héctor A. Y VERAMENDI, Enrique V., *La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo*, LL, 2024-C, 459.

necesarios para habilitar la instancia judicial⁷¹. El examen de esta cuestión excede al objeto de este trabajo y es abordado con profundidad en el artículo elaborado por Julio Cesar Durand, titulado “Un primer análisis de las modificaciones a la LNPA” sobre cuestiones varias en materia de *caducidad y prescripción de acciones y derechos*, incluido en este libro, a donde remitimos al lector.

Sin perjuicio de ello, nos parece relevante destacar que en el nuevo art. 1° bis, inc. g, ap. (i), de la LNPA, incorporado por el art. 25 de la Ley 27.742, se regula acertada y razonablemente la cuestión. Allí se dispone que “la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente”. Y, seguidamente, de manera muy precisa se determina que: “Los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (a) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (b) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (c) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho”.

De tal modo, no cabe duda de que la interposición de un recurso administrativo procedente (también los de naturaleza optativa) acarrea la interrupción del plazo de prescripción pertinente.

2.12. *El silencio negativo no produce el reinicio del plazo de prescripción*

Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 1° bis, inc. g, ap. (i), de la LNPA, antes transcrito y en virtud de la modificación efectuada por el art. 45 de la Ley 27.742 al art. 26 de la LNPA, no puede sostenerse que rechazado un recurso por silencio administrativo se reinicia el cómputo del plazo de prescripción, tal como lo había sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación en un famoso dictamen de 8/8/18⁷².

71 Ver: DURAND, Julio Cesar, “El efecto del reclamo administrativo previo sobre el curso de la prescripción liberatoria”, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Bs. As., LexisNexis Abeledo-Perrot y UCA, 2005, p. 175 y ss. y CANDA, Fabián Omar, “La incidencia del procedimiento administrativo sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso administrativa” en AA.VV, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Bs. As., Rap, 2006, p. 103 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo”, *LL*, 2016-F, 755.

72 Dictámenes: 306, p. 194. En dicha ocasión, el máximo organismo asesor afirmó que, en la vía recursiva, el silencio administrativo se configura automáticamente, pues una vez transcurrido el plazo normativo para la resolución del respectivo recurso, no se debe presentar pronto despacho para generar la denegatoria tácita. Adujo, asimismo, que el art. 26 de la LNPA al decir *sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción*, permite afirmar que, a partir del silencio denegatorio, cesan las causales interruptivas o suspensivas del curso de la prescripción y se produce el

A dicha lógica conclusión se arriba con facilidad ni bien se advierte que, en la primera de las disposiciones citadas no se incluye al silencio negativo como una de las causales que dan lugar al reinicio del curso del plazo de prescripción, que fue interrumpido por la articulación de un recurso o reclamo administrativo. Ello es totalmente razonable ya que el silencio negativo no produce la finalización del procedimiento, pues la obligación de la Administración de resolver en forma expresa⁷³ no cesa por la existencia del silencio desestimatorio. En tal sentido, en el art. 63 del RLNPA, modificado por el art. 25 del Decreto 695/24, al regularse los modos de conclusión de los procedimientos no se menciona al silencio negativo. Por lo demás, como bien se ha señalado, “al prescribir que los efectos de la interrupción se mantienen hasta que cualquiera de esos actos quede firme, el art. 1° *bis*, inc. *g*, ap. (*i*) de la LNPA impide sostener que, luego de la configuración del silencio negativo, se reinicie el curso del plazo de prescripción. Es que el silencio administrativo negativo lejos está de poder equipararse al acto administrativo que pone fin al procedimiento; solamente, se trata de una ficción legal que habilita al particular a acceder a la instancia judicial”⁷⁴.

Concorde con lo dicho, por la Ley 27.742 se cambió la redacción del art. 26, y se suprimió la frase, que después de disponer que la demanda podría iniciarse en cualquier momento cuando se configurara el silencio previsto en el art 10 de la LNPA, decía “y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”. El texto actual establece con toda claridad: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración”.

Con la supresión efectuada y lo dispuesto en el art. 1° *bis*, inc. *g*, ap. (*i*), no hay duda acerca de que producido el rechazo de un recurso administrativo por silencio no se reinicia el plazo de prescripción.

PABLO ESTEBAN PERRINO

Es Profesor de grado de la Universidad Nacional de La Plata y de post-grado en esa misma casa de altos estudios y en la Universidad Austral, Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de Cuyo y en la Universidad Externado de Bogotá, Colombia. Miembro del Comité

reinicio o la continuación de su cómputo, según el caso. Una vez producido el silencio negativo, el particular está en condiciones de iniciar la demanda en cualquier momento, con el límite del plazo de prescripción.

⁷³ La obligación de resolver integra el derecho constitucional de tutela administrativa efectiva, el cual no se agota con la posibilidad de que las personas sean oídas y produzcan prueba, sino que conlleva también el dictado de una resolución fundada, tal como determina el art. 1° *bis*, inc. *a*) aps. (*iii*) y (*iv*) de la LNPA (CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *LL*, supl. diario del 17/09/2024 y *RDA* 2024-155, 273).

⁷⁴ PERRINO, Juan Pablo, “Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo”, *RDA* 2024-155, 158.

Ejecutivo de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Secretario del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogacía de La Plata. Autor de numerosos libros y otras publicaciones de la especialidad en la Argentina y el extranjero. Socio del Estudio Cassagne Abogados.

EL SENTIDO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU REGLAMENTACIÓN

ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ
Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Director Nacional de Asuntos Judiciales, Procuración del Tesoro de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El silencio de la Administración. 2.1. Algunas consideraciones preliminares sobre el silencio. 2.2. El silencio desde el Derecho Administrativo: fundamentos jurídicos. 2.3. El procedimiento y la tutela administrativa efectiva: vínculo con el silencio. 2.4. El silencio de la Administración como ilícito. 3. Regulación del silencio de la Administración. 3.1. Marco normativo previo a la Ley 27.742. 3.2. Modificaciones introducidas por la Ley 27.742. 4. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las reformas que trajo la Ley 27.742 a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), y que despertó por cierto gran interés, fueron los cambios realizados en la regulación del silencio de la Administración. Se efectuaron modificaciones en cuanto al tiempo que debe aguardar el particular para configurarlo, y se estableció el sentido positivo, con diversas limitaciones, para los casos de autorizaciones vinculadas con la actividad reglada, que se complementan con los supuestos establecidos en las normas especiales.

El objetivo del presente trabajo es analizar la reforma introducida por esa norma y las que se dictaron posteriormente. El estudio, por lo tanto, se circunscribe a la redacción actual del art. 10 LNPA (con la modificación introducida por el art. 31 de la Ley 27.742) al Decreto Reglamentario 1.759/72 t.o. 2017 (RNPA), con las reformas introducidas por el Decreto 695/2024 y a la Decisión Administrativa 836/2024 de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

2. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

2.1. *Algunas consideraciones preliminares sobre el silencio*

El silencio, por sí mismo, constituye un hecho neutro, y por ello equívoco y susceptible de varias interpretaciones o asignaciones de sentido. Es por ello que, en virtud del mismo, no puede inferirse un determinado significado¹. Esta situación si la trasladamos al ámbito de las relaciones jurídicas claramente genera incertidumbre. Fue así que los distintos ordenamientos se ocuparon de darle un tratamiento específico al silencio, dotándolo de relevancia jurídica en determinados supuestos (bien *ex lege* o *ex voluntate*) y se buscaba, principalmente, dar seguridad a las relaciones jurídicas.

En el derecho romano, el jurisconsulto Paulo sostuvo que quien calla ciertamente no confiesa, pero sin embargo es verdad que no niega². Se señaló en doctrina que esta postura escéptica y razonable indignó en su momento a los juristas acostumbrados al apoyo de la autoridad romana porque el texto –que consideraban como dubitativo y ambiguo– distaba de ser una máxima o un principio cierto³.

Luego, en las Partidas, esta regla del derecho romano se traduce por “Otrosi dixieron que aquel que calla, non se entiende que siempre otorga lo quel dicen, maguer non responda: mas esto es verdat que non niega lo que oye”⁴. La incertidumbre persistía y el ordenamiento parecía realizar más un análisis objetivo que establecer una regla de conducta o determinar consecuencias jurídicas para determinados hechos. Parecería ser que el silencio llamaba la atención jurídica, pero faltaba la contundencia normativa.

En el derecho canónico, en la obra del Papa Bonifacio VIII, nos encontramos con la regla “El que calla pudiendo y debiendo hablar parece consentir”⁵ y con otra regla, contradictoria con la anterior, que rezaba así: “El que calla no

1 TOBIÁS, José W., “Comentario al art. 263”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código civil y comercial comentado: tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 226 y ss. En todo caso, en el derecho administrativo, el silencio evidencia un incumplimiento de los deberes propios de los funcionarios y de los agentes públicos que, por su pasividad, hicieron incurrir a la administración en ese como hecho antijurídico.

2 Digesto 50, 17, 142: “*Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare*”.

3 DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 68 y ss.

4 Las siete partidas, edición de 1807 de la Imprenta Real, Tomo III, Partida VII, Ley XIII, Título XXXIII, p. 727, en www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2021-217 (24/08/2024).

5 Liber Sextus Decretalium 5.12.43: “*qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit et debuit*” que se suele citar simplemente como “*qui tacet, consentire videtur*” y traducir popularmente como “quien calla, otorga”.

confiesa, pero ciertamente parece no negar”⁶. Esta última reproduce la regla citada del Digesto, con variantes en su formulación.

Al respecto se sostuvo que estamos en presencia de dos normas de interpretación contradictorias entre sí, porque “...en la primera, callar implica una declaración positiva de consentimiento...” y, en la segunda, “... tiene un valor neutro y será la ley o el intérprete quien establezca una significación, afirmativa o negativa”. Sin perjuicio de ello, se destacó que ambas reglas, contenidas en el Corpus Iuris Canonici, adquirieron en su momento valor oficial, puntualizando que “Se convirtieron en reglas jurídicas que el legislador canónico incorporó a su ordenamiento para que sirvieran de guía al intérprete de los cánones y de las Decretales”⁷.

Vemos así las dificultades que entrañaba otorgarle relevancia jurídica y sentido al silencio desde el derecho porque, esta guía de interpretación abría la posibilidad de interpretaciones contradictorias y de aplicación diferenciada en los distintos ámbitos del derecho y en los casos concretos.

Sin embargo, en la doctrina posterior a estas regulaciones, se advirtió sobre la conducta de quien calla cuando lo hace existiendo una previa relación con otra persona; destacando que el silencio, por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y que *de la nada* no cabe sacar ninguna consecuencia positiva. Podrá adquirir valor significativo, pero sólo en conexión con otros hechos o actos y como parte de una compleja conducta expresiva⁸.

En nuestro orden, el silencio puede carecer de trascendencia jurídica toda vez que, por regla general, el mismo frente a actos previos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad. La excepción se da en los casos en los que existe un *deber de expedirse*; sea que este surja de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 263 Código Civil y Comercial de la Nación).

De esta manera, la neutralidad del silencio no es un impedimento para que, unido a comportamientos o declaraciones precedentes o por disposición de la ley o de la costumbre, o por haberlo acordado las partes, se lo considere como manifestación de voluntad y se le otorgue un determinado sentido.

La excepción la encontramos en el Derecho Penal donde “...el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo son normas internacionales que subyacen a la noción del proceso equitativo”⁹, garantía que también se encuentra en el art.

6 Liber Sextus Decretalium 5.12.44: “is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur”.

7 TOMÁS MARTINEZ, Gema, “Fuentes jurídicas del principio “*qui tacet, consentire videtur*”. Realidad jurídica versus realidad social”, *Revue internationale des droits de l'antiquité* N° 50, 2003, p. 386.

8 DE CASTRO Y BRAVO, ya cit., p. 69.

9 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Saunders v. Reino Unido”, 17/12/1996, y “McGuinness c. Irlanda”, 21/12/2000.

18 CN. Ya veremos que esta norma, en el Derecho Administrativo, en conjunto con el art. 14 CN, imponen el deber de la Administración de expedirse frente a peticiones del particular; pero, tal como señalamos, en el Derecho Penal es fuente del derecho del imputado a guardar silencio y que el mismo no sea interpretado en su contra.

Vale destacar que, el desarrollo normativo que el silencio tuvo en el ámbito del derecho privado, y las interpretaciones que se realizaron del mismo, representaron una construcción jurídica basada, necesariamente, en el ideal de justicia de un momento determinado. Por lo tanto, y si bien no fueron establecidas para aplicarse al derecho público, nada obsta para que su aplicación se extienda a esa rama del derecho, cuyas normas y soluciones también deben buscar la realización de este ideal pero, obviamente, con las correcciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina¹⁰.

2.2. *El silencio desde el Derecho Administrativo: fundamentos jurídicos*

Respecto al *deber de expedirse* que habíamos señalado, si lo analizamos desde la Administración Pública, notamos que el mismo tiene como fundamento principal el bloque normativo conformado por la Constitución Nacional (arts. 14 y 18) y por los tratados internacionales de igual jerarquía. A su vez, podemos encontrar fuentes normativas del deber de expedirse no solo en la LNPA y su reglamentación sino que, también, en la Ley 25.188¹¹ y el Decreto 229/2000¹².

En doctrina se resaltó que: “No decidir o decidir fuera de plazo constituyen actos irregulares de la Administración que perjudican al administrado y atentan contra la eficacia de aquella”¹³. Eficacia que, es importante destacar, ahora tiene su reconocimiento positivo expreso como principio fundamental del procedimiento en el art. 1° *bis*, inc. c, LNPA.

10 CSJN, “Ganadera Los Lagos S.A.”, Fallos: 190:142 –2° Edición 190:98– (1941).

11 La Ley 25.188 de Ética Pública, en el art. 2, inciso e, establece la obligación de todos aquellos que ejerzan la función pública de cumplir con el deber de “...fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan...”. El silencio, cualquiera que fuere la naturaleza jurídica que se le dé al mismo, evidencia un incumplimiento inicial a su deber de ejercer la competencia, la falta total de fundamentación por parte de la Administración. El silencio no debe ser un recurso válido cuando la Administración es requerida para resolver una petición en concreto.

12 El Decreto 229/2000 implementa el “Programa carta compromiso con el ciudadano”. Este Programa tiene por objeto lograr una mayor recepción y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional, entre ellos el derecho a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias (art. 3°, inc. i).

13 HUTCHINSON, Tomás, “La morosidad administrativa y la solución legal del amparo por mora”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP N° 21, pp. 8-9.

Se sostuvo, asimismo, que el deber de resolver es un verdadero principio general del derecho; que no se circunscribe a los jueces, sino que se extiende a toda la administración frente a las peticiones de los ciudadanos¹⁴; porque el deber de expedirse, en definitiva, está relacionado con la obligación de la Administración de ejercer la competencia.

Podemos agregar a lo expuesto que, en este ámbito del derecho, la atribución de sentido al silencio siempre debe tener por finalidad tutelar los intereses legítimos del particular que se ve afectado por la inactividad de la Administración, de igual modo debe servir al cumplimiento del fin último del Estado que es la tutela de interés público.

Estas son, a grandes rasgos, las características propias que tiene el silencio en el derecho administrativo y es por ello que se afirma que el simple silencio de la Administración no puede ser considerado como una manifestación de voluntad¹⁵, es el ordenamiento positivo que, bajo determinados requisitos, le otorga un sentido específico¹⁶. El silencio, en todo caso, evidencia la omisión de la autoridad de resolver, de ejercer su competencia y, por lo tanto, implica una omisión ilícita; pero, nunca podría –por sí mismo– adquirir sentido o significado alguno desprovisto de lo expresamente establecido en el ordenamiento y, aun así, agrego, el sentido que el ordenamiento le otorgue al silencio no podría ir en contra del principio de legalidad en sentido amplio: comprensivo de la ley positiva, la razonabilidad y la justicia.

Con certeza se señaló que la estructura de la LNPA está regida por la concepción principialista del derecho que otorga prevalencia a los principios generales del derecho sobre el ordenamiento legal, potenciando el papel de los jueces en la interpretación de sus prescripciones conforme al clásico principio de legalidad que comprende no solo el respeto de la ley positiva, sino también de los principios de razonabilidad (y, por ende, asimismo, de proporcionalidad) y de justicia, particularmente los de la tutela administrativa y judicial efectivas¹⁷.

Esto nos lleva a otra característica que tiene el silencio en el derecho público: su configuración depende de la previa existencia de otro hecho que es la petición ante la Administración. Esta petición generalmente es realizada por un particular ajeno a la estructura de la misma pero, incluso, la podrían realizar los mismos agentes públicos¹⁸ y dar así inicio a un procedimiento administrativo

14 CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 267.

15 CSJN, Fallos: 316:1025 (1993) y 321:1784 (1998).

16 ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, p. 229 y ss.

17 CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA* 2024-155, p. 298.

18 CN CAF, Sala I, “Fiscalía General Cámara Nac. Apel. Comercial”, 29/08/2023, causa 31.698/2009. El incidente que resuelve la sentencia citada se vinculaba con el pedido de

determinado. El silencio de la Administración no se puede dimensionar correctamente sino se lo analiza desde el instituto del procedimiento administrativo y los principios que rigen al mismo.

2.3. *El procedimiento y la tutela administrativa efectiva: vínculo con el silencio*

Las peticiones que se realicen ante la Administración se deben canalizar por un procedimiento administrativo donde adquiere relevancia la tutela administrativa efectiva que, ahora con la reforma introducida por la Ley 27.742, se regula como principio fundamental del mismo¹⁹.

Sabemos que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye un elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado²⁰. De esta definición extraemos su fin último que es la “satisfacción directa e inmediata del interés público”; pero, a su vez, el procedimiento administrativo es un *instrumento al servicio de la transformación social*²¹. A la par, cumple con otras dos finalidades más tradicionales: por un lado, funciona como garantía de tutela de los derechos de los administrados y, por otro lado, es un instituto que hace al control de la función administrativa²²; y, para lograr con su finalidad de garantía, es necesario que el procedimiento administrativo sea un reflejo del principio de la tutela administrativa efectiva.

El antecedente remoto de este principio viene desde el derecho procesal; que surgió, a su vez, como derivación argumental de la garantía de defensa en juicio. En su evolución posterior esta garantía se fue completando con otros derechos, garantías e institutos jurídicos, como es el debido proceso adjetivo (*due*

autorización (Decreto 411/80) que agentes públicos habían realizado para consentir una sentencia judicial de primera instancia. Es muy interesante el voto en disidencia de la Jueza Clara María do Pico cuando sostiene que “...aun cuando la providencia de la Dirección General de Asuntos Jurídicos habría entendido el silencio de la “Superioridad” como una “conformidad para no articular el recurso de apelación”, lo cierto es que, sin una autorización expresa, los representantes del Estado Nacional no se encontraban facultados a desistir del juicio”.

19 LNPA, art. 1º *bis*, inc. a).

20 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo: Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 124-5.

21 SAMMARTINO, Patricio M. E., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 324.

22 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T. II, p. 3.

process of law), proveniente del derecho anglosajón²³, el derecho a la jurisdicción y el principio de tutela judicial efectiva²⁴.

De similar forma, en nuestro ámbito normativo, la tutela administrativa efectiva se extrae del art. 18 CN y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional: arts. XVIII y XXIV de la DADDH, Arts. 8 y 10 de la DUDH, arts. 8 y 25 de la CADH, arts. 2, inc. 3, ap. a) y b), y 14, inc. 1, del PIDCP. Esto fue reconocido por la CSJN en el caso “Astorga Bratch”²⁵ donde, además de las fuentes normativas, se sostuvo que la tutela administrativa efectiva supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas una decisión útil relativa a los derechos de los particulares. Esto requiere, por sobre todas las cosas, en palabras de la Corte Suprema, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino por medio de un procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada.

Previo a esta decisión, ya la Corte IDH se había expresado en el caso “Baena”²⁶ donde se afirmó que correspondía la aplicación directa de las garantías convencionales a la actividad administrativa desplegada por las autoridades públicas de cada Estado parte del tratado.

En base a este marco normativo y jurisprudencial es que se sostiene, hasta donde llegó, de forma unánime, que el procedimiento administrativo debe evidenciar el respeto a la debida tutela administrativa, lo cual implica, que se debe garantizar al particular, como mínimo, el acceso (derecho a ser oído), la participación (ofrecer, producir y alegar sobre la prueba), la obtención de una decisión útil y fundada y la posibilidad de impugnar la misma. Agregó a ello que, en la actualidad, el procedimiento administrativo también debe posibilitar al particular su utilización para prevenir daños.

El silencio como instituto que, por ficción procesal o por efectos sustanciales, opera como una conclusión del procedimiento no puede ser ajeno a sus finalidades, principios y papel trascendental que cumple dentro del Derecho Administrativo.

23 LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 17 y ss. y, también, GÓMEZ LARA, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, T. II, p. 345.

24 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 626.

25 CSJN, Fallos: 327:4185 (2004), consid. 6° y 7°.

26 Corte IDH, “Baena, Ricardo y otros Vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párr. 124 y ss.

2.4. *El silencio de la Administración como ilícito*

Prefiero no referirme a las naturalezas jurídicas porque, entiendo, que existen conveniencias de categorías dogmáticas que los intérpretes adoptan para construir sus argumentos. Y, en este punto, sostengo que el silencio de la Administración configura un ilícito, un quiebre del orden normativo, que dispara dos consecuencias principales. Por un lado, faculta al particular a otorgar sentido al silencio que puede tener efectos sustanciales o procesales; y, en segundo lugar, debería generar consecuencias disciplinarias e indemnizatorias por la afectación de los fondos públicos que se comprometen por la inactividad ilícita.

La reforma que estamos analizando avanza sobre la consecuencia señalada en primer lugar, pero nada –o muy poco– regula sobre lo segundo. Y esto es una crítica porque, ante el desprecio por el orden normativo, debe surgir una consecuencia que restablezca la vigencia del mismo, sino difícilmente los agentes públicos y funcionarios encuentren algún tipo de motivación para cumplir con lo establecido en el orden jurídico. De todas maneras, no podemos analizar al silencio como la regla de la función administrativa, la regla es que la Administración se expida.

El ilícito ocurre porque, claramente, el art. 14 CN –que reconoce el derecho de los particulares a peticionar a las autoridades– lleva implícito el derecho a obtener una respuesta por parte de las mismas²⁷. La Administración tiene el deber constitucional y convencional de pronunciarse expresamente sobre la petición del administrado; quien, a su vez, tiene el derecho de obtener una decisión útil y fundada. Son dos caras de una misma moneda²⁸.

Tal es el carácter de deber calificado que pesa sobre la Administración –por ejercicio obligatorio de su competencia– que el particular podría, si así lo quisiera, requerir su cumplimiento iniciando un proceso judicial de amparo por mora para que una autoridad judicial intime a la Administración a expedirse, en un plazo razonable fijado al efecto, bajo apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del particular. Al margen, obviamente, del eventual trámite en sede administrativa que también podría continuar el particular con el recurso de queja en los términos del art. 71 RNPA, en los casos que fuera procedente.

Ahora bien, este ilícito no es objetivo y pueden existir diversos motivos por los cuales la Administración no resuelva, pueden suceder situaciones que encuadren en un caso fortuito o fuerza mayor, o que impliquen una situación de cumplimiento imposible o que el mismo se vea justificado en la demora.

De todas maneras, no cualquier situación opera como justificación de la inactividad de la Administración en un caso determinado siendo relevante la prueba

27 GORDILLO, Agustín y DANIELLE, Mabel, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 147.

28 ISABELLA, Diego Paulo, *Silencio administrativo y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2022, p. 18.

de esas circunstancias particulares. Es importante recordar que, con relación a la Administración Pública, se resolvió que “... resulta inoponible al administrado la invocación del cúmulo de tareas o la complejidad de la decisión, sin acreditar –al mismo tiempo– las circunstancias excepcionales que impidan el eficiente y efectivo despliegue de sus recursos, ya que el volumen y la complejidad son dos características involucradas en la función administrativa”²⁹.

Al respecto, también se sostuvo que “... los argumentos esgrimidos referidos a la existencia de trabas burocráticas, intervención de varios organismos, deficiente agregación de escritos y a la necesidad del otorgamiento de sucesivas vistas y traslados a las partes por la índole de la cuestión debatida, no son idóneas para dispensar la morosidad de la autoridad administrativa, por serle inoponibles al administrado y haberse vencido notoriamente los plazos legales fijados al efecto...”³⁰.

Independientemente del motivo que fuera lo cierto es que, ante la falta de justificación, el particular no puede tener un mayor perjuicio que el ya generado por la inactividad de la Administración. Es por ello que, en el Derecho Administrativo, cuando el legislador opta por otorgarle un sentido al silencio lo hace siempre con la finalidad de brindar tutela a los particulares que se ven afectados en su primer derecho a obtener una decisión expresa por parte de las autoridades.

Tenemos, entonces, este deber constitucional y convencional de la Administración de resolver las peticiones presentan los particulares y de emitir una decisión útil y fundada, que surja como conclusión de un procedimiento conducido de forma legal. En ese marco, cuando se presenta el silencio, estamos ante un incumplimiento de un deber propio de la Administración, nos encontramos con un quebrantamiento del orden normativo –donde claramente está faltando la línea disciplinaria para restaurar la vigencia normativa– y la respuesta del legislador, en cuanto regulación del silencio, debe buscar tutelar los intereses legítimos afectados de los particulares.

La CSJN ya rechazó la legitimidad de determinadas normas que regulaban el silencio de la Administración y premiaban la inactividad de la misma, en contra de los intereses del particular afectado³¹. Y, también, se resolvió respecto a la arbitrariedad de las decisiones judiciales que respaldaban estas normas y que no ponderaban la actitud del administrado que puso en conocimiento de la Administración que su petición no había sido resuelta. Por ello, nuestro Máximo Tribunal fue claro respecto a que, la inactividad administrativa, nunca podría perjudicar al particular

29 CN CAF, Sala IV, “Belgrano, Lucio Gastón”, 17/5/22, Causa 525/2022; Sala IV, “Metalúrgica Duroll SRL”, 30/04/2024, Causa 47028/2023. En similar sentido, Cámara Federal de Córdoba, Sala A, “Tubos Trans Electric S.A.”, 22/12/2023, Causa 40616/2022.

30 CN CAF, Sala III, “Cooperativa de Trabajo 4 de septiembre Ltda.”, 10/11/91, Diario La Ley 23/4/1992.

31 CSJN, “Colegio Bioquímico del Chaco”, Fallos: 316:2477 (1993) y, también, “Galián, Edgar”, Fallos: 300:1292 (1978).

ni la interpretación de las normas podría desconocer el principio *in dubio pro actione*, rector en materia de habilitación de la instancia judicial³².

En efecto, tal como se señaló en doctrina, de poco serviría imponerle una carga al administrado que no cuenta con los medios para evitar, o por lo menos atenuar, los efectos de la inactividad administrativa³³. Estos argumentos se ven reforzados, desde lo normativo, con la reciente reforma impuesta por la Ley 27.742. En ese marco, cuando la Administración incumple con su deber de resolver y de expedirse sobre una petición en concreto, es cuando emerge la facultad del particular de solicitar que se le asigne algún sentido a ese silencio. Ya sea como garantía para poder acceder a la instancia judicial o, tal como quedó regulado con la reciente modificación, que el mismo tenga efectos sustanciales operando como un equivalente funcional del acto administrativo en los casos de peticiones vinculadas con actividad reglada.

3. REGULACIÓN DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. Marco normativo previo a la Ley 27.742

La Ley 19.549, en su redacción anterior, facultaba al particular a considerar denegada su petición ante el silencio de la Administración y lo habilitaba a recurrir a la instancia judicial. El instituto funcionaba como una tercera vía que se sumaba a la queja y al amparo por mora³⁴.

Un antecedente relevante de esta regulación lo encontramos en la ley francesa del 17 de julio de 1900. Allí se establecía que “...en aquellos contenciosos que no puedan llevarse al Consejo de Estado francés más que bajo la forma de un recurso contra una decisión administrativa, cuando haya pasado un plazo de 4 meses sin decisión, las partes interesadas podrán considerar su petición como rechazada y entonces presentarse ante el Consejo de Estado”. Esta Ley venía a generalizar una regla que ya había sido introducida por el Decreto de 2 de noviembre de 1864 relativo a los recursos de reposición ante los ministros³⁵.

Vemos como en la regulación que emerge en el siglo XX el sentido del silencio venía a operar como una ficción destinada a facilitar el acceso a la jurisdicción a aquellos particulares que se veían afectados por la inactividad de la Administración. Esto sucede por la tradicional configuración del contencioso

32 CSJN, Fallos: 312:1017; 313:83; 315:656; 316:2477 y 3231.

33 VINCENTI, Rogelio W., “El silencio de la administración” en HUTCHINSON, Tomás (dir.), Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 488.

34 GRECCO, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, *LL* 1980-C-777, p. 779.

35 AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de administración pública* N° 145, 1998, p. 332 y ss.

administrativo que tiene como fin entender en controversias generadas por un acto previo: la pretensión típica en este fuero es la impugnación o revisión de actos de la administración.

Ante ello, sin la solución que brinda otorgar sentido al silencio, la Administración podría eludir el control jurisdiccional con solo permanecer inactiva; en tal caso el particular afectado por la inactividad quedaba inerme ante ella, privado de toda garantía judicial³⁶. Esta particular situación también la resaltó nuestro Máximo Tribunal³⁷.

En la regulación previa a la reforma introducida por la Ley 27.742 la regla era el sentido negativo del silencio y, en cuanto a los efectos del mismo, se sostuvo que facilitaba al particular afectado para que proceda con la fiscalización y revisión ulterior, administrativa o judicial, de la inactividad administrativa³⁸. La doctrina puntualizaba que se trataba de una ficción legal de consecuencias esencialmente procesales³⁹; por lo tanto, no se trataba de un acto presunto ni de un acto consentido, sino de una ficción legal (*fictio iuris*) establecida normativamente en beneficio del particular que podía utilizarla si así lo deseaba.

A su vez, se establecía un plazo genérico de sesenta (60) días para que la Administración se pronunciara –sin perjuicio de los plazos diferentes que podían establecer las normas especiales–; vencido el plazo que correspondía, el interesado debía requerir pronto despacho y si transcurrían otros treinta (30) días sin producirse dicha resolución, se consideraba que había silencio de la Administración.

Ante este hecho, el particular podía considerar que el silencio de la administración implicaba un rechazo a su petición y así podía acceder a la instancia judicial para solicitar que se revoque la negativa. La CSJN había justificado esta regulación del legislador cuando sostuvo que, si para acceder a la vía jurisdiccional se requiriera un acto expreso, la autoridad administrativa podría impedir las demandas judiciales con sólo no resolver las peticiones que se le plantearan. Puntualizando que: “El instituto del silencio nació para evitar excesos en tal sentido, de modo que frente a la inactividad, el interesado cuenta con la facultad de recorrer la vía judicial como si hubiese una resolución expresa, aunque no exista”⁴⁰.

Esta línea argumental y decisora fue mantenida, luego, por la CSJN cuando comparte los fundamentos del Dictamen de la Procuración General de la Nación

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. I, p. 601.

37 CSJN, Fallos: 324:1405 (2001).

38 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentado, anotado y concordado con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, T.1, p. 196.

39 PERRINO, Pablo E., “El silencio administrativo en el Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, *ED, Revista de Derecho Administrativo*, T. 2005, p. 382.

40 CSJN, Fallos: 324:1405 (2001).

en el precedente “Biosystems S.A.”⁴¹, respecto a la inaplicabilidad del plazo de caducidad del art. 25 LNPA en la vía impugnatoria en los casos de silencio de la Administración.

3.2. *Modificaciones introducidas por la Ley 27.742*

El art. 10 LNPA fue sustituido por el art. 31 de la Ley 27.742 con vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina, que se realizó el 8 de julio de 2024. Esta disposición actualmente mantiene el sentido negativo del silencio como regla. Las excepciones se dan cuando una disposición expresa confiere sentido positivo al silencio y para los casos de pedidos de autorización que se vinculan con actividad reglada de la Administración, siempre que no versen sobre materias expresamente excluidas por la LNPA o que estemos ante un supuesto expresamente limitado por vía reglamentaria.

A su vez, se quita el pronto despacho del régimen anterior y se unifica en sesenta (60) días el plazo general que tiene la Administración para resolver. Por su parte, las normas especiales pueden establecer un plazo determinado para el pronunciamiento, siempre que fuera razonable, pero –en caso que no lo hicieran– aplica como un máximo el plazo general señalado. La norma finalmente establece que, vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración.

Este marco normativo se ve reforzado con las modificaciones que el Decreto 695/2024⁴² introdujo al Reglamento de procedimientos administrativos (Decreto 1759/72 T.O. 2017), donde el art. 63 establece que los trámites administrativos concluyen por resolución expresa, por silencio positivo, por caducidad o por desistimiento del procedimiento o del derecho.

(i) Casos de derecho comparado

Si analizamos algunos regímenes jurídicos europeos notamos que allí la reforma fue diferente porque se avanzó con el silencio positivo como regla. En el derecho comunitario el tema del efecto estimatorio por silencio de la Administración se comienza a insinuar con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. En el considerando 39 se señalaba que: “La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente”. Y, luego, en la parte dispositiva de la Directiva, se definía al “régimen de autorización”

41 CSJN, Fallos: 346:921 (2014).

42 Publicado en el B.O.R.A. el 5/8/2024 con vigencia a partir del día de su publicación.

como “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio” (art. 4º, inc. 6).

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que, esta línea de apertura del silencio positivo como alternativa válida, surgida desde la fuente normativa comunitaria, no era el reflejo de los antecedentes jurisprudenciales. Así podemos recordar lo resuelto en el caso “Chomel”⁴³ donde se sostuvo que el silencio guardado por la Administración, por “... lamentable que sea...”, no puede interpretarse como una confirmación de derechos a favor del interesado, así como tampoco puede considerarse como una seguridad concreta dada por la Administración.

En el Reino de España, si bien ya contaban con un marco normativo previo, en lo que hace al silencio de la administración, con las Leyes 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común (LPC), 4/1999 –que introdujo como regla el sentido positivo del silencio de la administración–, luego de la Directiva 2006/123/CE el legislador local realizó otros avances, con las leyes 17 y 25 de 2009 y 20/2013, que fueron plasmados luego en Ley 39/2015, del 1º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De esta manera, no se limitó a impulsar la regla del silencio positivo en el ámbito de las actividades de servicios que requerían autorización y que ya estaban contempladas por la Directiva 2006/123/CE (art. 6º de la Ley 17/2009), sino que la generalizó al procedimiento administrativo común. En la Ley 39/2015 se establece que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la regla general es el silencio positivo, y se contemplan algunas excepciones donde se otorga sentido negativo del silencio⁴⁴.

En Italia recién en 2005 se implementa el sentido positivo al silencio de la administración. Antes, la ley 241/1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos, había establecido algunas normas para tratar evitar la inactividad de la administración, por ejemplo, con la introducción del deber de la administración de concluir los procedimientos con resolución expresa (art. 2.1) que debía adoptarse dentro del plazo expresamente previsto (art. 2.2). A su vez, se estableció que, mediante reglamento, en el plazo de 90 días desde la entrada en vigencia de la ley, previo informe a la Comisión parlamentaria competente, el Gobierno determinaría los casos de silencio positivo (art. 20).

Sin perjuicio de ello, fue recién con la modificación que la Ley 80/2005 introduce al art. 20 que se contempló el efecto estimatorio del silencio, a la

43 Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), sentencia del 27 de marzo de 1992, IEJ ECLI:EU:T:1990:24.

44 SANTISTEBAN, Xabier Arzoz, *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 397.

finalización del plazo para resolver, en relación con las solicitudes de autorización u otros actos de consentimiento, salvo en una serie de materias: patrimonio cultural, medio ambiente, defensa nacional, seguridad pública e inmigración, sanidad y todas aquellas en que una Ley disponga el efecto desestimatorio⁴⁵.

En Francia el legislador optó por cambiar radicalmente la regulación convirtiendo en regla al sentido positivo del silencio de la administración y al silencio negativo en excepción mediante la Ley 2013-1005 del 12 de noviembre de 2013. Se sostuvo que esta norma parecía revolucionar las antiguas concepciones relativas al acto presunto al afirmar que desde ahora “el silencio mantenido durante dos meses por la administración sobre una petición tiene valor de aceptación”⁴⁶.

En nuestro ámbito, con la reforma implementada por la Ley 27.742, la regla sigue siendo el sentido negativo del silencio de la administración. La novedad, tal como señalé, está en el plazo toda vez que se suprime la exigencia de interponer pronto despacho y aguardar treinta (30) días más. Con la actual reforma, el plazo que debe esperar el administrado se reduce a sesenta (60) días y, luego del mismo, ya puede optar por tener por configurado el silencio de la administración.

Ello sin perjuicio del plazo que pudieran establecer las normas especiales que, en caso que sea menor, el particular podrá tener por configurado antes el silencio y, en caso que sea mayor, deberá aguardar al cumplimiento del plazo. En este último supuesto, la validez de la norma que establezca un plazo mayor estará condicionada a la razonabilidad del mismo, en virtud de la complejidad del tema que debe resolver la Administración.

(ii) *El sentido positivo del silencio de la Administración*

La reforma incorpora al art. 10 LNPA la aplicación general del silencio con sentido positivo para determinadas autorizaciones administrativas. Además, establece expresamente las materias excluidas y posibilita la incorporación de otros

45 CORSO, Guido, “Administrative Procedures: Twenty Years On”, *Italian Journal of Public Law*, No. 2, 2010, p. 273-289. Sobre el texto anterior de la Ley 241/1990 se puede consultar la traducción de FANLO LORAS, Antonio, “La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, N° 124, 1991, pp. 461-478.

46 DESPRAIRIES, Armand, “El silencio administrativo positivo en el derecho francés: Estudio desde la perspectiva de la reforma del 12 de noviembre de 2013”, *Administración & Ciudadanía* Vol. 11, N° 1, 2016, p. 271. Un análisis crítico de la reforma se puede consultar en el trabajo de DEGUERGUE, Maryse, “Le silence de l’Administration en droit administratif français”, publicado en *Les Cahiers de droit*, Vol. 56, N° 3-4, 2015, pp. 389-410, donde la autora sostiene que, si bien la reforma fue presentada como simplificadora y favorable a los administrados, está impregnada de complejidad y contradicciones. Sobre el panorama normativo previo a la reforma de 2013 se puede consultar el trabajo de MORENO MOLINA, Ángel Manuel, “El régimen del silencio de la Administración en Francia”, en PAREJO ALFONSO, Luciano José (coord.), *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 33-68.

supuestos de exclusión por vía reglamentaria. A su vez, el art. 2º del Decreto 695/2024 establece que los procedimientos administrativos regulados en normas especiales, que contemplan la aplicación del silencio con efecto positivo, continuarán rigiéndose por sus respectivas normas y mantendrán plena operatividad.

A raíz de estos supuestos especiales de regulación es importante recordar que la atribución de sentido positivo al silencio de la Administración no es novedosa en nuestro medio⁴⁷. El texto anterior de la norma –al igual que la actual– establecía que podía acordarse sentido positivo al silencio solo mediando disposición expresa al efecto y fue así que, previo a la reforma, ya contábamos con supuestos especiales de silencio positivo, algunos se mantienen en la actualidad y otros tuvieron algunas modificaciones.

(iii) Supuestos especiales de silencio positivo

Así nos encontramos en nuestro ordenamiento con diversos casos donde el sentido positivo es la respuesta jurídica frente a la inactividad de la Administración. Un supuesto especial lo encontramos en el art. 62 de la Ley 26.522. Esta norma establece, respecto a la autorización de redes, que: “La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual dispondrá de sesenta (60) días hábiles para expedirse sobre la solicitud. En caso de silencio de la administración se tendrá por conferida la autorización si la presentación contara con la totalidad de los elementos requeridos”.

Otro ejemplo lo podemos ubicar en la regulación de las autorizaciones para la realización de trabajo aéreo. El art. 16 del Anexo I del Decreto 599/2024 establece que transcurrido el plazo de quince (15) días hábiles, sin que la autoridad aeronáutica hubiere formulado objeción alguna ni se hubiere pronunciado respecto de la presentación –conforme lo establecido en el art. 15 de esa norma–, el interesado podrá requerir pronto despacho y que, si transcurren cinco (5) días hábiles más sin que hubiere pronunciamiento por parte de la autoridad aeronáutica, “...la solicitud se considerará aprobada y la autoridad deberá emitir en forma automática/digital el Certificado de Explotador de Trabajo Aéreo (CETA), en los términos de la solicitud del peticionante, quien previo a comenzar con las prestaciones, deberá acreditar la contratación de los seguros de ley correspondientes”.

También ubicamos otro supuesto especial de silencio positivo en la aceptación tácita de la renuncia de los funcionarios nacionales. El art. 22 de la Ley 25.164 establece que la renuncia es el derecho a concluir la relación de empleo produciéndose la baja automática del agente a los treinta (30) días corridos de su presentación, si con anterioridad no hubiera sido aceptada por autoridad competente. Puntualizando, además, que la aceptación de la renuncia puede ser dejada

47 GRECCO, Carlos Manuel, “Disciplina del silencio administrativo en el marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural”, RC D 834/2014.

en suspenso, por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos, si al momento de presentar la renuncia el agente se encontraba involucrado en una investigación sumarial.

Otro ejemplo de silencio positivo que teníamos en nuestro ordenamiento era respecto a las autorizaciones para la realización de transporte aéreo de pasajeros no regulares. El Decreto 1470/1997 establecía que la autoridad debía expedirse a los diez (10) días hábiles de efectuada la presentación por el particular y que: “En caso de no existir pronunciamiento, se considerará automáticamente concedido el permiso”. Ahora, con la reforma efectuada por el Decreto 599/2024, el sentido positivo del silencio se mantiene, pero con diferente regulación en cuanto a su configuración. La Subsecretaría de Transporte Aéreo, dentro del plazo treinta (30) días corridos desde la presentación digital, debe expedirse mediante resolución expresa sobre los servicios propuestos por el particular (art. 7°).

Transcurrido el plazo sin que la autoridad aerocomercial hubiere formulado objeción alguna ni se hubiere pronunciado respecto de la presentación, el interesado podrá requerir pronto despacho. Si luego de la presentación del mismo transcurren quince (15) días corridos más, sin que hubiere pronunciamiento por parte de la autoridad, “...la solicitud se considerará aprobada y deberá emitirse en forma automática y digital la autorización aerocomercial en los términos de la solicitud del peticionante, quien, previo a comenzar con las prestaciones, deberá acreditar la contratación de los seguros de ley correspondientes y requerir la aprobación operativa de las programaciones por parte de la autoridad competente” (art. 8°).

Un último ejemplo lo podemos encontrar en la Ley 27.442, en lo que hace a la falta de pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas. El art. 14 establece que dentro de los cuarenta y cinco (45) días, prorrogables por hasta ciento veinte (120) días adicionales, de presentada la información y antecedentes de modo completo y correcto, la autoridad debe emitir la correspondiente resolución fundada.

Transcurrido ese plazo sin mediar resolución al respecto, el art. 15 establece que la operación se tendrá por autorizada tácitamente; puntualizando que esa autorización tácita producirá, en todos los casos, los mismos efectos legales que la autorización expresa.

Ahora con la reforma introducida por la Ley 27.742, además de estos supuestos expresos establecidos en normas especiales, el inc. *b* del art. 10 LNPA establece que, en los casos en los que fueran necesarias autorizaciones administrativas para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto, siempre que se trate del ejercicio de una facultad reglada, se podrá otorgar sentido positivo al silencio de la Administración. Sin embargo, esta regulación está sujeta a varias restricciones.

(iv) *Procedimiento aplicable al silencio positivo para autorizaciones*

Una primera limitación que quiero resaltar, y que surge de la reglamentación del silencio positivo, es que los supuestos específicamente contemplados deben tramitar íntegramente en formato digital, a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD), o la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos (art. 65 *ter* RNPA). Se excluye de esta manera la posibilidad de casos de silencio positivo en expedientes que todavía tramitan en soporte físico papel.

Con esta exclusividad, la regulación del silencio positivo busca automatizar el cumplimiento de las exigencias reglamentarias aplicables. A ese fin se establece que, en las plataformas del trámite correspondiente, se deben indicar las condiciones necesarias para obtener la autorización, la aplicación del silencio con efecto positivo y el plazo para que el mismo se tenga por configurado. Por su parte, en garantía de los derechos del particular, se regular que la falta de indicación de los recaudos antes indicados no impedirá la invocación del efecto positivo del silencio.

Tengamos en cuenta que el margen del silencio positivo quedó acotado a los procedimientos de autorizaciones regladas, es decir que, previamente, existe un marco normativo que establece los requisitos que el particular debe cumplir para que se otorgue la autorización.

La reglamentación (art. 65 *ter* RNPA) aclara que, una vez presentado el pedido de autorización, si la autoridad competente advierte que la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones previstas en la normativa aplicable, deberá solicitar al requirente para que, dentro del plazo de diez (10) días, acompañe los elementos o datos faltantes que se encuentren a cargo del particular. Puntualizando que, en dicho supuesto, el plazo para resolver quedará suspendido a partir de la notificación del requerimiento efectuado y hasta tanto se dé cumplimiento a lo solicitado. La norma tipifica como “falta grave” del agente responsable la omisión de esta notificación al administrado, lo cual podría dar inicio a eventuales sumarios administrativos.

Por su parte, el art. 65 *quater* RNPA establece que, cumplido el plazo correspondiente, así como las condiciones previstas reglamentaria o normativamente para el otorgamiento de la autorización administrativa, se configurará el silencio con sentido positivo. Ante ello, el interesado podrá tramitar la inscripción registral, emisión del certificado o autorización correspondiente, la que deberá ser otorgada en un plazo no mayor a quince (15) días.

Finalmente, en el último párrafo del art. 65 *ter* RNPA, se establece que no se computará el plazo a los efectos de la configuración del silencio con sentido positivo en los supuestos donde el particular ingresa su solicitud de autorización ante una autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto para su pretensión. En estos casos la administración debe remitirlo a la autoridad pertinente.

(v) Limitaciones a la configuración del sentido positivo del silencio

Tal como vimos, el silencio positivo regulado en el inc. *b* del art. 10 LNPA quedó limitado a que la petición se vincule con un pedido de autorización y que conceder la misma –o no hacerlo– implique el ejercicio de una actividad reglada de la Administración.

Más allá de la posición que se adopte, respecto a una mayor o menor apertura del silencio positivo, la norma no genera discusión en este punto. La doctrina ya había resaltado que, en estos supuestos de actividad reglada, la autorización final solo cumple con la función de posibilitar el ejercicio de un derecho preexistente, a diferencia de las otras autorizaciones que surgen como ejercicio de actividad discrecional de la Administración o de aquellas que están sujetas a condición, término o modo, donde “...no hay propiamente un derecho preexistente, sino, como mucho, intereses legítimos o derechos condicionados”⁴⁸. La reforma solo apunta a reconocer efectos positivos al silencio en los casos que se trate de actividad reglada y que el particular pueda acreditar que tenía un derecho preexistente.

A su vez, se establece que la petición debe estar vinculada necesariamente con un pedido de autorización administrativa, no cualquier tipo de conformidad o de trámite y, mucho menos, con un permiso administrativo. El art. 65 *bis* RNPA puntualiza que el *nomen juris* que se le dé al acto será indistinto a efectos de su calificación como autorización y establece que se entenderá por “autorización administrativa” al acto mediante el cual la administración habilita el ejercicio de un derecho preexistente del administrado una vez verificado el cumplimiento de las condiciones para su dictado.

Respecto a estas dos figuras jurídicas se sostuvo que: “La distinción viene dada [...] por la circunstancia de que mientras en la autorización la respectiva actividad no está prohibida, habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente, cuyo ejercicio se haya subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos, en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva”⁴⁹.

Vemos, entonces, como la reglamentación trata de aclarar supuestos que podrían generar alguna discusión y limita los casos excluyendo expresamente a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa; con lo cual queda en claro el margen marcadamente restrictivo impuesto por la

48 FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, “Reivindicación del silencio positivo. Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”, *Revista de administración pública* Nro. 127, 1992, p. 124.

49 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, T. II, p. 464.

reglamentación. Recordemos que, en la redacción actual de la LNPA, se faculta a la Administración para que, por vía reglamentaria⁵⁰, determine otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación el silencio positivo (art. 10, inc. *b*, segundo párrafo *in fine*, LNPA).

En segundo lugar, se establecen varias exclusiones al disponer que la autorización requerida no podrá estar vinculada con materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público. La excepción a estos supuestos solo puede surgir de una norma específica que le otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación no lo dice, pero debemos interpretar que la excepción se debe realizar por norma de igual jerarquía (ley); porque la reglamentación, si bien puede realizar modificaciones, estas tienen que ser necesariamente más restrictivas.

En este punto, se debe tener en cuenta que detrás de todas esas materias excluidas hay un claro interés público comprometido y, también, derechos de incidencia colectiva; ponderando que, cuando se regula sobre el sentido del silencio, se lo hace a fin de tutelar, en líneas generales, derechos individuales, la reforma es acertada en este aspecto.

Otra situación particular a destacar es que, similar a lo que acontece en el silencio negativo, no es automático. Otorgarle un sentido al silencio es una facultad del administrado y que surge una vez transcurrido el plazo que tiene la Administración para expedirse. De esta manera se establece que, configurado el silencio en sentido positivo, el interesado *podrá* exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa. Ahora bien, una vez que el particular lo exige, la Administración debe emitir la autorización, certificación o inscripción. No podría, a riesgo de incurrir en una nueva ilicitud, negarlo.

¿Qué pasa si, luego del requerimiento del particular, el agente a cargo de expediente nota que no se cumplen con todos los requisitos para emitir la autorización? En ese caso, considero que la Administración podría solicitar al particular que cumpla o que acredite las condiciones faltantes. Seguidamente, si en el plazo otorgado, el particular no cumple se podría negar la autorización.

Tengamos presente que, tal como está regulado, la configuración del sentido positivo depende del cumplimiento de dos hechos. Por un lado, depende del cumplimiento del plazo correspondiente sin que la Administración se expida y, por otro lado, de las condiciones previstas reglamentaria o normativamente para el otorgamiento de la autorización administrativa. Asimismo, se establece que en ningún caso el acto de autorización podrá implicar excepciones o incumplimientos

50 El art. 65 *quinqués* RNPA, respecto a la potestad reglamentaria tendiente a restringir los supuestos a los que se aplicará el silencio positivo, estableció que el Poder Ejecutivo Nacional podrá, previa solicitud de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con informe fundado de las áreas competentes, determinar supuestos específicos en los que no se aplicará el silencio positivo.

sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente, las que serán fiscalizadas y auditadas por las autoridades competentes (art. 65 *quater* RNPA).

Entiendo, de todas maneras, que esto es criticable en cierto punto porque se termina agregando un paso más para el particular y le da a la Administración una nueva oportunidad para controlar el procedimiento; pero, independientemente de si no gusta más o menos, es la forma en que la Administración decidió ejercer la facultad delegada por el legislador para restringir el instituto.

Finalmente, quiero señalar que el sentido que se le otorgue al silencio, o la interpretación que se haga del mismo, nunca debería ser algo favorable para la Administración que no cumple con su deber de expedirse. Ella nunca podría valerse de la configuración del sentido del silencio para argumentar que cumplió con su deber de manera tácita –por oposición a lo expreso– porque, en realidad, no cumplió; el silencio de la Administración es un ilícito, un quebrantamiento de la norma que no debería quedar sin consecuencias tendientes a restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la Administración podría intentar ejercer su competencia luego de configurado el silencio, y esto nos lleva al tema de los efectos sustanciales del sentido positivo del silencio y las resoluciones tardías.

(vi) Efectos del sentido positivo del silencio y las resoluciones tardías

La configuración del sentido positivo del silencio de la Administración, tal como está regulado, cumple con la función de concluir el procedimiento administrativo (art. 65 RNPA) que se inició con la petición de autorización realizada por el particular. A su vez, el art. 10, inc. *b*, LNPA establece que la estimación por silencio administrativo será considerada, a todos los efectos, como el acto administrativo finalizador del procedimiento; es decir, opera como un equivalente funcional del acto administrativo. Esto es importante porque, al vincularlo con el tema de las resoluciones tardías, adquiere relevancia práctica.

La doctrina en general sostenía que el silencio no impedía que la Administración se pronuncie luego de configurado el mismo⁵¹. Así se señalaba que “...en ningún momento desaparece para la Administración la facultad y obligación de resolver que la ley misma convierte en inexcusable deber...”; puntualizando que, al resolver, en ningún caso la Administración podía sentirse vinculada por el efecto preexistente producido por su propia conducta omisiva⁵².

En los casos de silencio negativo no había mayores dificultades porque si se revocaba el rechazo era una situación beneficiosa para el particular y, por otro lado, una confirmación del mismo llevaba, igualmente, al particular a la instancia

51 GRECCO, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, *LL* 1980-C-777, p. 784.

52 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 105.

judicial tal como lo hubiera hecho por silencio. Con la diferencia que, esta vez, el particular puede ejercer su derecho de defensa de manera más certera porque tiene el acto administrativo que va a impugnar, con todos sus fundamentos e, incluso, podría contar con el dictamen jurídico previo.

Las circunstancias cambiaban cuando el particular ya había iniciado la instancia judicial. En doctrina se aceptaba que, aun en estos casos, la Administración proceda con la emisión del acto expreso que revoque la negativa por silencio. Se decía que la única complejidad que presentaban estos casos era la eventual condena en costas que se podría aplicar a la Administración⁵³; porque, en definitiva, fue la inactividad ilícita de la Administración la que dio los motivos para el inicio del proceso judicial.

Sin embargo, en relación a ello, hay que tener en cuenta que el eventual ejercicio de la potestad administrativa de forma tardía, necesariamente, va a implicar que se emita un dictamen jurídico previo (art. 7º, inc. d, ap. ii, LNPA). Sería, entonces, aplicable la doctrina que indica que, cuando se plantea una cuestión sometida a decisión judicial, los demás poderes del Estado deben evitar emitir apreciaciones vinculadas con aquella y que los órganos de asesoramiento jurídico de la Administración Pública Nacional deben abstenerse de dictaminar en asuntos sometidos a resolución del Poder Judicial⁵⁴.

La situación es diversa en los casos de silencio positivo por los efectos sustanciales que trae el mismo. En España, por ejemplo, el art. 24.3 de la Ley 39/2015, de 1º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que la Administración puede dictar la resolución expresa luego de configurado el silencio. En los supuestos de silencio negativo, la Administración puede emitir la resolución expresa posterior sin vinculación alguna al sentido del silencio, es decir que puede confirmar o revocar el rechazo efectuado por silencio. En cambio, en los casos de silencio positivo, la resolución expresa posterior sólo podrá ser confirmatoria del mismo.

En nuestro ámbito, sin embargo, se sostuvo que seguía vigente la obligación de la Administración de resolver en forma expresa, aun después de la configuración del sentido positivo del silencio; puntualizando que: “Si la resolución tardía no pudiera alterar, al menos en principio, la situación precedentemente reconocida o denegada, carecería de toda razón y sentido práctico jurídico la obligación legal de resolver en forma expresa”⁵⁵. También se resaltó que “... el silencio de

53 SILVA TAMAYO, Gustavo E., “La conclusión del procedimiento administrativo en el orden nacional y local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con particular referencia al silencio administrativo”, *ED, Revista de Derecho Administrativo*, T. 2013, p. 800, cita digital ED-DCCLXXIV-246.

54 PTN, Dictámenes 201:121, 240:214, 245:231, 254:244 y 267:129, entre otros.

55 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 105.

la Administración no puede legalmente convertir en válido lo que la propia Ley declara que no lo es...”⁵⁶.

Al parecer esta es la impronta⁵⁷ que se quiso establecer con la reglamentación: como se trata de una actividad reglada el silencio tendrá sentido positivo, si y solo si, el particular cumple con todos los requisitos para obtener la autorización. En caso que no cumpla con todos los requisitos para obtener la autorización el particular no tendría un derecho previo a obtenerla y, por lo tanto, no podría obtener por silencio lo que una eventual resolución expresa le hubiera denegado.

Entonces, aun frente a la posibilidad configuración del silencio positivo por el cumplimiento del plazo, en un primer momento, la Administración podría negar la inscripción registral, la emisión del certificado o autorización correspondiente⁵⁸ o, en un segundo momento, si ya la hubiera otorgado, la podría revocar en sede administrativa por razones de ilegitimidad.

De todas maneras, la Administración podría realizar esta revocación siempre que no se hubiere notificado la inscripción, el certificado o la autorización correspondiente o, si fuere automático, el particular ya hubiera tomado conocimiento de la autorización por silencio. Si el particular ya está en conocimiento de la misma, considero que la Administración debe, más allá de hacérselo saber al particular, recurrir a la instancia judicial.

En otras palabras, si la Administración advierte, luego de configurado el silencio positivo, que la autorización otorgada va en contra del interés público o si se percató que en realidad el particular no cumplía con todos los requisitos para obtener la autorización, en primer lugar, debe informarlo al particular porque rige el principio

56 REYES MONTERREAL, José María, “Las resoluciones administrativas tardías”, *Revista de administración pública* N° 78, 1975, p. 303.

57 Tal como señalé, el art. 65 *bis* RNPA establece que se entenderá por *autorización administrativa* al acto mediante el cual la administración habilita el ejercicio de un *derecho preexistente del administrado* una vez verificado el cumplimiento de las condiciones para su dictado. Al parecer, la reglamentación busca limitar los casos de silencio positivo a aquellos supuestos donde el particular cumple con todas las condiciones establecidas en la norma para adquirir la autorización administrativa pero no lo logra solo por la inactividad de la Administración. El silencio positivo se configura entonces cuando se cumplen con dos requisitos: 1) paso del tiempo correspondiente sin que la Administración se expida y 2) cumplimiento por parte del particular de todas las condiciones establecidas en la norma para obtener la autorización correspondiente. Asimismo, se establece que “...en ningún caso el acto de autorización podrá implicar excepciones o incumplimientos sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente...” (art. 65 *quatér* RNPA).

58 Este problema ya se había presentado en España. La LPC de 1992 había añadido la obligación del interesado de solicitar la certificación del *acto presunto* producido por el silencio de la Administración, aclarando que este requerimiento era para lograr la *eficacia* del mismo. Se señaló en doctrina que esta solicitud jugó el papel de la antigua denuncia por mora, toda vez que la ley aceptaba la posibilidad de que en el plazo de veinte días que fijaba para expedir el certificado la Administración pudiera dictar la resolución expresa (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. I, p. 606).

de colaboración⁵⁹ y, quizás que, con la participación del particular, se pueda encauzar en la legalidad aquella autorización que nació en incumplimiento de la misma.

Luego, indefectiblemente, si la Administración considera que la situación jurídica creada por el silencio positivo adolece de vicios determinantes de su nulidad o implica un ilícito, será la Administración quien tendrá la carga de revisar de oficio el equivalente funcional al acto administrativo producido por el silencio (si hubiere nulidad de pleno derecho) o de declarar su lesividad e impugnarla en sede judicial. En el supuesto que el particular esté en conocimiento de la autorización por silencio se podrá, en todo caso, considerar como irregular la situación jurídica y el equivalente del acto podría ser revocado, pero solo en sede judicial a instancia de la Administración.

Es entendible la postura que sostiene que, en estos casos, el particular –como no reunía todos los requisitos previos para obtener la autorización– no tenía un derecho previo y, por lo tanto, no podía obtener la autorización por silencio ni por acto expreso. Entonces, en ese marco, la Administración podría revocar directamente en sede administrativa. Es entendible, insisto, pero no lo comparto.

Tal como está regulado, el sentido positivo del silencio cumple todos los efectos de un acto administrativo que concluye con el procedimiento. Por lo tanto, opera en los hechos, como un equivalente funcional del acto, al que le falta la *declaración* de la Administración en ejercicio de potestad administrativa; pero que, si bien no hizo nacer un derecho –el derecho ya lo tenía el particular (o lo debería haber tenido)–, la autorización administrativa otorgada por silencio generó efectos jurídicos directos e individuales respecto a terceros. La situación del particular mejoró en cuanto a la posibilidad de oponer frente a terceros la autorización lograda por silencio. Claramente para el particular no es lo mismo decir “tengo el derecho a una autorización porque reúno todos los requisitos exigidos por el ordenamiento” que tener la autorización de la Administración. Y, en ese supuesto, tampoco es lo mismo tener una autorización expresa que tener una autorización que se configuró por silencio.

La regulación del silencio positivo busca tutelar los derechos del particular afectado por la inactividad; pero, también, debe propender a generar seguridad y certeza jurídica sobre las relaciones jurídicas. Si la Administración puede incurrir en un ilícito (inactividad injustificada) y, luego, dejar sin efecto el mecanismo legal de tutela, la regulación del silencio pierde su sentido final que es proteger al particular frente a la omisión de la Administración en ejercer su competencia.

Por lo tanto, luego de configurado el silencio, si la inscripción ya se realizó, o se emitió el certificado o la autorización correspondiente y esto ya está en

59 SACRISTÁN, Estela B., “Principios general del procedimiento administrativo”, *Documentación Administrativa* N° 267-268, p. 271. Señala esta autora, con cita del precedente de la CSJN (Fallos: 308:633), que el particular concurre como colaborador en la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos.

conocimiento del particular o si ya se hubiera cumplido totalmente el objeto del acto generado por silencio, no es posible que la Administración proceda con su revocación, modificación o sustitución en sede administrativa. En estos supuestos la Administración deberá tratar de obtener su declaración de nulidad en sede judicial, salvo que la revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto favorezca al particular sin causar perjuicios a terceros y, siempre, que se tenga por acreditado el dolo del administrado.

Se sostuvo con certeza que no sería jurídicamente admisible que la Administración desconozca, por sí y ante sí, el efecto *ipso iure* del silencio positivo⁶⁰. En España, donde el silencio positivo es regla, el Tribunal Supremo⁶¹ sostuvo que una resolución expresa denegatoria, dictada después de haberse producido el silencio positivo, es nula porque el acto expreso posterior implicó la revocación de la autorización tácita sin seguir el procedimiento legalmente previsto, que sería el de revisión de actos nulos o el de declaración de lesividad de actos anulables y posterior recurso contencioso administrativo.

Por lo tanto, en estos casos donde la autorización –notificada o puesta en conocimiento del requirente– fue otorgada por silencio, pero el particular no reunía los requisitos necesarios para obtenerla, o cuando la autorización otorgada pueda afectar o afecta de alguna manera el interés público, la Administración deberá activar los mecanismos procesales para impugnarla en sede judicial y buscar su revocación; pudiendo solicitar a los fines preventivos, en todo caso, una medida cautelar en los términos del art. 16 de la Ley 26.854.

En mi opinión, este es el cambio práctico central de la regulación del silencio: antes era solo el particular quien tenía que impugnar en sede judicial, ahora, en algunos supuestos, es la Administración quien deberá recurrir a la instancia judicial para dejar sin efecto aquellos equivalentes funcionales de actos administrativos generados por silencio positivo y que generan, en alguna medida, un perjuicio para el interés público.

Al respecto se sostuvo con certeza que, en realidad, lo que ocurre es que se invierten las posiciones porque ahora es la Administración la que tiene que demostrar, siguiendo los procedimientos correspondientes, que la situación jurídica producida por silencio adolece de ilegalidad; señalando con agudeza los autores que, “...si la Administración pudiera por sí misma desconocer ejecutoriamente el efecto del silencio positivo ¿para qué serviría esta institución?”⁶².

60 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. I, p. 610.

61 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 01/04/2002, STS 2282/2002, ECLI:ES:TS:2002:2282.

62 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *ya cit.*, p. 610.

(vii) Principio de legalidad y el rol de los tribunales

En ocasión del debate generado por la reforma se publicaron varios trabajos interesantes⁶³ donde se analizaban diversos puntos de la misma. Un artículo de doctrina, referido especialmente al silencio, fue muy crítico con la regulación que se planteaba del silencio positivo⁶⁴. La mayoría de esas críticas apuntaban al silencio positivo en sí como instituto o como solución que brinda el derecho ante la inactividad de la Administración. Estamos de acuerdo en que la regulación del silencio no es la *solución* para este problema. A su vez, conforme vimos, la regulación final fue enormemente restrictiva y no se avanzó con un reconocimiento del silencio positivo como regla. Sin embargo, en una de esas críticas, se resaltaba el hecho de que las legislaciones que reconocen el efecto positivo al silencio administrativo lo supeditaban a que lo peticionado se corresponda con la legalidad aplicable.

No estoy de acuerdo con esta crítica. La omisión legislativa al respecto no tiene impacto alguno en las eventuales soluciones de los casos que se presenten porque el principio de legalidad tiene plena vigencia –independientemente de que esté o no esté expresamente en la norma que regula el silencio positivo– y los tribunales, ya sea por pedido de la Administración o de un particular que pueda acreditar un interés legítimo, deberán resolver, y eventualmente revocar, aquello que fuera otorgado por el silencio de la Administración cuando esa autorización adolezca de algún vicio que la haga anulable, vaya en contra del principio de legalidad o comprometa el interés público que el Estado debe tutelar. En todo caso, si la Administración tiene un pedido enmarcado en la ilegalidad, son sobrados los motivos para rechazarlo. Lo que no puede hacer es ignorarlo y no resolver.

Podemos tomar como ejemplo de lo que puede llegar a suceder en nuestro ámbito lo que aconteció en España. Allí, cuando la regla era el silencio negativo, los jueces eran muy cuidadosos de confirmar aquello que se otorgaba por silencio positivo, que era la excepción. Incluso en doctrina de esa época se señalaba que los efectos debían ser interpretados en forma restrictiva toda vez que “...el silencio positivo aparece como algo sumamente peligroso: un instrumento, en suma, que ampara la realización lícita de una actividad sometida a control, sin que este control se realice efectivamente; esto es, sin que la actividad del particular

63 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, Diario La Ley 12/07/2024, p. 1 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, RDA 2024-155, p. 273 y ss.; y, también, el trabajo de ALDERETE, Manuel, “Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Principales modificaciones propuestas a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549”, Diario La Ley 04/01/2024, p. 1 y ss.

64 GUSMAN, Alfredo S., “El silencio administrativo positivo. ¿Oasis o espejismo?”, Diario La Ley 15/02/2024, p. 3.

aparezca reconciliada con la legalidad mediante el acto catártico y sacramental de la autorización administrativa⁶⁵.

Se podía pensar que con las reformas de las Leyes 30/92 y 4/99, que establecieron el silencio positivo como regla, la tendencia jurisprudencial iba a cambiar; toda vez que, en ese nuevo escenario, como la regla era el silencio positivo, los tribunales iban a estar más propensos a confirmar las situaciones jurídica generadas por el mismo, pero ello no fue así. En un análisis que se realizó de 240 sentencias del Tribunal Supremo relativas al silencio positivo, en el período 2000-2009, solo un 6,5% de las sentencias declararon los efectos positivos del silencio⁶⁶. Posiblemente en nuestro país pase lo mismo y los jueces serán muy cautelosos en confirmar aquello que fue otorgado por silencio si la Administración pretende su revocación. Claro está, que deberá acreditar que la vigencia de esa autorización tiene algún impacto negativo en el interés público porque no se puede hacer un control de la legalidad, solo por la legalidad misma⁶⁷.

(viii) Vigencia del sentido positivo del silencio para autorizaciones regladas

Corresponde resaltar que se estableció que las disposiciones previstas en el inc. b) del art. 10 LNPA comenzarán a regir una vez que fuera aprobada la reglamentación correspondiente. Esa reglamentación se dictó mediante el Decreto N° 695/2024 publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 5 de agosto de 2024, con vigencia a partir del día de su publicación.

A su vez, por el art. 2° del referido decreto, se encomendó a la Jefatura de Gabinete de Ministros, dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de la entrada en vigencia del mismo, la aprobación del cronograma de implementación del silencio con sentido positivo en la Administración Pública centralizada y descentralizada. Esta misma norma establece que el silencio con sentido positivo, en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, comenzará a regir de acuerdo con las fechas previstas en el precitado cronograma y para los procedimientos que se inicien con posterioridad a las mismas.

La Jefatura de Gabinete de Ministros mediante Decisión Administrativa 836/2024 dispuso el cronograma implementación del silencio positivo. Así, se decidió que, a partir del 1° de noviembre de 2024, las reparticiones de la Administración Pública Central, incluidos los organismos desconcentrados, deberán implementar

65 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada", *Documentación Administrativa* N° 208, p. 110. Citado en CSJN, Fallos: 314:217.

66 BETANCOR, Andrés, *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 313 y ss.

67 CSJN, Fallos: 1:455; 3:139; 4:75; 12:372; 15:65; 95:51; 103:53; 107:179; 157:110; 184:35, entre otros.

el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa. Y, para los Organismos Descentralizados de la Administración Pública Nacional, se decidió que la implementación se debía realizar a partir del 1° de diciembre de 2024.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, la reforma introducida por la Ley 27.742 representa un cambio en la regulación del silencio dentro del derecho nacional que, claramente, busca dotar a los particulares con una herramienta más frente a la inactividad de la Administración. Al reducir el plazo para configurar el mismo y la regulación del silencio positivo, la reforma se alinea con tendencias más amplias en el Derecho Administrativo, donde se busca un mayor equilibrio entre las prerrogativas de la Administración, la eficacia y eficiencia administrativa y la tutela de los intereses legítimos de los particulares.

El análisis histórico y comparativo subraya la complejidad de atribuir sentido al silencio. La decisión de mantener el silencio negativo como norma general, mientras se permite el silencio positivo en supuestos restringidos, refleja un enfoque cauteloso que prioriza el eventual compromiso del interés público y el respeto a la legalidad, por sobre el interés de los particulares a obtener una decisión expresa de la Administración.

Asimismo, si entendemos al silencio de la Administración como un quebrantamiento del orden normativo, dado que evidencia el incumplimiento de la Administración con su deber constitucional y convencional de emitir una decisión útil y fundada ante la petición del particular, notamos que la reforma y su reglamentación se quedan cortas en cuanto a mecanismos disciplinarios para restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico; toda vez que, solo se tipifica como falta grave del agente, cuando no notifica al particular el incumplimiento de algunos de los requisitos reglados para obtener la autorización.

En lo que hace al sentido positivo del silencio, la reforma dista mucho de ser profunda por las diferentes restricciones que se aplicaron al mismo. Al establecer un marco reglamentario, donde el silencio positivo solo puede aplicarse a ciertas autorizaciones administrativas, vinculadas con actividad reglada, con materias específicas excluidas, en procedimientos que tramitan solo en expedientes electrónicos, con la necesidad de un pedido de certificación posterior, entre otras limitaciones, el nuevo marco regulatorio introduce salvaguardias y restricciones procedimentales para asegurar que el sentido positivo del silencio se aplique de manera restringida. Así se prioriza, claramente, mantener dentro del marco legal a los efectos del silencio, mas no una respuesta contundente a la causa fuente del ilícito. Es por ello que la implementación del silencio positivo presenta desafíos,

especialmente en asegurar que los organismos administrativos no utilicen el silencio como un medio para eludir sus responsabilidades en la toma de decisiones.

Por su parte, una interpretación amplia en lo referido a las resoluciones tardías de la Administración –aquellas suceden luego de configurado el silencio– afectaría aún más a aquellos particulares que obtengan su autorización por silencio positivo. Es por ello que se propone una interpretación restringida del ejercicio de esta facultad, luego de que el particular esté en conocimiento de la autorización pertinente otorgada por efecto del silencio.

De cualquier forma, por más que exista esta regulación expresa del sentido del silencio de la administración, ello no quita la labor del interprete jurídico respecto a determinar si el sentido que se le asigna al mismo va en contra o no del interés público que el Estado debe tutelar y si ese sentido asignado es conforme al ordenamiento jurídico considerado en su integridad.

Finalmente, tal como lo sostuve en otra oportunidad, quiero resaltar que las autorizaciones vinculadas con actividad reglada de la Administración, junto con los supuestos regulados en leyes especiales, no son los únicos casos de silencio positivo en nuestro ordenamiento porque, cuando la petición del particular implica el reconocimiento de un piso mínimo esencial de un derecho fundamental, nunca el silencio de la Administración podría tener sentido negativo⁶⁸.

Semejante conclusión sería ilegal porque implicaría que la Administración puede negar por silencio lo que no podría negar por decisión expresa que no es otra cosa que garantizar un umbral mínimo esencial de un derecho fundamental. Aceptar este extremo implicaría que, por vía de un doble ilícito –el silencio primero y, luego, la atribución de sentido– se negara la plena vigencia de derechos fundamentales reconocidos en normas de mayor jerarquía que la LNPA.

A medida que avanza la implementación, será necesario realizar evaluaciones y ajustes continuos para abordar los desafíos emergentes y asegurar que la reforma logre sus objetivos sin comprometer las normas y principios que sustentan el sistema legal nacional y el interés público que el Estado debe proteger. Es por ello que, una vez que toda la regulación del silencio de la Administración se encuentre plenamente vigente, el Poder Judicial es quien está llamado a tener un rol importante en el control de legalidad de aquellos casos donde el sentido que se le otorgue al silencio vaya en contra del principio de juridicidad o bien que afecte, de alguna manera, el interés público.

ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

68 SALTZER CHAVEZ, Anderson C., “Tutela administrativa efectiva aplicada a grupos vulnerados”, *Revista de la ECAE* N° 9, otoño 2023, p. 145.

Maestrando en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Austral. Docente en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de La Matanza. Director Nacional de Asuntos Judiciales en la Procuración del Tesoro de la Nación. Autor de varias publicaciones en revistas nacionales.

SUSTANCIA

LA TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. SU CRÍTICA

PEDRO ABERASTURY

Profesor Consulto de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

MARÍA ROSA CILURZO

Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de
Buenos Aires; Jueza en lo Contencioso Administrativo,
Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Casos en los que se ha convalidado la subsanación. 3. Razones de su aplicación. 4. Un reciente límite a la aplicación de la Teoría de la Subsanación. 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativo 19.549 (LNPA), siguiendo los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), consideraba que los vicios del acto administrativo se clasifican en graves o leves. La gravedad del vicio dependía del grado de afectación del elemento del acto sobre el cual recae; el vicio leve no llega a impedir la existencia de alguno de sus elementos y se lo clasificaba como acto anulable, de acuerdo con el art. 15 de la LNPA pero, interpretando esta anulabilidad junto con lo preceptuado en el art.18, queda alcanzado dentro de esta categoría el acto regular, que comprende tanto a los actos válidos como a los anulables.

De esta manera, la LNPA clasificaba las nulidades del derecho administrativo en dos grandes categorías: aquellas en donde alguno o varios elementos del acto se encontraban excluidos por el vicio que padecían, y que se encontraban descriptos en el art. 14 de la LNPA, y aquellos vicios que no alcanzan a excluir al elemento, conforme lo estipulado en el art. 15 de la LNPA.

La razón de haber empleado dicha terminología se debe a que se siguió la utilizada por la CSJN en los precedentes “Carman de Cantón”¹ y “Los Lagos”²,

1 Fallos: 175:368, del 17/8/1936.

2 Fallos: 190:142, del 30/6/1941.

que posibilitaron que la doctrina y, posteriormente, la LNPA clasificara a las nulidades de este modo, previendo a su vez la tipología de actos regulares e irregulares (art. 17 y 18). No recogió la clasificación de la inexistencia del acto administrativo (la que fuera recientemente incorporada en la Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza 9.003 para el caso de vicios groseros³).

Este breve señalamiento sobre los vicios que pueden afectar un acto administrativo nos permiten entrar al objeto del presente trabajo; no sin antes referir que el saneamiento es admitido en las leyes de procedimiento administrativo provinciales sin excepción, denominándolo muchas veces enmienda⁴ y siempre recae sobre el acto anulable, es decir, aquel acto afectado por un vicio leve que no llega a excluir alguno de los elementos esenciales del acto administrativo por lo que puede ser *reparado*⁵, en sede administrativa, por así permitirlo el orden jurídico⁶.

Por el contrario, el acto afectado de un vicio grave, según la terminología empleada en el art. 14 de la LNPA se trata de un acto nulo de nulidad absoluta e *insanable*, es decir, aquel afectado por un vicio grave que excluye alguno de los elementos esenciales del acto administrativo no puede ser saneado (enmendado); a lo sumo se admite su conversión, o sea tomar los elementos válidos del acto nulo que permitan integrarlo a un nuevo acto, siendo sus efectos *ex nunc*, por lo que no puede considerarse que, en esta última hipótesis, se sanee el acto por el dictado del nuevo acto convertido.

La modificación de la LNPA ha implicado una modificación a la tipología antes descrita, ella parte de considerar a los actos viciados como nulos de nulidad absoluta o relativa (arts. 14 y 15 respectivamente), corresponde entonces –y en primer término analizar– si esta diferenciación es meramente terminológica y por lo tanto se correspondería el acto afectado por una nulidad relativa, con el acto que detenta un vicio leve, o si por el contrario este criterio ha desaparecido.

Si bien no se pretende abordar en detalle el actual texto, podemos afirmar que, en principio el art. 14 mantuvo –en líneas generales– las previsiones que hacen a los supuestos invalidantes y generadores de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable, pero elimina el criterio diferenciador que signaba la estructura

3 Artículo 72. Las consecuencias jurídicas de los vicios del acto administrativo se gradúan, según su gravedad, en: a) Anulabilidad; b) Nulidad; c) Inexistencia. La anulabilidad corresponde al vicio leve, la nulidad al vicio grave y la inexistencia al vicio grosero. El vicio muy leve no afecta la validez del acto.

4 Cfr. Leyes de Procedimiento Administrativo provinciales hacen referencia a la enmienda de vicios leves, tales como: art.77 de la Ley 9.003 de Mendoza; art. 185 de la Ley 3.460 de Corrientes; art. 55 del Decreto Ley 971 de Formosa; arts. 74 y 75 de la Ley 1.284 de Neuquén; art. 74 de la Ley 4.044 de La Rioja.

5 Según una de las acepciones del diccionario de la Real Academia Española.

6 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. I., 10ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 715.

general de la tipología y que fuera diseñado en el art. 15, es decir la gravedad del vicio que impidiera la existencia del elemento del acto⁷.

En la actual redacción el art. 15, considera al acto como de nulidad relativa, cuando presente un defecto o vicio no previsto en el art. 14, especificando que si el acto presenta "...irregularidad u omisión no esenciales no dan lugar a nulidad alguna...", es decir no resultan invalidantes.

Ello nos lleva diversos interrogantes, que podrían sintetizarse en las relacionadas a la subsistencia y alcance de las mencionadas nulidades relativas (con la salvedad expresa contenida con relación al vicio en la competencia en razón de grado consignada en el art. 14), y en el eventual mantenimiento de las posiciones que se fueron consolidando a la luz de la Jurisprudencia y doctrina, recordando que los supuestos de nulidades *relativas* serán los alcanzados por el art. 19 de la LNPA, por resultar susceptibles de saneamiento.

Por lo tanto, la distinción entre las categorías ahora diseñadas por el legislador dependerá de las posiciones que se adopten jurisprudencialmente, lo que priva de claridad y certeza al articulado⁸.

2. CASOS EN LOS QUE SE HA CONVALIDADO LA SUBSANACIÓN

La CSJN, conforme a una tradicional jurisprudencia, ha venido sosteniendo que los vicios procedimentales no importan violación del principio de defensa en la medida que sean subsanadas dentro del mismo procedimiento administrativo o ser posible de ser saneados en el posterior proceso judicial⁹.

En un caso, cuyos hechos se produjeron con anterioridad a la sanción de la LNPA, la Corte, siguiendo el dictamen del entonces Procurador General Dr. Enrique Petracchi, sostuvo que "no cabe admitir la existencia de violación a la garantía de la defensa en juicio cuando el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se habría visto privado a raíz del trámite de la causa¹⁰. Desde antiguos Fallos 216:58; 219:155 y 518; 222:17; 257:275, entre otros, la CSJN ha declarado que "no importa violación de la garantía consagrada por el art. 18 de la

7 No puede obviarse que el Código Civil y Comercial de la Nación utiliza la categoría de nulidades absolutas y relativas, fundados en el interés protegido (el general fundado en el orden público, la moral o las buenas costumbres, o el particular, el protección del interés de determinados sujetos), diferenciación que se proyecta en la legitimación de los sujetos para su invocación, la declaración de oficio, la imposibilidad de saneamiento, entre otros; estructuras que, considerando el actuar de la administración, los deberes y el interés general involucrado en todo el accionar administrativo, implican la inaplicabilidad del esquema de tipología al ámbito del Derecho Público.

8 No puede obviarse la relación que la tipología posee en institutos como –entre otros– la presunción de legitimidad, la revocación, entre la prescripción, efectos de su declaración.

9 Fallos: 273:134. Universidad Bartolomé Mitre, 1969.

10 Fallos 282:188.

Constitución Nacional la omisión de audiencia en el procedimiento administrativo cuando el posterior trámite judicial ofrece ocasión de subsanarla”¹¹.

Surge de dicho argumento que se debe demostrar de qué manera el vicio incurrido en el transcurso del procedimiento administrativo, ha afectado el derecho a la defensa del pretensor. En este orden de ideas, el caso que más ha sido citado en relación a la aplicación de la Teoría de la Subsanación ha sido “Duperial”¹², en donde la CSJN, a pesar de disponer el art. 7º, inc. *d*) de la LNPA, en la redacción originaria, que es esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, y que ello debe ser cumplido antes que la Administración exprese su voluntad, consideró que ello no constituía violación a los procedimientos esenciales y sustanciales previstos que conlleven a la nulidad de la resolución que no fue precedida de dicho dictamen, si éste se expidió al ser exigido en oportunidad de interponerse el recurso jerárquico.

Esto posibilitó que pudiera subsanarse el vicio por la posterior actividad de la administración dentro del transcurso del procedimiento administrativo y esta jurisprudencia fue continuada¹³, con lo cual se ha considerado que ocasiona una desvalorización del dictamen jurídico¹⁴.

Con relación a la incidencia de las modificación de la denominada de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) arts. 7º y 14, en cuanto al dictamen jurídico, podemos afirmar que el inc. *d*) del art. 7º carece de precisión, y si bien considera de manera general que es requisito esencial del acto administrativo que previo a su emisión se cumplan los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, consigna que: “Sin perjuicio de lo que establezcan normas especiales, se incluyen en estos últimos (*i*) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (*ii*) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados...” omite resaltar expresamente el carácter de esencial del dictamen jurídico; lo que

11 Fallos 292:15. “Olmos, Juan Eduardo v. Nación”, 1975.

12 Fallos: 301:953. S.A. Duperial I.C. c. Nación Argentina (Ministerio de Trabajo de la Nación) s/nulidad de resolución”, Cfr. SANTOS, Alejandra Marcela, “Algunas consideraciones acerca del dictamen jurídico posterior y de la denominada Teoría de la Subsanación”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2017, 526.

(32) Fallos: 301:953. CS, “Goñi Demarchi, Santos c. Estado Nacional s/revocación de resolución”, 1979.

13 Fallos: 310:272. CNFed. Cont.Adm, Sala III, “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c. Resolución N° 394/01-ENARGAS (Exp. 7114/01)”, del 22/12/2002.

14 CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, L.L. 2012-D, 1340.

no incide en la importancia que la actividad consultiva emanada de los cuerpos de asesoramiento jurídico desempeña para la validez del acto¹⁵.

Cierto es que podría interpretarse lo contrario, si evaluamos que el art. 14 no considera expresamente que la falta de dictamen conlleve una nulidad absoluta, pero si incorporamos su omisión como "...otra grave violación del procedimiento aplicable...", en los términos del art. 14 inc. (iv), reafirmamos nuestra postura sobre la transcendencia del requisito¹⁶.

Por otra parte, la CSJN ha utilizado esta teoría cuando se ha producido omisión de tratamiento de medidas probatorias, en tanto su replanteo sea posible en sede judicial¹⁷, siendo otra aplicación de la teoría en estudio¹⁸.

En lo que a la motivación del acto administrativo se refiere, este requisito cobra particular importancia cuando se trata de asegurar el control de los criterios de la administración¹⁹, puede ser ampliada en sede administrativa y ello ha sido tomado como otra modalidad de aplicación de la Teoría de la Subsanación cuando, en realidad, puede considerarse una respuesta a las argumentaciones de la parte. La Procuración del Tesoro de la Nación la ha receptado, en diferentes dictámenes²⁰, aunque su excepcionalidad también ha sido reconocida en diversos supuestos, vinculados a vicios no procedimentales²¹.

No existen dudas sobre el hecho de que la motivación es un requisito esencial del acto administrativo (art. 7º inc. e), tampoco que guarda estrecha relación con la interdicción de la arbitrariedad, la legalidad del actuar administrativo, y los derechos del administrado a una decisión fundada imbricándose con el de defensa. A pesar de ello la Ley 27.742, al modificar el art. 14, no efectúa referencia a la motivación, habiendo eliminado toda mención a las *formas esenciales*.

15 No coincidimos con la afirmación que se le ha reducido su trascendencia. Conf. MAIRAL, Héctor y Enrique V. VERAMENDI, "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", *La Ley* del 12/07/2024, 1.

16 Ver CASSAGNE, Juan Carlos - Pablo PERRINO, "El acto administrativo en la Ley de Bases", *RDA Derecho Administrativo*, septiembre-octubre 2024 N° 155. Edición Especial, 273-298.

17 COVIELLO, Pedro J.J., "El derecho de defensa del administrado", *Revista de Derecho Administrativo*, Nro. 79, Dir. Juan Carlos Cassagne, p. 17. Es crítico de esta posición jurisprudencial.

18 AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Procedimiento Administrativo y ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración", en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN David - AGUILAR VALDEZ, Oscar- LIMA, Fernando - CANOSA, Armando, (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 38.

19 PERLINGEIRO, Ricardo, "Los Principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica", en ABERASTURY, Pedro y Hermann-Josef BLANKE, (Coords.), *Tendencias Actuales del Procedimientos Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 237.

20 Dictámenes: 170:242; 236:325, 237:323; 243:507; 251:133, 262:548.

21 Dictámenes: 312:227.

La inclusión en las mentadas formas –según criterios doctrinarios y jurisprudenciales– englobaba a los requisitos procedimiento, motivación y forma, hoy el primero posee recepción expresa, lo que a nuestro criterio no puede implicar –como fuera ya expuesto– que la falta de un requisito esencial del art. 7 pueda llevar a que el acto sin motivación deba ser considerado válido, más en los términos en los cuales ha sido dictada la norma la falta de motivación provocará –en el mejor de los supuestos– la existencia de un acto viciado con nulidad relativa²².

Sin embargo, la omisión de procedimientos esenciales en el caso del dictado de reglamentos y, principalmente, cuando se produce la omisión de efectuar una Audiencia Pública, ha sido considerado esencial y no se ha admitido su subsanación²³.

En nada modifica lo dicho el hecho de que el art. 14 omite efectuar consideración sobre las Audiencias Públicas, ya que el art. 1º las contempla en forma expresa y dependerá de la norma legal correspondiente su incidencia; al respecto es necesario aclarar que será la ley especial la que deberá primar sobre todo tipo de regulación general, sea en el carácter vinculante o no del mecanismo participativo o en su realización y forma de implementación, no pudiendo considerarse que el articulado ha derogado la normativa específica ni ha efectuado delegación genérica alguna²⁴.

Como ya hemos afirmado²⁵, en el derecho comparado pueden encontrarse supuestos de saneamiento de un acto que en nuestro derecho no se encuentran permitidos. Así, podemos mencionar los supuestos contenidos en la ley federal alemana de procedimiento administrativo, *Verwaltungsverfahrensgesetz*

22 El alcance de la motivación será evaluado en su relación con la desviación de poder o abuso de poder consignado en el art. 14 inc. (v), y podrá conllevar una nulidad absoluta, no pudiendo obviar su incidencia frente a los actos administrativos discrecionales.

23 “Adidas Argentina y otros c/ E.N. - Mº. de Economía -resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, del 21/05/2002. Fallos: 325:1038.

24 El actual art. 1º *bis* inc. *ii* dispone: “Son principios fundamentales del procedimiento administrativo... los procedimientos regidos en esta Ley se ajustarán además a los siguientes principios y requisitos: ...a)...(ii)... Cuando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos...”.

25 ABERASTURY, Pedro - María Rosa CILURZO, *Curso de Procedimiento Administrativo*, 2ª. ed., Rubinzal Culzoni, 2021, en prensa.

–VwVfG– que admite la posibilidad de sanear vicios de forma y de procedimiento, en el art. 45, en las circunstancias allí dispuestas²⁶.

De su examen se pueden extraer como conclusión que se acepta que ciertos vicios del procedimiento y forma, en la medida que posteriormente puedan tenerse por realizados, si bien incumplidos y/u omitidos en el acto procedimental, pueden ser saneados. Ello con determinados límites en relación a la calidad de actuación omitida. Así podrán haber sido cumplidos hasta el fin de la última instancia que se pronuncia sobre los hechos del proceso –incluyendo al proceso seguido ante los tribunales judiciales–, pero para “decidir si un acto administrativo regulado por la ley se basa en esa lesión, hay que saber si el vicio influyó en el contenido de éste”²⁷.

Las modificaciones introducidas a la LNPA, no conllevan, a nuestro criterio, y por el mero hecho de haberse mencionado el vicio en el procedimiento en forma genérica y adjetivado (“grave violación del procedimiento aplicable”) no habilita a una aplicación extensiva de la teoría de la subsanación frente a irregularidades procedimentales conculcatorias del debido proceso adjetivo²⁸.

Conforme lo reseñado surge que, frente a la violación de un derecho fundamental, no puede existir subsanación posible en tanto el acto dictado en consecuencia, se encuentra descalificado por haber violado garantías mínimas. En este

26 “Artículo 45. Saneamiento de vicios del procedimiento y de forma: (1) Una vulneración a las reglas del procedimiento o de forma que no llevan a la nulidad del acto administrativo en virtud del artículo 44, no se considera cuando 1. la solicitud necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente presentada; 2. la fundamentación necesaria es posteriormente dada; 3. la audiencia necesaria de una parte es posteriormente realizada; 4. la resolución de una comisión cuya cooperación es necesaria para el dictado del acto administrativo es posteriormente realizada; 5. la cooperación necesaria de otra autoridad administrativa es posteriormente realizada. (2) Actuaciones en virtud del apartado 1 pueden ser posteriormente cumplidas hasta el fin de la última instancia que se pronuncia sobre los hechos del proceso ante la Justicia administrativa. (3) 1Si un acto administrativo se encuentra desprovisto de la fundamentación necesaria o si la audiencia necesaria de una parte, previa al dictado de un acto administrativo, fue omitida y si, por eso, el plazo de la impugnación del acto administrativo no fue observado, la inobservancia del plazo del recurso no se considera culpa del impugnante. 2. El evento determinante para el plazo de reposición según el Artículo 32, apartado 2 ocurre en el momento de la realización posterior de la actuación procedimental omitida”. Cfr. traducción en ABERASTURY, Pedro y Hermann-J. BLANKE, (Coords), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación K. Adenauer, 2012, disponible en www.aberastury.com.

27 BLANKE, Hermann-J., “La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y de apreciación”, en ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-J. (Coords.), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba-Fundación K. Adenauer, 2012, p. 29.

28 Ver CASSAGNE Juan Carlos, PERRINO, Pablo, “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA Derecho Administrativo*. Septiembre-Octubre 2024 N° 155. Edición Especial, p. 285.

supuesto, evidentemente, la Teoría de la Subsanción, aún en las legislaciones que lo prevén, no puede ser aplicada en tanto no se superaría el control de constitucionalidad y de convencionalidad²⁹, más aún evaluando en forma integral el texto y considerando la inclusión terminológica de la denominada “tutela administrativa efectiva”³⁰.

3. RAZONES DE SU APLICACIÓN

En este punto debemos reiterar precisiones en torno al vicio en el procedimiento y de qué forma se ha admitido la subsanción, según la jurisprudencia de la Corte. Para ello es necesario recordar que subsanar, a diferencia del sanear, en el derecho administrativo implica reconocer que el acto se encuentra viciado por irregularidades graves acaecidas durante el transcurso del iter procedimental, que se proyectan y afectan al acto administrativo dictado en su consecuencia.

Como surge de los primeros antecedentes de la CSJN, la inobservancia de un determinado procedimiento en sede administrativa no se consideró una causal suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo, en tanto era necesario demostrar de qué manera ese vicio afectaba los derechos del afectado. Se asimiló esa causal a la falta de demostración del agravio, o sea, la falta de demostración de cuanto afectaba el derecho del pretensor por el procedimiento omitido y el acto dictado.

En el primero de los casos citados, Universidad Bartolomé Mitre, si bien del dictamen del inspector no se le dio vista a la parte, en el expediente judicial no se argumentó sobre el mismo. Es decir, se consideró que se estaba ante un

29 CANDA postula la existencia de un acto administrativo justo que respete las formas esenciales del procedimiento a ser cumplidos: “a) con anterioridad al dictado; b) al momento de emitirse; c) en oportunidad de adquirir eficacia”. CANDA, Fabián Omar, “La Teoría de la Subsanción en el Procedimiento Administrativo”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN David - AGUILAR VALDEZ, Oscar- LIMA, Fernando – CANOSA, Armando, (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, Tomo II, p. 679. CASSAGNE Juan Carlos, PERRINO, Pablo, “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *RDA Derecho Administrativo*. Septiembre-Octubre 2024 N° 155. Edición Especial, pp. 273/298. Estos consideran solo aplicable la teoría de la subsanción al caso de la nulidad relativa.

30 Corte IDH Caso “Lopez y otros vs. Argentina”. Sentencia del 25 de noviembre de 2019. Serie C N° 396, Caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”. Sentencia del 31 de enero de 2001; Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño conf. Caso “Baena, Ricardo y otros Vs Panamá. Fondo, Reparaciones y costas”. Sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C. Nro. 72; Caso “Velez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparación y costas”. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C N 218; Caso “Chocron vs. Venezuela. Excepciones Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 1 de julio de 2011. Serie C Nro. 227; Caso del “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C Nro. 268, entre muchos otros.

argumento formal que no resultaba desconocido ni tampoco podía serlo. Por eso se equiparó esta situación a la nulidad procesal en cuanto requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley³¹, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma³².

Mairal considera que frente a esta jurisprudencia se vacía de contenido lo preceptuado en la ley porque siempre en sede judicial se podrá obtener la revisión judicial de lo decidido en sede administrativa³³. Asimismo, también se ha sostenido que en el procedimiento administrativo las formas trascienden el exclusivo interés de las partes pues ellas atienden el interés público³⁴. Por ello, la omisión del dictamen jurídico es esencial y no puede ser saneado si en la vía recursiva se lo incorpora ya que el mismo debe ser previo³⁵.

A efectos de la clarificación del tema, debemos señalar que la Procuración del Tesoro de la Nación no admitió el saneamiento a través de la emisión de un dictamen en un expediente cuando en el acto administrativo se invocó, falsamente, la existencia de un dictamen de esa Procuración; así consideró que la Teoría de la Subsanación es de recepción restrictiva³⁶.

31 Fallos 324:1564.

32 En materia de nulidades procesales debe primar un criterio de interpretación restrictivo y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio cause un perjuicio irreparable que tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en el menoscabo de algún otro derecho ya que, de otro modo, la nulidad aparecería como un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta terminación de los procesos, donde también se conjuga el interés del orden público. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite). Fallos: 342:624.

33 MAIRAL, Héctor A., “¿Uno o dos Derechos Administrativos?”, *LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario*, 2010, pp. 1-8.

34 COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura, *Procedimientos Administrativos Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, comentada y anotada, Buenos Aires, La Ley, T. I., 2002, p. 321.

35 CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires, Astrea-RAP, 2017, p. 190. AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Procedimiento Administrativo y ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN David - AGUILAR VALDEZ, Oscar- LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, Tomo III, p. 38. MURATORIO, Jorge I., “El dictamen jurídico en la administración pública, en Derecho administrativo”, *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Depalma, 2003, pp. 535/571.

36 El acto administrativo que consigna en su considerando la existencia de un dictamen de la Procuración del Tesoro que nunca se emitió contiene una falsedad que hace que el vicio se traslade a los elementos causa y motivación, los cuales mal podrían ser purgados por un ulterior pronunciamiento de esta Casa. Si bien esta Casa ha aplicado la teoría o doctrina de la subsanación según la cual no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente (v. Dictámenes 191: 140) y si la cuestión resulta ajustada a derecho y, por lo tanto, la omisión salvable, tal doctrina sólo es aplicable cuando el vicio ha recaído en el elemento “procedimiento” (artículo 7º, inciso d] de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Además

4. UN RECIENTE LÍMITE A LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN

Hemos planteado ¿en qué medida la omisión incurrida en la emisión de un dictamen en forma previa ha influido en el dictado del acto nulo? o dicho de otra manera, la verdad material que es un principio que emerge de la legalidad objetiva ¿se habría visto modificada o hubiera alterado los antecedentes de hecho y de derecho que debían ser resguardados para el dictado del acto? Una postura estricta nos llevaría a considerar inaplicable la Teoría de la Subsanación pues una interpretación literal o exegética de las palabras de la ley no da posibilidad alguna de compatibilizar distintos preceptos³⁷.

Recientemente, un fallo de la CSJN, ha venido a ratificar la postura que estamos sosteniendo. Se trata del caso en donde se interpuso un recurso de apelación directa contra una medida dictada por la Dirección General de Migraciones que ordenó la expulsión del actor del país; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, si bien admitió la apelación en tanto la invocación de la normativa que surgía del acto impugnado no se adecuaba a los hechos de la causa, consideró que los hechos se ajustaban a otra causal de expulsión previsto en la normativa concluyendo que el acto de expulsión era legítimo.

La CSJN consideró que “la causal impeditiva para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la Dirección Nacional de Migraciones no pudo ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa... En consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros. En efecto, la concurrencia de la causal impeditiva hace a la motivación del acto y debe estar expuesta en él (art. 7º, incisos b y e, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) y no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada. De lo contrario, si la apreciación de la causa del acto de expulsión pudiera ser reemplazada o sustituida por los magistrados, pasaría a ser materia de un debate judicial sobre aspectos no delimitados previamente, en lugar de constituir el antecedente necesario de la eficacia

debe configurarse con carácter excepcional y no conformar una práctica habitual (Dictámenes 261:407). No procede aplicar la doctrina de la subsanación cuando el acto administrativo incurre en una falsedad que vicia su causa y motivación al afirmar en su considerando la existencia de un dictamen de esta Procuración del Tesoro de la Nación que nunca fue emitido. Dictamen IF-2020-06257418-APN-PTN, 28 de enero de 2020. EX-2019-80885637- APN-DGDMT#MPYT. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación. (Dictámenes 312:227).

37 ABERASTURY, Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, 2021, en prensa.

jurídica del acto, desnaturalizando así la misión del Poder Judicial (conf. arg. Fallos: 314:1091, disidencia del juez Belluscio³⁸)³⁹.

La cuestión en debate acerca de la imposibilidad por parte del juez de aplicar la Teoría de la Subsanación, para remediar un grave fallo del acto en crisis, debido al encuadramiento ilegítimo que se realizó en el acto administrativo no puede ser subsanado y, *mutatis mutandi*, si el juez no puede realizarlo, tampoco y dentro del mismo procedimiento administrativo, podrá realizarlo la Administración ya que se le desconocerá al afectado el principio del debido proceso adjetivo.

Las modificaciones que la Ley 27.742 ha introducido en la LNPA, las omisiones referidas a los requisitos esenciales del acto y su relación con las nulidades, que ya fueran enunciadas, no puede a nuestro criterio, habilitar la utilización extensiva de esta teoría frente a irregularidades procedimentales violatorias del debido proceso adjetivo, salvo que se pretenda, so pretexto de interpretaciones restrictivas referidas a la esencialidad de los requisitos del acto, generar nulidades relativas que determinen la ampliación de la subsanación en instancia judicial de los vicios del acto administrativo.

5. CONCLUSIONES

Del último precedente citado, surge que el análisis de razonabilidad es necesario, como principio⁴⁰, a efectos de dirimir el desconocimiento del derecho a la defensa en juicio y su incidencia en los vicios que contiene un acto administrativo; y que ello es necesario en todos los supuestos en los cuales se pretenda utilizar la Teoría de la Subsanación.

El procedimiento no puede ser considerado en forma parcial, es un todo, constituye una serie de actos y hechos que preceden al dictado del acto. La omisión de un paso entendido como esencial y sustancial ocasiona un vicio grave, un acto nulo, generando que la Teoría de la Subsanación posea una aplicación restrictiva, sin obviar que la sola omisión de un paso en el procedimiento, de por sí, no es suficiente para tener como determinante la nulidad del acto⁴¹, por lo tanto las modificaciones introducidas en la LNPA, no generan, sin más, una justificación

38 “Los motivos del acto administrativo deben estar expuestos en él (art. 7º, incs. b) y c) de la Ley 19.549) y no ser revelados sólo cuando su validez es judicialmente impugnada”. Disidencia del Dr. Augusto Belluscio. Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo. 1991. Fallos: 314:1091.

39 CSJN “Roa Restrepo, Henry c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM” del 6 de Mayo de 2021.

40 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 253 y ss.

41 ABERASTURY, Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, 2021, en prensa.

para ampliar la aplicación de los supuestos de subsanación en detrimento de las pautas generales esbozadas.

PEDRO ABERASTURY

Es Doctor en Derecho en la especialidad de Derecho Administrativo y Profesor Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor en distintas Universidades del país y del extranjero. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Fue Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

MARÍA ROSA CILURZO

Es Abogada y Profesora de grado de Derecho Administrativo y Titular de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Procedimientos Administrativos en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Jueza en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es autora de diversas publicaciones. Ha participado en cursos de especialización, talleres y seminarios. Fue Becaria del Seminario de Doctorado organizado por el Servicio Alemán de Intercambio Académico en la Universidad de Erfurt, Alemania (2009-2012). Expositora en el Primer Congreso Internacional de Abogacía Pública en Buenos Aires (2008). Panelista en talleres, congresos y jornadas nacionales e internacionales.

IMPUGNACIÓN DE ACTOS CONTRACTUALES EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LA LEY 19.549 Y SU DIRECTA INCIDENCIA CON EL RÉGIMEN EXORBITANTE

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

Protesorero de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones incidentales. 3. El marco de la reforma de la Ley 19549. 4. Problemas que plantea. 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley 27.742, denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), introdujo profundas reformas estructurales en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, y en su reglamentación, instrumentada mediante el Decreto 1.759/72.

Tal es así que, el Capítulo III de la referida Ley, integra conceptos jurisprudenciales y doctrinarios a su letra, incorporando conceptos, principios, adecuaciones de plazos y precisiones sobre determinados institutos, que dotan al procedimiento administrativo de mayor dinamismo –en algunos casos–, mas en otros, proyecta inconvenientes logísticos y estructurales que requerirán de un proceso de interpretación práctico en la medida en que ello sea necesario.

Por otra parte, no caben dudas, de que la Ley 19.549 requería de un proceso de readaptación normativa que reflejara la evolución de los derechos fundamentales a otro nivel de aceptación y realismo social.

De todas maneras, la reforma en trato no se circunscribe a precisar cuestiones semánticas o terminológicas, sino que, y en cuanto a lo que el objeto del presente trabajo refiere, a nuestro entender viene a modificar el modo en que los contratistas estatales deben conducirse en resguardo de sus derechos ante su contraparte estatal.

Es que, si bien el loable objetivo de la reforma persigue la consecuente ampliación de los derechos de los sujetos privados que celebran contratos con el Estado Nacional, la hermenéutica de la norma podría provocar desavenencias en la ejecución del contrato administrativo como *infra* se analizará.

Adentrándonos en la temática que nos convoca, la reforma inscribe en el art. 23 inc. e) de la Ley 19.549, el siguiente texto: “El administrado cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando:... Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso a) del artículo 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

De modo que, la propia ley procedimental, determina que los actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato, y sobre los cuales los contratistas del Estado entiendan que afectan sus derechos contractuales, deberán cuestionar aquellos dentro del plazo establecido para luego, de resultar aquel infructuoso, impugnar judicialmente la decisión estatal.

2. CUESTIONES INCIDENTALES

En este acápite, analizaremos la jurisprudencia imperante hasta el momento y otros aspectos relevantes del procedimiento.

Como punto de partida, debemos referirnos al precedente “Mevopal”¹, en donde la Corte sentó el criterio de que “los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la LNPA y al sistema de impugnación de su art. 25”.

Tal como señalara el máxima Tribunal, se encontraba entonces vigente, el art. 7º de la LNPA que determinaba que “los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, si ello fuera procedente”.

Por tal motivo, entendió la Corte² que: “La interpretación contraria llevaría a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante. Ello significaría un dispendio jurisdiccional

1 CSJN, “Mevopal”, 1985, Fallos, 307: 2216.

2 Ídem.

inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la administración y quien ejecuta el contrato”.

Tal criterio ha sido reiterado por la CSJN en otros precedentes³⁴.

Es decir, que, en definitiva, dentro del marco contractual, no era necesario impugnar dentro del plazo de caducidad –del régimen de los arts. 23 y 25 de la LNPA entonces vigente– cada acto administrativo dictado, aun siendo unilaterales y referentes a la celebración, ejecución o modificación del mismo, considerando la aplicación analógica del Título III de dicha Ley.

Esta concepción encuentra fundamento en que los actos contractuales pueden tener distinta causa, objeto y finalidad inmediata, pero mediatamente todos ellos encuentran en el contrato administrativo la base de valoración de la totalidad de los requisitos enunciados en el art. 7° de la LNPA⁵.

Luego, en el plenario “Petracca”⁶, se estableció el criterio opuesto al sostenido por la Corte en “Mevopal”; allí, la Cámara Contenciosa Administrativo Federal, estableció como doctrina legal que “la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a) y b) del art. 23 de la Ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25”.

Finalmente en “Gypobras”⁷, la Corte revió su anterior doctrina, señalando que: “... la existencia de términos para demandar a la administración se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos (causa S.182.XXIV “Serra”, antes citada). Se trata de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración, pues de lo contrario se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica (Fallos: 252:134), que constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces”⁸, instituyendo, de esta manera, el criterio de la separación de los actos contractuales, y, en función de la seguridad jurídica, estimó procedente el establecimiento de plazos para la impugnación de actos administrativos nacidos al amparo del contrato.

Tampoco la solución pasa por extender la teoría del acto separable a la impugnación de los actos dictados durante la etapa de ejecución contractual, pues

3 “OKS c/ Yacimientos Mineros Agua de Dionisio (YMAD)” (ED 122, p. 694) del 21-10-1986.

4 MERTHEIKIAN Eduardo, *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 557 y ss.

5 BARRA RODOLFO C, *Los Actos Administrativos Contractuales. Teoría del Acto Coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 16 y ss.

6 CN CAF, en pleno, 24/IV/1986, “Petracca e hijos SA c/ Estado Nacional – Ente Autárquico Mundial 78”, ED, 118: 391

7 CSJN, “Gypobras”, 1995, Fallos 318:4411.

8 Fallos: 242:501.

resulta injusto, y revela un cierto anacronismo, el hecho de aplicar una teoría como la del acto separable, que amplió el alcance del control jurisdiccional de los actos vinculados al proceso de formación del contrato, mas en un sentido opuesto, para cerrar el acceso al contratista a la jurisdicción en los procesos de impugnación de los actos emitidos durante las diferentes fases de la ejecución contractual⁹.

Ahora bien, la reforma de la Ley 27.742, viene a reintroducir, de forma híbrida, la obligación de los contratistas de cuestionar –durante la vigencia del contrato, y a través de la vía administrativa– el acto administrativo contractual que consideran lesivos de sus derechos dentro de los 30 días de serle aquel notificado.

Luego de extinto el contrato, la norma prescribe que el contratista tendrá un plazo de caducidad de 180 días para impugnar judicialmente el acto administrativo que juzga lesivo.

Pero vamos por partes, el nuevo art. 23 inc. e) de la LNPA determina que el contratista que se considere agraviado por el acto administrativo dictado por la Administración Pública comitente –dentro del marco contractual respectivo–, deberá, dentro de los citados treinta días, cuestionar dicho acto.

Y aquí comienzan los interrogantes, a saber: ¿a qué refiere la norma con cuestionar?, ¿contra qué autoridad debería interponerse el cuestionamiento?, ¿basta una mera presentación que refleje la discrepancia con la decisión de la Administración Pública?, ¿qué decisiones pueden cuestionarse?, ¿debe responder la Administración Pública el cuestionamiento de su propio acto?, ¿tiene un plazo?, ¿qué sucede si la Administración emite un nuevo acto administrativo rechazando el cuestionamiento del cocontratante?, en este último caso, ¿aplican las vías recursivas previstas en la reglamentación de la Ley¹⁰ ante el rechazo expreso?

Este ensayo tiene como fin identificar posiciones pragmáticas que respondan a los interrogantes planteados, analizando las distintas situaciones de tensión que pueden producirse entre la normativa y las prácticas en contratos de suministro y obra pública¹¹, con el objetivo de conciliar las exigencias normativas con las necesidades prácticas de estas relaciones.

Podemos afirmar entonces que el contrato administrativo establece derechos y obligaciones para ambas partes, los cuales regulan la dinámica de la relación entre ellos¹².

9 CASSAGNE, Juan C., *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 245.

10 Concretamente me refiero a los recursos de reconsideración o jerárquico directo, previsto en el Decreto 1.759/1972, arts. 84 y ss.

11 Conforme los respectivos regímenes de contrataciones, Decreto Delegado 1.023/2011 y su Decreto Reglamentario 1.030/2016, y demás normativa inferior reglamentaria para bienes y servicios, y Ley 13.064 para las obras públicas.

12 CSJN, “Aguas argentinas”, 2007, Fallos 330:1649: “La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones

Así pues, puede suceder, que el debido respeto del acuerdo sinalagmático no conlleve situaciones conflictivas; sin embargo, no siempre ello es así, máxime considerando las facultades exorbitantes que ostenta el Estado durante la ejecución contractual¹³.

En una primera aproximación, es claro que, como mínimo, la presentación que realice el administrado *questionando* el acto administrativo, debería contener los fundamentos en los que basa su discrepancia con el acto dictado por la Administración; es que, la simple mención de la objeción sin ahondar en los fundamentos implicaría un mero formalismo sin ningún valor ni rigor jurídico.

Ello, por cuanto, es el Estado quien debe propender a la realización del bien común, y a perseguir la consecución de la verdad jurídica objetiva, lo que conlleva el necesario correlato de que los administrados deban proveer los fundamentos para coadyuvar a dichos fines¹⁴.

La reglamentación tampoco brinda precisiones sobre la naturaleza del cuestionamiento, es decir, subyacen los siguientes interrogantes con relación a la aplicación operativa de la norma: ¿debe presentarse ante la autoridad que dictó aquel acto o ante el superior jerárquico o ante la máxima autoridad del organismo, si fuera el caso?

Ahora bien, si se cuestiona el acto ante la misma autoridad que dictó el acto –en la inteligencia de que no debe intervenir la máxima autoridad–, ¿podría impugnarse judicialmente dicho acto sin la previa intervención del órgano superior en cuestión? ¿Implica entonces el simple cuestionamiento una excepción al necesario agotamiento de la vía administrativa?

La jurisprudencia a su momento dijo que: “El agotamiento de la instancia administrativa persigue garantizar una mayor protección al administrado, pues no sólo se le proporciona un instrumento sencillo y económico para satisfacer sus pretensiones, sino que se le permite conocer íntegramente la posición de defensa de la Administración antes de decidir sobre la oportunidad de acudir a la vía judicial,

del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)”.

13 Entre las que podemos destacar las establecidas en el art. 12 del Decreto 1.023/2001, específicamente, la facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos; la facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando estos incumplieren sus obligaciones; la facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios.

14 Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictámenes 235:446. “La revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad.

de modo de disminuir el riesgo de una acción rechazada por los Tribunales (Juan Peman Gavin, “Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial - A propósito de sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991”, n° 15, en *Revista de Administración Pública* N° 127, p.145 y ss., Madrid, enero- abril de 1992, Centro de Estudios Constitucionales) (consid. 9)”¹⁵.

De modo que, si la vía administrativa tiene como fin primario resguardar los derechos de los administrados, el mero cuestionamiento que prevé la Ley 27.742 podría obstar a dichos fines, si solo resultase necesario objetar el eventual acto administrativo sin requerir que intervenga la máxima autoridad ni que la Administración comitente deba expedirse.

3. EL MARCO DE LA REFORMA DE LA LEY 19.549

La Ley 27.742 establece que cualquier acto administrativo dictado por el Estado Nacional¹⁶, puede ser impugnado judicialmente, siempre y cuando, el cocontratante, lo haya cuestionado dentro del plazo de treinta días de notificado el mismo.

Se requiere, en primer lugar, un acto administrativo dictado por cualquier órgano o jurisdicción del Estado Nacional, en ejercicio de la función administrativa que le compete, que haga referencia a los derechos y obligaciones que surgen del acuerdo de voluntades, produciendo efectos jurídicos directos sobre el sujeto contratante.

Dicho acto puede abarcar cualquier situación jurídica que tenga su fundamento en el contrato, a saber: *a)* Potestades de interpretación del Estado. Para interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento; *b)* Potestades de modificación del contrato. Para modificarlos por razones de interés público, aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%), o hasta un treinta y cinco por ciento (35%) con la anuencia del contratista¹⁷, el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos; *c)* Potestades de extinción del contrato. Para revocar, modificar o sustituir los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, rescindir por culpa del contratista¹⁸ o por razones de interés público¹⁹; *d)* Potestad de Dirección del contrato. El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación; *e)* Potestad de aplicar penalidades contractuales y sanciones²⁰. Para el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, o bien,

15 CN CAF, Sala II, “Rilkah SRL c/ DNV-Resol. 777/01- Ley 25.344 s/ Contrato de Obra Pública”, 25/08/05, Expte. 60.629/02

16 Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.

17 Art. 12 inc. *b* Decreto Delegado 1.023/01, y art. 100 Decreto 1.030/2016.

18 Conf. art. 98 Decreto 1.030/2016.

19 Conf. art. 97 Decreto 1.030/2016.

20 Conf. art. 29 Decreto Delegado 1.023/2001.

para castigar la reiteración de conductas en diversos contratos, o bien, para evaluar su comportamiento fiscal y moral²¹; *f*) Potestades para prorrogar el contrato. Aplicable a los contratos de suministros y servicios, de proyección periódica²².

El contratista estatal podría cuestionar diversos actos dictados durante la ejecución del contrato, tales como, la decisión de la Administración de ampliar el monto del contrato para adquirir mayor cantidad de unidades al mismo precio adjudicado –hasta un veinte por ciento (20%) sin el consentimiento del cocontratante²³, o bien, el acto que determina la prórroga del contrato administrativo –hasta el límite de un año²⁴, o la rescisión del contrato por culpa del contratista, o la aplicación de una multa contractual por incumplimiento de plazos o condiciones de la prestación acordada, o la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato parcial o total, o la interpretación que realiza la administración sobre una cuestión relacionada con las cláusulas contractuales; por citar algunos casos.

No es ocioso indicar que cualquier decisión de la administración que afecte los derechos nacidos al amparo del contrato deben ser canalizados a través de un acto administrativo dotado de todos los elementos esenciales²⁵.

Dicha decisión deberá ser notificada al contratista estatal, por un medio fehaciente previsto en la LNPA²⁶, o bien por medios electrónicos constituidos específicamente a dichos fines²⁷, o a través de la plataforma digital que administra el sistema de compras y contrataciones del Estado Nacional.

21 Específicamente quienes no puedan contratar con la Administración Pública, conforme las previsiones del art. 28 del Decreto Delegado 1.023/2021.

22 Art. 100 inc. *b*) Decreto 1.030/2016.

23 Conf. art. 100 inc. *a*) del Decreto 1030/2016: “El derecho de la jurisdicción o entidad contratante respecto de la prórroga, aumento o disminución de los contratos, en los términos del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, se sujetará a las siguientes pautas: *a*) Aumentos y Disminuciones: 1. El aumento o la disminución del monto total del contrato será una facultad unilateral de la jurisdicción o entidad contratante, hasta el límite del veinte por ciento (20%) establecido en el inciso *b*) del citado artículo 12...”

24 Conf. art. 100 inc. *b* ap. 3 del Decreto 1.030/2016: “En los casos en que se hubiese previsto la opción de prórroga, los contratos se podrán prorrogar por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando el plazo original del contrato fuere plurianual, podrá prorrogarse como máximo hasta un (1) año adicional.

25 Conf. art. 7° LNPA. CSJN, “Melgarejo”, 2024, Fallos 347:468. “Las razones y antecedentes, tanto fácticos como jurídicos, determinantes de la emisión de un acto administrativo, se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa”.

26 Conf. art. 41 Decreto 1.759/72.

27 Conf. art. 2° de la Disposición 62 - E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones, que en lo pertinente agrega: “*d*) Correo electrónico: se tendrá por notificado el día en que fue enviado, sirviendo de prueba suficiente la constancia que el correo electrónico genere para el emisor,

Notificado entonces el contratista de la decisión estatal, tendrá este un plazo de treinta días hábiles administrativos para cuestionar dicha decisión.

La ausencia de una regulación expresa respecto al procedimiento a seguir para impugnar las decisiones administrativas analizadas no obsta a que, mediante una interpretación conforme a derecho, se puedan establecer los siguientes criterios.

La norma omite definir de modo concreto y específico como debe articularse el citado cuestionamiento, sin embargo, a través de una interpretación sistemática y teleológica de la normativa aplicable, podemos arribar a siguientes conclusiones.

De acuerdo con las vías procedimentales que conforman lo que constituye la vía administrativa previa, deberían verificarse los siguientes estamentos: 1) una presentación formal efectuada por el contratista por escrito, recurriendo el acto que, según su entendimiento, afecta sus derechos contractuales; 2) efectuar la presentación dirigida a la autoridad que emitió el acto de adjudicación, o, en su defecto, ante la que emitió la orden de compra o suscribió el contrato; 3) exponer mínimamente las razones que hacen a su derecho, a fin de brindarle a la Administración Pública la posibilidad de rever su postura.

Incluso en aquellos casos en que la Administración resuelva expresamente el cuestionamiento durante la ejecución del contrato, el contratista podría promover la impugnación judicial del acto administrativo una vez concluido el acuerdo de voluntades dentro del plazo de ciento ochenta (180) días; no obstante, nada obsta a que el contratista recurra a la vía judicial una vez notificado de la denegatoria expresa o silencio consumado del cuestionamiento, si es que en virtud de la presunción de legitimidad del acto y fuerza ejecutoria la propia Administración decide ponerlo en práctica por sus propios medios.

La norma determina, concretamente, que es suficiente un mero cuestionamiento, sin que resulte necesario instar una decisión a través de la vía jerárquica correspondiente, o a través de la técnica de instrumentar la presentación de un

certificada por el titular de la Unidad Operativa de Contrataciones; e) Sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones: en los casos en que la jurisdicción o entidad contratante decida notificar por este medio, se deberá dejar constancia de ello en los pliegos de bases y condiciones particulares, indicando la dirección de dicho sitio de Internet. En esos casos, se tomará como fecha de notificación el día hábil siguiente al de la difusión; f) Sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones de la Administración Nacional: la forma de realización de este tipo de notificación se encuentra regulada en el *Manual de Procedimiento del COMPR.AR* [...] El domicilio físico especial o el domicilio electrónico especial declarados en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO) serán válidos para cursar las comunicaciones y notificaciones durante el procedimiento de selección del contratista, durante la etapa de ejecución contractual, durante los procedimientos para aplicar las sanciones establecidas en el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones y para cualquier trámite que se realice en el ámbito de la Oficina Nacional de Contrataciones. (*Último párrafo incorporado por art. 7° de la Disposición N° 6/2018 de la Oficina Nacional de Contrataciones B.O. 25/1/2018. Vigencia: a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial*)”.

pronto despacho para tener por configurado el silencio de la Administración; en consecuencia, tampoco devendría aplicable el plazo de sesenta (60) días para resolver²⁸.

En efecto, la última parte de la normativa en análisis prevé que para impugnar judicialmente el acto administrativo dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles administrativos fijados –ampliando el hasta entonces vigente plazo de noventa (90) días previsto en el art. 25–, *no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento durante dicha ejecución*.

En consecuencia, y tal como venimos afirmando, bastaría el mero cuestionamiento en los términos indicados respecto de la decisión de la Administración para requerir posteriormente en la vía judicial su revocación.

La norma también prescribe que los actos cuestionados serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan.

En consecuencia, si nos atenemos a lo previsto en el art. 1° bis de la LNPA²⁹ que regula el tema de los plazos, lo cierto, es que podría verse plasmada una contradicción, por cuanto, si aquel prevé que cualquier presentación administrativa produce la interrupción de los plazos legales y reglamentarios, *inclusive los relativos a la prescripción*, la posterior mención acerca de que el plazo para impugnar judicialmente los actos administrativos dictados en el marco de un contrato es de ciento ochenta (180) días desde la extinción del contrato, *sin perjuicio de la aplicación de los plazos de prescripción que correspondan*, implica una postura reñida con la hermenéutica.

En efecto, si los plazos de prescripción se encuentran interrumpidos ante cualquier presentación administrativa, la posterior mención de la norma previendo un plazo de caducidad para impugnar judicialmente el acto administrativo

28 Art. 1° bis, ap. g, inc. (viii): “Cuando las normas no fijen un plazo máximo para resolver, este será de sesenta (60) días, una vez que esté en condiciones de ser resuelto por el órgano competente”.

29 LNPA, art. 1° bis, ap. i): “Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales: la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente. Los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (a) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (b) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (c) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho”.

dictado en el marco de un contrato, *sin perjuicio de la aplicación de los plazos de prescripción*, resulta cuanto menos contradictoria.

En definitiva, la regulación sobre el cuestionamiento de los actos contractuales carece de rigor científico y precisión procedimental, elementos necesarios, para dar certeza y seguridad jurídica al acuerdo de voluntades.

Más aún, no podemos soslayar, que el art. 7° de la Ley 19.549 reformado ha quitado de su articulado toda mención a la aplicación directa³⁰ –o en su defecto analógica–³¹, del Título III de la mencionada Ley de Procedimientos Administrativos, con lo cual, subyace la pregunta acerca de la aplicabilidad o no, del citado Título III a los contratos administrativos, sea en forma analógica³² o directa.

De todos modos, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto 1.030/2016, prevé en su art. 1° que “los contratos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el Decreto Delegado 1.023/01, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la Ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía”, con lo cual, es posible, que la idea del legislador haya sido eliminar una mención que se consideraba superflua por estar ya incorporada en el reglamento de ejecución aludido.

Una correcta interpretación sistemática de la Ley 19.549, el Decreto 1.759/72 y los Decretos 1.023/01 y 1.030/2016, permite concluir que el Título III de la Ley de Procedimientos Administrativos (LNPA) resulta directamente aplicable a las relaciones contractuales, mientras que el Título IV de la misma ley contiene una norma de aplicación directa y específica para los contratos administrativos”.

30 El art. 36 del Decreto Delegado 1.023/2001 modificó el art. 7° de la Ley 19.549 con el siguiente texto: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

31 El texto originario de la Ley 19.549, preveía en el art. 7° inc. f) “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuere procedente...”.

32 COMADIRA explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro (COMADIRA, Julio R., *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 14/15, nota 32).

4. PROBLEMAS QUE PLANTEA

Habiendo delimitado el marco de la reforma de la Ley de Bases en relación con el procedimiento administrativo, así como su incidencia directa en el régimen de contratos administrativos en análisis, es necesario realizar algunas consideraciones sobre cómo los contratistas del Estado pueden articular sus cuestionamientos a los actos administrativos contractuales dictados por la contraparte pública.

En primer lugar, la dinámica contractual establece que ciertos derechos jurídicamente tutelados –amparados por el bloque de legalidad del contrato, que incluye reglamentos de contrataciones, pliegos de bases y condiciones generales y particulares, especificaciones técnicas, órdenes de compra y el acto de adjudicación– podrían verse comprometidos en caso de conflicto. Esto se debe a que, de acuerdo a la reforma, se podría posponer la resolución final de un contrapunto contractual.

En efecto, ante eventuales incumplimientos de contratistas del Estado a sus obligaciones, la Administración Pública impulsará la aplicación de penalidades para resguardar el interés público comprometido y que debe proteger.

Constituye un deber ineludible de toda entidad contratante procurar y exigir que el contrato se realice oportunamente y conforme a las condiciones técnicas, económicas y financieras previstas al momento de su perfeccionamiento³³.

En segundo lugar, la Administración podrá a través de decisiones unilaterales, sustentadas en las amplias facultades que ostenta en virtud del régimen exorbitante característico del Derecho Administrativo en general, y el cual, el contratista conoce y acepta³⁴ al participar con su oferta del procedimiento selectivo en trato³⁵, aumentar o disminuir los suministros adquiridos o prorrogar el contrato, entre otras prerrogativas.

33 DUBINSKI, Guido J., “Incumplimiento del contrato administrativo. Efectos. Sanciones”, en AAVV, *Contratos de la Administración: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Diamantes en Almíbar, 2017, p. 181, disponible en http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf. Ver también DUBINSKI, Guido J., Las facultades sancionatorias de la Administración Pública en los contratos administrativos, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>; y “Contralor de la función administrativa en la celebración de contratos públicos”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El control de la actividad estatal*, T.1, *Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2016, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php>.

34 El voluntario sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación (Fallos 305:826; 307:358, 432).

35 Las normas contenidas en los pliegos permiten a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado el proponente –ahora cocontratante– oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a alguna de sus normas, debe entenderse

Finalmente, podrá penalizar al cocontratante incumplidor de sus obligaciones, mediante la aplicación de las penalidades que prevé el régimen contractual, a saber: *a)* multas por mora en la entrega, o deficiencias en la prestación del servicio, *b)* pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato, ante una rescisión intempestiva, o ante la falta de pago voluntario de la multa impuesta por incumplimiento, *c)* rescisión del acuerdo por culpa del contratista.

Oportunamente enumeramos diversas situaciones que pueden darse en el devenir de un contrato, como si una unidad operativa de contrataciones de un Ministerio adquiere computadoras, proveedor estatal deberá entregar el mismo modelo que cuente con las características ofertadas y que sirvieran de base para la posterior adjudicación; así también, deberá proveer la cantidad a la que se obligara y dentro del plazo pactado; de la misma manera, en la prestación de un servicio de limpieza debe constatarse la cantidad de personal afectado a la prestación del mismo —el cual debe respetar los parámetros del pliego y oferta—, el cumplimiento del horario respectivo, la provisión de los productos necesarios para la adecuada prestación del servicio, y, lógicamente, la verificación del cumplimiento de la finalidad prestacional convenida —será la pulcritud y limpieza de las dependencias estatales—³⁶.

De la misma manera, en materia de obra pública, deberá reflejarse el cumplimiento del plan de trabajos y la curva de inversiones presentada, conjuntamente con el proyecto aprobado sobre el que se sustentara la contratación, haciendo hincapié en el respeto de los plazos secuenciales o conclusivos de la obra³⁷.

En cuanto a la inmediatez de los efectos negativos que pueden verificarse en un contrato, la dilación de la impugnación judicial se torna incompatible con la subsistencia del contrato; tal es así, que una multa económica podría trastocar la economía del contratista, o bien, una rescisión del contrato por parte de la Administración no admitiría dilación alguna, siendo que la extinción del contrato no resulta acorde temporalmente con un mero cuestionamiento en atención a que los plazos en este caso se superponen unos con otros —en efecto, ante un contrato rescindido se aplicaría la última parte de la norma que determina la impugnación judicial dentro del plazo citado—; ante una discrepancia técnica respecto a la naturaleza de la prestación con relación a los materiales utilizados en una obra; suministros rechazados por falta de adecuación entre lo ofertado y lo entregado.

Lo señalado es, por supuesto, a título enumerativo de las diversas situaciones contractuales que puedan generar discrepancias entre las partes, y que, ante el régimen exorbitante que faculta a la administración a poner en práctica de

que las conoce en todos sus términos, las aceptó y consintió (PTN, Dictámenes 233:94; 234:452; 259:415).

36 DUBINSKI, Guido, *Contratos de la Administración...ya cit.*, pp. 182 y 183.

37 Ídem.

forma contemporánea las prerrogativas a las que hemos hecho mención, requiere medidas concretas de resguardo de los derechos de los contratistas (ante la contraposición de intereses).

5. CONCLUSIÓN

Si bien la reforma ha introducido novedades en materia de impugnación de actos administrativos contractuales, su alcance resulta limitado y su redacción imprecisa. Esta regulación fragmentada y carente de rigor técnico genera incertidumbre jurídica y dificulta la efectiva tutela de los derechos de los particulares.

De esta manera, podemos concluir, que la modificación normativa se ha quedado a mitad de camino entre la regulación de la impugnación de los actos contractuales dentro del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA y la pretensión anulatoria articulada al finalizar el acuerdo de voluntades.

En efecto, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos constituye una regulación general en donde se ha introducido una prescripción normativa específica relativa a los contratos administrativos.

Se identifican dificultades para la aplicación del nuevo procedimiento, especialmente en situaciones urgentes que pueden trastocar la economía o subsistencia del contrato, como la aplicación de penalidades o la rescisión de aquel.

En este contexto, no resulta presuroso concluir, que la modificación normativa podría haberse concretado directamente, y plasmado, en el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional³⁸, incluyendo aspectos que contemplen la ejecución contractual.

En resumen, será (nuevamente) la jurisprudencia quien tendrá la función de interpretar, ante conflicto concreto, las vicisitudes que puedan suscitarse ante las imprecisiones y omisiones de la norma.

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

Es Abogado, Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública y Jefe de Trabajos Prácticos en la materia Elementos de Derecho Administrativo, cátedra del Dr. Gallegos Fedriani, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de posgrado en diversas Universidades. Vocal de la Comisión Evaluadora de Ofertas, Jefe del Departamento de Adjudicaciones y Miembro del cuerpo de abogados de la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA). Coautor de libro *Contratos de la Administración. Teoría y práctica* y autor de diversas publicaciones de la materia. Profesorero de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

38 Decreto Delegado 1023/2001.

LA DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD. APUNTES SOBRE EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL A PARTIR DE LA LEY 27.742

PABLO A. LISTE

Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nacimiento del instituto. 3. La controversia sobre el control judicial. 4. ¿La reforma de la LPA supone algún cambio sustancial? 5. Prospectiva.

I. INTRODUCCIÓN

La denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (Ley de Bases) ha modificado en muchos aspectos la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 (LPA)¹. El propósito de este trabajo es analizar el cambio operado en el régimen del recurso administrativo extemporáneo, denominado “denuncia de ilegitimidad”. Me referiré, en particular, a la posible incidencia de esta modificación en el debate acerca de la revisión judicial de la decisión administrativa que rechaza la denuncia.

Puntualmente, el nuevo art. 1° *bis*, inc. *h*) de la LPA establece que “...una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho”. Así pues, la única diferencia respecto del texto anterior es una aclaración relativa a qué debe entenderse por “razonables pautas temporales”: se indica ahora que “en ningún caso” podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la notificación del acto.

1 En rigor, la Ley de Bases reemplazó la mayor parte del articulado de aquella norma, pero no la abrogó. En consecuencia, aún con cambios sustanciales en su contenido, sigue rigiendo el Decreto Ley de 1972.

Una primera lectura indicaría que esta reforma en nada mejora la situación del particular, pues lo único que hace es fijar un límite temporal máximo para la interposición de la denuncia.

Entiendo, sin embargo, que existen argumentos plausibles para dudar de esa conclusión. Pero conviene, antes de presentarlos, referirse muy brevemente a cómo nació la denuncia de ilegitimidad y cuál es el nivel de escrutinio que asumen los tribunales en este ámbito.

2. NACIMIENTO DEL INSTITUTO

La denuncia de ilegitimidad busca morigerar las graves consecuencias que tiene para el particular un sistema como el nuestro, que establece plazos breves y perentorios para impugnar los actos de la administración y, a la vez, exige el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la instancia judicial. Es cierto que la última reforma ha ampliado en alguna medida los plazos para impugnar. Antes, el Decreto Reglamentario 1.759/72 fijaba un plazo de quince (15) días hábiles administrativos para deducir el recurso jerárquico². El texto vigente de la LPA ahora dispone que “[e]l plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna” (art. 23, inc. *d*). A su vez, en su redacción actual, el Decreto Reglamentario 1.759/72 fija en 30 días el plazo para deducir dicho recurso (art. 90). Si bien el interesado cuenta con un plazo algo mayor –y se fija un piso en la Ley; innovación que resulta acertada–, el tiempo del que se dispone para impugnar en sede administrativa sigue siendo exiguo.

La posibilidad de presentar un recurso extemporáneo había sido admitida por la Procuración del Tesoro de la Nación incluso antes del dictado de la LPA, y fue luego fue receptada en esa norma.

En palabras del citado órgano asesor, “los recursos administrativos interpuestos fuera de término deben considerarse válidos como denuncias, capaces de provocar o incitar el ejercicio del contralor de legitimidad por el órgano competente, cuyas ventajas –por cuanto tiende a la plenitud del imperio del derecho– estimo innecesario destacar”³.

Se trata de un instituto que, en líneas generales, la doctrina considera valioso, porque posibilita el control de legalidad de ciertas decisiones aun vencidos los plazos para impugnarlas⁴.

2 Conf. el art. 90 del texto ordenado aprobado mediante el Decreto 894/2017, luego sustituido por el Decreto 695/2024.

3 PTN, Dictámenes: 59:308 (1956)

4 Cabe citar, en una posición minoritaria, la opinión de MARIENHOFF, para quien “...si una norma válida establece el plazo dentro del cual debe promoverse un recurso administrativo, dicho plazo debe ser respetado y cumplido, porque implica una idónea manifestación reglamentaria

También se ha vinculado este remedio con la obligación estatal de preservar los derechos de los habitantes y con el derecho constitucional de peticionar a las autoridades⁵.

3. LA CONTROVERSIA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL

Si bien se acepta sin objeciones que el Ejecutivo tiene la facultad de hacer lugar a un recurso extemporáneo, uno de los puntos más controversiales es la posibilidad de controlar judicialmente el acto administrativo que rechaza la impugnación intempestiva.

La Corte parece haber zanjado la cuestión hace ya veinticinco años cuando resolvió la causa “Gorordo”. El Tribunal dijo en esa oportunidad que “...la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial”⁶. Sostuvo asimismo que el interesado, al dejar vencer los plazos para recurrir, ve clausurada la posibilidad de agotar la vía administrativa; requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial.

Resulta interesante señalar que antes de dicho fallo, la Corte sostenía un criterio distinto.

En “Jaramillo”⁷, el Tribunal revocó una sentencia que había declarado mal concedido el recurso judicial contra el acto administrativo que, no obstante la extemporaneidad de la impugnación en dicha sede, se había pronunciado sobre la cuestión de fondo. Según la Corte, “...siendo facultad del Intendente haber conocido de los recursos, como lo hizo, la interposición fuera de término de los mismos perdió virtualidad a los fines de influir sobre la concesión del recurso judicial, toda vez que a este efecto ha de respetarse el trámite administrativo legítimamente impuesto a las actuaciones”⁸.

En sentido similar, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo, en el caso “Vizzioli”, que cuando la administración acoge el cuestionamiento planteado como denuncia de ilegitimidad y analiza el fondo de

del derecho de peticionar...” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, T. I, p. 734.

5 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2ª ed., Buenos Aires, Rap, 2014, pp. 493-494.

6 CSJN, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación”, 1999, Fallos: 322:73, consid. 12.

7 CSJN, “Jaramillo”, Fallos: 295:276 (1976). En sentido similar, “Díaz, Hipólito c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 308:838 (1986). Si bien estos fallos analizan un régimen distinto, la lógica subyacente difiere claramente de la adoptada en “Gorordo” a propósito del régimen recursivo de la LPA.

8 Consid.3º.

la cuestión, esa última declaración de voluntad implica un acto administrativo susceptible de revisión judicial⁹.

La Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por su parte, registra precedentes en los que –al aplicar una regulación similar a la federal– sostuvo un criterio amplio en punto al control judicial de los actos desestimatorios de la denuncia.

En el caso “Frávega S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, del 28 de diciembre de 2006, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario local sostuvo, en relación con la doctrina de “Gorordo”, que en materias de Derecho Público local no resultaban aplicables “en forma mecánica” los precedentes de la Corte Suprema. Despejado ese punto, observó que la prohibición de la revisión judicial del acto administrativo que resuelve como denuncia de ilegitimidad el recurso interpuesto fuera de término, a la luz de la consagración de un plazo brevísimo de quince días para impugnar un acto en sede administrativa –ámbito en el que el particular puede actuar sin patrocinio letrado– y cuyo vencimiento puede acarrear la pérdida de todo derecho, habida cuenta de la imposibilidad de agotar la vía, constituye una reglamentación de los derechos de acceso a la justicia y defensa en juicio que no supera las pautas de razonabilidad que exigen el art. 28 de la CN y el art. 10 de la Constitución local¹⁰.

Por su parte, la Sala I del mismo fuero adoptó un temperamento similar en los autos “Solito, Roberto c/ GCBA”¹¹. Allí se destacó que ni el ordenamiento constitucional nacional ni el local establecen excepciones a la revisión judicial de la actividad estatal. El tribunal coincidió con lo señalado en el precedente antes citado en cuanto a la irrazonabilidad de dicha restricción. Respecto de lo resuelto en “Gorordo”, postuló que resultaba posible apartarse de los precedentes de la Corte en tanto se expusieran fundamentos no considerados por aquella.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia sostuvo, al entender en la queja contra la sentencia de fondo dictada en el citado caso “Frávega”, la constitucionalidad de la norma local según la cual lo decidido por el Ejecutivo en el

9 CNFed Contencioso Administrativo, Sala II, “Vizzioli, Juan c/ Fisco Nacional – DGF”, expte. 11.228/94, 19/12/95. Luego, a partir del cambio de criterio de la Corte en “Gorordo”, la Sala modificó ese criterio. Cabe citar, sin embargo, la disidencia de la jueza Marta Herrera en los autos “Olivieri, Eduardo Enrique c/ Estado Nacional”, del 19 de junio de 2001. En ese voto, la magistrada se apartó de la doctrina sentada en “Gorordo” y sostuvo que la decisión administrativa que resuelve el fondo de la cuestión puede ser sometida a control judicial.

10 LL 2007-B, 483. En sentido similar se había pronunciado en disidencia el juez Balbín, como integrante de la Sala I de ese fuero, en los autos “Osmifa S.A. contra DGR (Res. N° 5300/ DGR/2000) sobre Recurso de Apelación Judicial c/ decisiones de DGR”, 10/9/01, TR LA LEY 35031253.

11 Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Solito, Roberto”, sent. del 1° de marzo de 2011.

marco de la denuncia de ilegitimidad resulta irrecurrible y no habilitaba la instancia judicial¹².

Si bien la línea jurisprudencial de “Gorordo” parece haberse impuesto, la diversidad de criterios reflejados en los precedentes mencionados da cuenta de que es plausible otra lectura de la LPA y de normas locales análogas; interpretación que conduciría a admitir el control judicial de la decisión administrativa desestimatoria del recurso extemporáneo.

En este punto es conveniente distinguir dos instancias en el trámite de la denuncia de ilegitimidad (más allá de que en ciertos casos puedan condensarse en un único acto). Por un lado, la decisión del Ejecutivo respecto de la admisibilidad formal de la denuncia. Por otro lado, la decisión en cuanto al fondo.

A propósito de la admisibilidad formal de la denuncia, es importante advertir que la norma contempla el trámite de la petición como denuncia de ilegitimidad *salvo* que el órgano competente dispusiera lo contrario “por razones de seguridad jurídica” o bien porque, al encontrarse excedidas “razonables pautas temporales” se entienda que ha mediado abandono voluntario del derecho. Es decir que son estas dos condiciones la que habilitan a desestimar la denuncia.

Nótese que el legislador utiliza en este punto conceptos jurídicos indeterminados. Ello nos remite al debate sobre la naturaleza de esos conceptos. Se discute, centralmente, si ellos suponen el ejercicio de facultades discrecionales (la administración puede decidir dentro de pautas razonables si el trámite de la denuncia afecta la seguridad jurídica) o, por el contrario, una única respuesta correcta (la seguridad jurídica está comprometida, o bien no lo está). Es una cuestión compleja que encuentra defensores prestigiosos de uno y otro lado. García de Enterría y Fernández, por ejemplo, postulan que “...al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución [...]. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales *sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso*, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”¹³. Desde otra perspectiva, se ha sostenido que el proceso intelectual de determinación e integración del concepto, en principio indeterminado, debe hacerse por medio de criterios discrecionales de oportunidad o mérito, salvo que el legislador hubiese fijado reglas particulares¹⁴.

12 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Frávega S.A.”, sent. del 11 de septiembre de 2013, TR LA LEY AR/JUR/64180/2013, sent. del 11/9/13.

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 17ª ed., Navarra, Thomson Reuters, 2015, T. I, p. 497.

14 BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 817. Ver también SESÍN, Domingo, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Documentación Administrativa*, N° 269-270, 2004, pp. 88-100.

Bajo este debate subyace otro, más amplio, acerca de si el ordenamiento jurídico admite siempre una única respuesta correcta o si el derecho es parcialmente indeterminado. En esta discusión resultan paradigmáticas –por mencionar solo dos– las posiciones de Dworkin y su figura del juez Hércules, capaz de discernir cuál es la única respuesta que el ordenamiento brinda para los conflictos¹⁵; y del otro lado la de Hart, para quien los casos difíciles revelan que el derecho presenta, en cierta medida, una textura abierta. Y esa textura abierta supone, en esos casos, una cuota de discrecionalidad para el órgano estatal encargado de dirimirlos¹⁶.

De todas maneras, lo relevante para este análisis es que desde ambas perspectivas se admite el control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Si se trata de una potestad discrecional, el juez debe controlar que su ejercicio no haya sido arbitrario. Si el ordenamiento admite una única respuesta correcta, el juez debe constatar que esa haya sido la adoptada por la administración. De hecho, el mérito que suele atribuirse a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados es el de haber servido como soporte teórico para un control más amplio de la actividad administrativa¹⁷.

Desde luego, según la teoría a la que adscriba el tribunal, la cuestión se abordará de distintas maneras. Si se entiende que se está frente a una facultad discrecional, es posible que se reconozca cierto margen de apreciación por parte de la administración para definir el contenido de estos conceptos; margen que en principio no existiría si la respuesta correcta viniese predeterminada por el ordenamiento.

Pero más allá de estas diferencias –sin dudas relevantes–, no parece discutirse que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por el Poder Ejecutivo se encuentra, como regla, sujeta al control judicial.

Ahora bien, negar la posibilidad de ese control sobre la decisión relativa a la admisibilidad formal de la denuncia llevaría a concluir que existen situaciones en las que la administración aplica conceptos jurídicos indeterminados y que ello resulta irrevisable.

Esto es más problemático todavía si se repara en que en este escenario dichos conceptos se utilizan para definir el alcance de derechos subjetivos, como la tutela administrativa efectiva o, incluso, el acceso a la justicia. Es que si bien en ocasiones se utilizan conceptos indeterminados para justificar decisiones que no comprometen de manera directa e inmediata derechos subjetivos (sin perjuicio de su incidencia mediata en estos), no sería esa la situación bajo análisis¹⁸.

15 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 146 y ss.

16 HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 155 y ss.

17 Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, n° 38, mayo-agosto 1962, 171-176.

18 “Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 103 del Código Aeronáutico, las concesiones de transporte aéreo interno podrán ser prorrogadas por un lapso no mayor al inicial si subsisten las

En efecto, al pronunciarse sobre la admisibilidad formal de la denuncia, lo que hace la administración es determinar si el particular tiene, o no, el derecho a recurrir el acto; primero en sede administrativa y, luego, en el ámbito judicial. Y lo debe hacer ponderando razones de seguridad jurídica, o bien una eventual demora excesiva en la interposición de la denuncia. Se trata, en definitiva, de una decisión que debe ser adoptada bajo pautas establecidas por el legislador.

Cabe señalar, en este punto, que la negativa fundada en la seguridad jurídica, en especial cuando no se relaciona con derechos de terceros, lleva a una situación en algún sentido paradójica. Es que si el acto atacado es efectivamente nulo, no se advierte cuál podría ser el interés del Estado en la subsistencia de ese acto viciado. Y si el acto es válido, es dable presumir que –desestimada la impugnación por el Ejecutivo–, el Poder Judicial tampoco lo dejará sin efecto. Dicho esto, también deben reconocerse que el legislador ha juzgado conveniente establecer, como regla general, que los actos administrativos deben ser impugnados en plazos más breves que los establecidos para la prescripción de las acciones judiciales. Y esto nos remite a la otra pauta establecida en la norma: la transgresión de “razonables pautas temporales”. Por eso, y siempre que no estén en juego derechos de terceros, es posible prever que, en términos generales, las consideraciones relativas a la seguridad jurídica estarán estrechamente vinculadas al juicio respecto del tiempo transcurrido hasta la interposición de la denuncia.

Ahora bien, cuándo se encuentran excedidas esas pautas no es algo que pueda definirse *a priori*, sino que va a depender de las circunstancias del caso. Lo mismo vale para el abandono voluntario del derecho. Eventualmente habrán de considerarse las circunstancias personales del particular, o la naturaleza del derecho que se considera abandonado.

Así, por ejemplo, al evaluarse la demora en articular la denuncia, podrían tomarse en consideración las circunstancias personales del impugnante: no es lo mismo un contratista estatal –sobre quien pesa un deber de diligencia calificado– que una persona perteneciente a un grupo vulnerable. También puede ser

razones de interés público que motivaron la concesión. El interés público parece ciertamente un concepto jurídico indeterminado pues concluye la posibilidad de por lo menos más de dos soluciones justas; aun admitiendo, empero, su pervivencia –que a la autoridad concedente toca apreciar– ello no significa que quede obligada a renovar la concesión. Similar situación es verificada con el concepto de urgencia, otro de los que habitualmente se califican como indeterminados. El art. 56, inc. 3º, ap. d) de la Ley de Contabilidad exonera en este caso la regla general de la licitación pública para seleccionar al contratista estatal. También aquí parecería que no median alternativas justas y válidas, pues concurre, o no, la urgencia. Y sin embargo, deslindado el ámbito de la responsabilidad del funcionario –que naturalmente discurre por otros carriles– no media agravio concreto que posibilite el potencial enjuiciamiento” (GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en GRECCO, Carlos M. y MUÑOZ, Guillermo A., *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999, pp. 735-736.

relevante la naturaleza del derecho al que se refiere la impugnación. Los derechos patrimoniales son en principio renunciables. Respecto de derechos de otra índole, el órgano administrativo quizá deba proceder con mayor cautela para entender que ha mediado –como señala la LPA– su “abandono voluntario”.

Más allá de cómo se interpreten estos conceptos, parece claro que la administración *debe* admitir formalmente la denuncia de ilegitimidad salvo que concurra alguna de estas circunstancias. En esta inteligencia, Balbín sostiene que “... el Ejecutivo está obligado a su tramitación y resolución siempre que, según su criterio, no existan razones de seguridad jurídica que impidan su impulso o que el interesado haya excedido razonables pautas temporales”¹⁹.

Entonces, si se concluye que la administración tiene la obligación de acoger formalmente la denuncia, siempre que no se verifique alguna de las condiciones antes referidas, parece razonable concluir que la decisión que declara inadmisibles la impugnación, en ausencia de dichas condiciones, resulta ilegítima.

Y bajo nuestro ordenamiento, toda conducta ilegítima es revisable en sede judicial. En definitiva, será el tribunal quien determine si la administración aplicó correctamente los conceptos jurídicos indeterminados incorporados a la LPA. Con qué grado de escrutinio se examinará el modo en que ha procedido el órgano decisor dependerá –como se dijo– de la posición que el tribunal asuma respecto de la naturaleza de aquellos conceptos. Pero lo que resulta claro, al menos en esta línea argumental, es que debe admitirse algún nivel de control judicial en lo que respecta a la admisibilidad formal de la denuncia.

También habría que preguntarse si –admitida formalmente la denuncia– es revisable luego la decisión sobre el fondo. En mi opinión, esta también debería considerarse sujeta al control judicial.

En efecto, parece problemático sostener que, una vez descartados los reparos fundados en la seguridad jurídica o en la tardía interposición del recurso, la decisión de la administración en cuanto al fondo no pueda ser revisada por un tribunal. Si el argumento para negar esa revisión es que no se agotó la vía administrativa, lo cierto es que la administración tuvo ocasión de examinar el acto impugnado y se expidió de forma negativa. Así pues, los fines que persigue el agotamiento de la vía (dejando de lado la discusión sobre la utilidad práctica de este requisito) estarían satisfechos con la revisión que realiza la administración sobre la cuestión de fondo en el marco de la denuncia de ilegitimidad. En otras palabras, existen razones para dudar de la razonabilidad de una regulación del acceso a la justicia que impida al interesado acudir a los tribunales cuando –según el criterio de la propia administración– la impugnación del acto ha sido deducida en un tiempo razonable y la revisión no compromete la seguridad jurídica.

19 MARIENHOFF, *Tratado...*, ya cit., t. III, p. 722.

En suma, si el Ejecutivo decide expedirse sobre el fondo del asunto planteado en un recurso extemporáneo es porque admite, al menos como hipótesis, la posibilidad de dejar sin efecto el acto atacado. Desde esa perspectiva, no se advierte por qué la revocación del acto ilegítimo por la Administración resultaría jurídicamente viable, pero no su anulación por un tribunal judicial.

Por otra parte, de poco sirve admitir la procedencia del control judicial sobre la decisión relativa a la admisibilidad formal del recurso (tesis opinable pero cuando menos plausible, según los argumentos antes expuestos) si, luego, el temperamento del Ejecutivo sobre el fondo del asunto estará exento de ese escrutinio.

4. ¿LA REFORMA DE LA LPA SUPONE ALGÚN CAMBIO SUSTANCIAL?

Más allá de los reparos esbozados, lo cierto es que la jurisprudencia, al menos de “Gorordo” a esta parte, sostiene una posición restrictiva respecto de la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones del Ejecutivo sobre recursos extemporáneos.

Empero, cabe preguntarse si la reforma introducida mediante la Ley de Bases puede tener alguna influencia en esta cuestión. Vale recordar que, en principio, lo que se agrega a la LPA es solo una precisión respecto de las razonables pautas temporales a las que se refiere la disposición sobre la denuncia de ilegitimidad: “en ningún caso podrán exceder los ciento ochenta (180) días desde la notificación”.

Como señalé al comienzo, una primera lectura sugeriría que esta modificación perjudica al interesado, al introducir un límite temporal máximo a la denuncia. Sin embargo, hay razones para matizar esa conclusión.

Si bien la norma dice que en “ningún caso” podrán excederse los ciento ochenta (180) días, esto no puede entenderse como un límite infranqueable para la administración. En efecto, si el Estado advirtiese un vicio de nulidad absoluta, debería dejar sin efecto el acto aun superados los ciento ochenta (180) días. De hecho, lo debería hacer de oficio –o instar, en su caso, la acción de lesividad–, y desde esa perspectiva parece irrelevante si ha tomado conocimiento de la nulidad a partir de un recurso extemporáneo.

Claramente, para el particular el escenario es distinto. Si la denuncia es interpuesta pasados los ciento ochenta (180) días, el interesado ya no podrá aducir que se han observado razonables pautas temporales. De todas formas, aun antes de la reforma, resultaba hartamente improbable que un juez considerase ilegítima la negativa del Poder Ejecutivo a dar trámite a una denuncia presentada luego de ciento ochenta (180) días desde la notificación del acto. Es decir que, desde un punto de vista práctico, la situación de quien recurre tardíamente no parece ser mucho peor que antes de la reforma legislativa. Pero esa quizá no sea la única consecuencia de la Ley de Bases en esta materia.

A partir de la reforma, puede entenderse que pierde algo de fuerza el argumento –esgrimido en “Gorordo”– según el cual no corresponde tratar del mismo modo a quien impugna oportunamente y a quien lo hace de forma tardía²⁰.

En rigor, el trato no sería idéntico, toda vez que el denunciante se ve expuesto a la posibilidad de que, mediante una decisión fundada, la administración concluya que en su caso median razones de seguridad jurídica o se han excedido razonables pautas temporales (incluso antes de los ciento ochenta (180) días).

Ahora, además, rige un límite temporal que es similar al plazo de caducidad del que se dispone para iniciar la demanda judicial²¹. De hecho, Comadira señalaba, al comentar el texto anterior, que un criterio útil para determinar la razonabilidad del exceso era el plazo legal para el inicio de la acción judicial²².

Esta precisión evita posibles reparos fundados en la posibilidad de que los actos administrativos sean objeto de revisión por parte de los tribunales sin ningún límite temporal (o con el solo límite que impone el instituto de la prescripción).

También es importante advertir que ahora el legislador reconoce expresamente que hasta los ciento ochenta (180) días es plausible sostener que no se han excedido razonables pautas temporales. Como fuera señalado, esto no significa que automáticamente cualquier denuncia articulada antes de ese límite deba ser considerada admisible. Nuevamente, juegan aquí los conceptos jurídicos indeterminados a los que me referí antes. Por ejemplo, puede haber razones relevantes de seguridad jurídica que conduzcan a desestimar la denuncia incluso antes de transcurrido ese tiempo.

Sin embargo, desde el momento en que el legislador sostiene que es posible (aunque no necesario) que el recurso presentado dentro de ese marco temporal resulte admisible, cobra mayor fuerza la idea de que la administración debe motivar adecuadamente su decisión desestimatoria (deber que, desde luego, existía antes de la reforma, pero que ahora resulta más patente para las denuncias articuladas dentro de ese lapso). Es decir que el acto que declara formalmente inadmisibles la denuncia formulada dentro de los ciento ochenta (180) días debería contar con una fundamentación mayor que la exigible cuando el rechazo se refiere a un recurso deducido con posterioridad. Cuando no se ha trasgredido ese límite, la duda debería jugar a favor del interesado, y en consecuencia el Ejecutivo debería explicitar con mayor detenimiento los fundamentos de la decisión desestimatoria. Así pues, como fue señalado anteriormente, el alcance de los conceptos

20 Vale advertir, de todas formas, que se trataría de un *trato desigual* que no ocasionaría un perjuicio a quien recurre el acto de forma tempestiva.

21 Con la reforma, la LPA fija el plazo general de caducidad para iniciar la demanda en ciento ochenta (180) días hábiles judiciales (art. 25). El plazo no es idéntico porque el relativo a la denuncia debe computarse en días hábiles administrativos. La diferencia, a estos efectos, no es sustancial.

22 COMADIRA, Julio, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 77.

jurídicos indeterminados contenidos en la LPA deberá establecerse en función de las circunstancias concretas del caso. Y lo decidido por la administración sobre ese punto, tratándose de recursos articulados antes del límite temporal fijado por la norma, podrá ser revisado en sede judicial.

En suma, el límite de ciento ochenta (180) días podría servir también, desde esta perspectiva, a la causa de quienes sostienen la procedencia del control judicial de los actos que rechazan recursos extemporáneos. Cuando menos, el control de aquellos actos relativos a recursos interpuestos una vez vencidos los treinta (30) días previstos para el recurso jerárquico, pero antes del referido límite.

5. PROSPECTIVA

Llegado este punto, cabe preguntarse si los tribunales mantendrán el criterio contrario a la posibilidad de revisar el acto que resuelve la denuncia de ilegitimidad, o si la pauta introducida por el legislador mediante la Ley de Bases propiciará una nueva línea jurisprudencial.

Las consideraciones precedentes permiten conjeturar que esto último es, al menos, posible. Por un lado, el límite de 180 días despeja el eventual temor de que las decisiones de la administración se encuentren sujetas a revisión judicial de forma indefinida (o por lapsos extensos como los establecidos para la prescripción). Por otro lado, el hecho de que el legislador reconozca que la denuncia formulada hasta los ciento ochenta (180) días de vencido el plazo puede (aunque no necesariamente debe) ser formalmente admisible, llevaría a exigir una motivación mayor del acto desestimatorio de la impugnación deducida dentro de ese marco temporal. Ello, a su vez, robustece la idea de que los jueces pueden revisar los fundamentos que invoque la administración para declarar inadmisibile el recurso extemporáneo.

Y en los casos en que la administración dé curso a la denuncia y se expida sobre el fondo, la última reforma legislativa quizá ofrezca la ocasión de retomar la línea jurisprudencial que considera revisables también esas decisiones.

Cabe considerar, también, la cuestión relativa a la existencia y alcance del margen de apreciación del que dispondría la administración para definir el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados previstos en la LPA. En particular, en casos en los que ese contenido incide en los contornos de derechos fundamentales, como sucede en la regulación de la denuncia de ilegitimidad. Pero esta última discusión exige, como paso previo, admitir la revisión judicial de las respuestas que el Ejecutivo da a los recursos extemporáneos.

PABLO A. LISTE

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia y Magíster en Derecho por la Universidad de Palermo. Profesor

Adjunto de Derecho Administrativo y también de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretario Letrado en la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IMPACTOS DE LA LEY DE BASES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

NATALIA MORTIER

Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Secretaria en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones del Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción: ¿Un nuevo derecho administrativo?. 2. La acción de lesividad en nuestro sistema. 3. Administración y administrado frente al acto nulo. 4. Interdicción de suspensión administrativa del acto que confiere derechos. 5. Prescripción de la acción. 6. La tutela judicial efectiva. Las garantías del administrado. 7. Corolario.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO?

La acción de lesividad es uno de los temas ausentes en la Ley 27.742¹. Una vez más se dejó pasar la oportunidad para regular el instituto, aunque pueden extraerse algunas pinceladas de luz a partir de ciertas limitaciones a las prerrogativas que constituyen verdaderas garantías frente a la potestad revocatoria.

En cuanto al contexto en el que se aprobó la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), cabe recordar que, a fines de diciembre de 2023, se concretó el ingreso la nueva gestión del gobierno nacional, proclamando el equilibrio fiscal, Estado mínimo, privatización de empresas públicas, dolarización y eliminación del banco central, desregulación económica e intervención mínima del estado en la economía.

En este marco, con fecha 21 de diciembre de publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023 que dispuso, a través de sus

* Las ideas que aquí se intentan compartir se gestaron gracias a la amable invitación que me extendiera la querida Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), entidad que nuclea a tantos prestigiosos juristas muchos de los cuales además son entrañables colegas de estudio, hoy operadores del derecho administrativo desde distintos y variados roles. Esto último enriqueció las de por sí magníficas Jornadas en las que discurrió el Seminario “Bases para la libertad en el procedimiento administrativo argentino” los días 26 y 27 de agosto de 2024. <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2024/bases-para-la-libertad-en-el-procedimiento-administrativo-argentino>.

1 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, BO 08/07/2024.

más de trescientos sesenta (360) artículos, la modificación más importante hasta entonces en toda la historia de la democracia.

Así, se derogaron más de cincuenta leyes, y se modificaron muchísimas otras, entre ellas cabe citar por su trascendencia al código civil, código aduanero, código aeronáutico, la ley de sociedades, la de obras sociales, de contrato de trabajo, de negociación colectiva y asociaciones sindicales, y de propiedad automotor².

2 Mediante el Decreto 70 del 20 de diciembre de 23 se derogaron 9 leyes en materia de Regulación Económica, la de Promoción Comercial, la del Observatorio de Precios, la Ley de Locación de Inmuebles con Fines Turísticos, la Ley de Góndolas, la de Mercados Mayoristas, la Ley de Abastecimiento, la Ley de Compre Argentino, la Ley de Pasta Celulosa y Papel para Diarios y la Ley de Actividad Comercial de Supermercados. Se hicieron dos modificaciones importantes en la Ley de Tarjetas de Crédito y en la Ley de *Warrats*, y se derogó la obligación de depósito del judicial en el Banco Nación.

En cuanto a la Reforma del Estado se modificaron la Ley de Sociedades Comerciales en lo relativo a la participación estatal en empresas y la Ley de Control del Sector Público 24.156; y se derogaron 5 Decretos Leyes: de Sociedades de Economía Mixta, de Empresas del Estado, de Compre Nacional, de Haberes Jubilatorios, de Sociedades del Estado, y se reformó profundamente la Ley de Reforma del Estado 23.696 en lo referente a la propiedad participada y en la derogación de la necesidad de venia del Congreso Nacional para declarar una empresa estatal como “sujeta a privatización”.

En materia de Empleo, se derogaron 3 leyes de empleo privado y se modificaron varias leyes de gran relevancia como la Ley del Contrato de Trabajo, la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo, la Ley de Asociaciones Sindicales, la Ley de Trabajo Agrario, la Ley de Teletrabajo y la de Negociación Colectiva.

En cuanto al Comercio Exterior, se derogó la ley de prohibición de importación de mercaderías y se modificó vastamente el Código Aduanero.

En el sector de la Bioeconomía, se derogaron 17 normas, entre ellas, la ley de limitación de extranjeros en la posesión de tierras rurales, varias leyes relativas a la vitivinicultura, la ley que regulaba el azúcar, la ley de olivicultura, la ley de algodón, de yerba mate, la de promoción industrial, la de sanidad animal y se modifica el Instituto Nacional de Yerba mate.

Específicamente con relación a la minería y energía, se derogaron 7 normas y se modifica la Ley 27.424 de fomento a la generación distribuida de energía eléctrica integrada la Red eléctrica.

En lo referente al transporte aerocomercial se derogaron 3 normas y se produjeron profundas modificaciones al Código Aeronáutico. Asimismo, se modificó la ley de rescate, autorizándose la cesión parcial o total del paquete accionario de Aerolíneas Argentinas y Austral, y de sus empresas controladas a los empleados en las respectivas empresas de conformidad con el programa de propiedad participada.

Se derogó la Ley de Locación de Inmuebles y varios artículos del Código Civil y Comercial y se modificaron otros tantos, en los que se destaca la posibilidad de pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal del país y su respectiva obligación de cancelación en dicha moneda, sin que el juez pueda autorizar la modificación de la moneda.

En cuanto al Sistema de Salud se derogaron las leyes de asistencia financiera para la investigación y producción de medicamentos y el decreto que establecía un tope para el aumento de las obras sociales y medicinas preparadas. A su vez, se modificaron la ley del régimen de trazabilidad y verificación de los productos de salud, se la ley de recetas electrónicas, de medicamentos genéricos y de actividad farmacéutica, así como el derecho de opción de cambio de obra social.

A los pocos meses del DNU y en un hecho jurídico también sin precedentes se modificaron 22 de 32 artículos del hasta entonces Decreto Ley de Procedimientos Administrativos 19.549/72 (LPA) en uno de los títulos de la Ley de Bases 27.742, que con 267 artículos produce otra trascendental transformación del Derecho Público Federal.

Esta Ley, publicada en el boletín oficial el 8 de julio de 2024, declara la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año y se delegan en el Poder Ejecutivo las facultades vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia, en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases que la ley establece en el art. 2º³.

Asimismo, faculta al Poder Ejecutivo a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada: la modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario; y la reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos⁴.

Declara sujetas a privatización a varias empresas y se modifica la Ley de Reforma del Estado 23.696, establece la renegociación de contratos públicos. En el capítulo cuatro se modifica la Ley de Empleo Público, y en los subsiguientes se establece la regularización laboral en el sector privado, se modifica la ley de contrato de trabajo, la ley de empleo y la ley de trabajo agrario. Se modifican

En cuanto a Comunicación se produjeron dos importantes modificaciones en la ley de servicios de comunicación audiovisual y en la Ley de Argentina Digital; en el primer caso se eliminaron restricciones en cuanto a la multiplicidad de titularidad de licencias de servicios y en la segunda ley se incorporó la radiodifusión por suscripción de acuerdo al protocolo IPTV y el registro de facilidades de sistemas satelitales de comunicaciones y su prestación en forma libre.

Asimismo, se modificó la Ley de Deportes y nuevamente la Ley de Sociedades Comerciales en cuanto a las posibilidades de las asociaciones y entidades sin fines de lucro de participar en contratos asociativos o en formar parte de sociedades anónimas e incluso en transformarse en sociedades civiles y comerciales con una mayoría especial.

Finalmente, se derogaron 3 leyes en materia de turismo (reglamentación hotelera, el régimen de tiempos compartidos y la actividad de los agentes de viajes) y se modificó la normativa del Registro Automotor, el Decreto Ley 6.582/58.

3 a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común; b) reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas; y c) asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas.

4 Se excluyen las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo y el Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan; asimismo dispone que el Poder Ejecutivo no podrá disponer la disolución de determinados organismos.

también la Ley de Hidrocarburos y la ley corta, la Ley 27.007 y las Leyes 24.076 y 24.065 de gas natural y energía eléctrica, disponiéndose la unificación de los entes reguladores se modifica.

En el título séptimo se establece el régimen de incentivos para las grandes inversiones conocido como RIGI, y mediante el título ocho se establecen beneficios impositivos en modificación a la Ley 24 674.

Por último, en el título nueve se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar las normas que resulten necesarias para el establecimiento de los procedimientos congruentes con los propósitos de la ley.

Persiste sin embargo la necesidad de regulación de la vía procesal de lesividad, tal como lo han hecho varias provincias a través de sus códigos contenciosos provinciales⁵, vacío normativo que ha generado no pocos debates en cuanto a sus requisitos procesales, no sólo en nuestra doctrina sino también diferentes a través posturas de las posturas adoptadas a lo largo del tiempo, tanto por la Corte Suprema como por la Procuración del Tesoro de la Nación⁶.

Se trata de una cuestión de importancia en nuestra rama del Derecho que, más que la preservación de la juridicidad de la Administración, hace al resguardo del Estado de Derecho al alcance los derechos acordados a los particulares al amparo de una potestad que muchas veces ha sido ejercida con intensidad e irrazonabilidad por parte del estado muchas veces por parte de un estado con resabios autoritarios⁷.

No se trata de banalizar la preservación de la antijuridicidad, sino de lo que se trata es de definir los contornos bajo los cuales la Administración puede accionar “por la preservación de la juridicidad misma” contra derechos efectivamente ingresado al patrimonio. Cabe recordar en este aspecto el amplio contenido del derecho de propiedad según las palabras del máximo tribunal en el caso “Bourdié c/ Municipalidad de la Capital”⁸ (1925), al afirmar que “[e]l término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses

5 Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Córdoba, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Chaco, Tucumán.

6 Ampliar en SILVA TAMAYO, Gustavo, “Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa (A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)”, *DPI, Diario Administrativo* Nro. 245, 16.07.2019 y en el meduloso trabajo “El acto administrativo en la jurisprudencia de la PTN” *Revista Broquel* n°18, PTN, 31 octubre, 2021; y en COMADIRA, Fernando Gabriel, “Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad”, *RAP*, año 41, nro. 486 (marzo 2019).

7 Ver el indispensable trabajo de D’ARGENIO, Inés, “Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario” en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; Año 08, Nro. 41, UNLP, año 2011.

8 CSJN, Fallos: 145:307, sentencia del 16/12/1925.

apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad...”.

2. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD EN NUESTRO SISTEMA

Dentro de estos contornos, la acción de lesividad juega un papel central en tanto es aquella demanda contencioso administrativa que entabla el Estado con el objeto de que se declare judicialmente la nulidad de un acto administrativo.

Calificada doctrina la ha conceptualizado como “aquella que sólo puede ser esgrimida por la Administración Pública para reclamar la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos que no puede revocar en su sede por hallarse vedada esa facultad en las leyes respectivas”⁹.

El fundamento constitucional de la acción de lesividad –única vía posible para erradicar el acto administrativo del mundo jurídico, cuando se dan las condiciones impeditivas de la revisión de oficio–, está apoyado en un trípode constituido por el respeto al debido proceso, al derecho de propiedad y al principio de división de poderes¹⁰.

La nueva ley mantiene la obligación de la interposición de la acción para obtener la nulidad de todos los actos administrativos que generaron derechos en vías de cumplimiento –salvo los supuestos de dolo que llamativamente ensanchan las facultades de la administración– y no lo exige en los demás casos de los arts. 17 y 18.

Pues bien, antes de ingresar en el análisis del sistema de nueva Ley, resulta importante recordar que existe un principio general de conservación de los actos y una regla de interpretación constitucional que consagra la presunción de validez de los actos estatales¹¹, de tal modo que toda ley se considera constitucional, toda sentencia se considera válida y todo acto de la Administración se considera legal¹². En este entendimiento, la presunción de legitimidad es una presunción de

9 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 604.

10 STJ de Chubut, en autos “Korn, Enrique Alejandro c. Pcia. del Chubut” s/Demanda de Nulidad de Decreto 1600/95”, sentencia del 4/10/00, SAIJ Sumario Q0010445.

11 Del mismo modo en que lo hace la Ley de procedimiento Administrativo italiana 241 del año 1990.

12 FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, T. I, p. 292, 1968.

regularidad, de validez¹³, es decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente que le resulta aplicable al acto¹⁴.

La doctrina y jurisprudencia se han dividido entre quienes reconocen al acto nulo presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, y quienes sólo reconocen lo primero o sólo el segundo carácter¹⁵. Gordillo apunta que es irrazonable otorgar ejecutoriedad a un acto manifiestamente nulo, de modo que sostiene que el principio general en estos casos es que el recurso suspende los efectos del acto.

La Corte Suprema en el caso “Pustelnik”¹⁶ (1975) señaló que el acto irregular que ostenta un grave error de derecho carecía de presunción de legitimidad.

Es un principio general de nuestro sistema jurídico que toda nulidad requiere declaración judicial. De tal modo, cuanto mayor sea la restricción de la potestad revocatoria, mayor compatibilidad habrá del ejercicio de la potestad pública con el resguardo de las garantías individuales y el mandato constitucional de la división de poderes.

Gordillo afirma que “mientras que algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad, en el sentido de que la administración podría en todo momento y sin limitación dejarlo sin efecto, el derecho administrativo argentino ha evolucionado en sentido inverso, a punto tal que en su estado actual consideramos que puede señalarse precisamente una característica inversa para el acto administrativo: Su estabilidad. En suma, la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa... Pero conviene no olvidar que su base es constitucional y proviene de la seguridad jurídica a favor de los derechos de los individuos frente al poder público”¹⁷. En la misma línea doctrinaria el maestro refiere a las posturas de Marienhoff y Linares.

La Ley de Bases modifica el sistema de los arts. 17 y 18 y unifica el sistema en la protección del acto favorable que se encuentre notificado, sin requerir que se encuentre firme y consentido como lo hacía hasta ahora en función de la modificación otrora introducida por el Decreto Ley 21.686/77. Ya con anterioridad la doctrina insistía en que debían superarse viejas exigencias de fallos y autores que

13 Conf. DROMI, José Roberto “Presunción de legitimidad”, en AAVV *Acto y procedimiento administrativo*, p. 80, Buenos Aires, 1975.

14 La circunstancia que determina la validez de un acto administrativo consiste en la correspondencia de éste con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado, esta es la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, como lo destaca la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes: 126:27; 203:47).

15 Ampliar en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. III, capítulos V y VI, 2007.

16 CSJN, Fallos, 293: 133.

17 GORDILLO, T III cit., cap. VI.

no han sido sino fuente de confusiones y que deben ser resumidas en un único requisito de que el acto esté notificado¹⁸.

Sin embargo, la falta de previsión de la acción de lesividad en la ley de bases impide consumir el sistema de tutela administrativa efectiva que propone el nuevo texto legal y de esta manera completar sistemáticamente la regulación de la cuestión de un modo coherente e integrado, sin dejar tantos aspectos librados a la interpretación judicial en cada caso concreto, lo que destiñe el valor seguridad jurídica.

Aun así, son saludables especialmente dos aspectos que se relacionan con el ejercicio de la acción de lesividad y que contribuyen de algún modo a dotar de más seguridad jurídica del instituto. Lo que subyace en la norma es una mayor restricción a la potestad anulatoria de la Administración con mayores garantías en favor de los particulares. En especial en lo que hace al tema a abordar, me centraré en dos nuevas reglas jurídicas con impacto en la figura en comentario: *i*) el reconocimiento de la competencia judicial para suspender los actos administrativos irregulares estables que generan derechos y *ii*) la incorporación del instituto de la prescripción de la acción judicial.

3. ADMINISTRACIÓN Y ADMINISTRADO FRENTE AL ACTO NULO

En sede administrativa, el particular cuenta con un fugaz plazo de treinta (30) días para *recurrir administrativamente* el acto, de lo contrario adquirirá firmeza¹⁹. Esta firmeza implica en los hechos cosa juzgada administrativa y judicial ya que el particular no podrá luego impugnar judicialmente el acto administrativo.

En sede judicial, el administrado deberá animarse a una verdadera carrera de postas ya que en el brevísimo plazo de treinta (30) días antes mencionado debe *agotar la vía administrativa* para luego, en el austero plazo de ciento ochenta (180) días iniciar la *acción judicial de impugnación de acto administrativo*. En los hechos, la prescripción de su acción se produce a los treinta (30) días de notificado del acto administrativo.

La Administración, por su parte, frente al acto nulo debe *revocarlo por ilegitimidad*²⁰ en su propia sede siempre que respete las limitaciones que surgen del art. 17 de la hoy Ley de Procedimientos Administrativos en cuanto prevé que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa siempre

18 GORDILLO, T III cit., cap. VI-12.

19 Luego, tampoco podrá impugnar judicialmente el acto en los términos del art. 23 inc. a) de la Ley.

20 Un gran sector de la doctrina prefiere emplear el vocablo “anulación” para el supuesto en que el Estado deja sin efecto un acto por razones de *ilegitimidad*, reservando el término “revocación” para los casos en que lo hace por razones de *oportunidad, mérito y conveniencia*. Ampliar en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. III, capítulo VI, 2007.

que no estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, o incluso en estos casos si hubo dolo del administrado.

Hasta hoy gran parte de la doctrina y jurisprudencia habían entendido que la administración puede solicitar *sine die* la anulación judicial de su propio acto al amparo del anterior art. 1047 del Código Civil, actual art. 387 del Código Civil y Comercial Unificado.

En cuanto al plazo de prescripción aplicable a la acción de nulidad cuando la entabla el Estado (acción de lesividad), hasta el dictado de la Ley de Bases gran parte de la doctrina y jurisprudencia habían entendido que la administración podía solicitar *sine die* la anulación judicial de su propio acto al amparo del anterior art. 1047 del Código Civil, actual art. 387 del Código Civil y Comercial Unificado.

De modo que teníamos un sistema legal en el que por “razones de seguridad jurídica”, el acto debe ser recurrido por el *administrado* en un plazo fugaz independientemente de la entidad de vicios que lo afecte; mientras que, por razones de orden e interés público *el Estado debe* pedir judicialmente la anulación del acto en cualquier momento porque el acto afectado de nulidad absoluta es imprescriptible²¹.

La *obligación* de interponer la acción de lesividad ha sido resaltada por la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha señalado que frente al acto administrativo irregular firme y consentido que generó derechos subjetivos en cumplimiento, la Administración no puede dejar subsistente tal irregularidad, y debe pedir su anulación judicialmente²². La doctrina también afirma que la promoción de la acción es “un deber de cumplimiento inexcusable que incumbe a la autoridad administrativa” ya que “no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto administrativo ‘irregular’, dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto”²³.

Por otro lado, fuera de los casos en que *debe* ejercer la potestad revocatoria en su sede, la administración incoará judicialmente la acción de lesividad. ¿Cuáles son el resto de los casos? Pues bien, según el sistema de la ley quedan sometidos al juez tanto la lesividad de los actos nulos (salvo dolo) como de los anulables que generen derechos subjetivos que se estén cumpliendo o de objeto cumplido.

De acuerdo con el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Administración.

21 CSJN, “Los Lagos”, 1941, Fallos 190:142.

22 PTN, Dictámenes: 183:275; 200:133; 205:128; 92:170; 170:155; 207:517; 182:170; 206:141.

23 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 153 a 155.

Como conclusión del sistema legal anterior, frente al acto absolutamente nulo el administrado se enfrentaba a plazos brevísimos con consecuencias fatales, mientras que la Administración podía solicitar la anulación judicial, en muchos casos *de por vida*, plazo que el derecho argentino reserva para situaciones de graves violaciones de derechos, como las de lesa humanidad o las cuestiones de familia.

4. INTERDICCIÓN DE SUSPENSIÓN ADMINISTRATIVA DEL ACTO QUE CONFIERE DERECHOS

Esta introducción en la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) es una verdadera innovación, que no existía en la norma anterior y generaba distintas interpretaciones jurisprudenciales, hoy superadas por un esquema compatible con los principios que informan el estado de derecho.

El art. 17 en su nueva redacción dispone que no podrán suspenderse los efectos de los actos administrativos afectados de nulidad absoluta en los mismos supuestos en los que no se admita la revocación administrativa. Asimismo, prevé que el acto regular no puede ser suspendido una vez notificado.

Ya hemos explicado que la administración deberá revocar en sede administrativa el acto notificado del que surjan derechos subjetivos en cumplimiento o con objeto cumplido únicamente si hubo dolo. Además, deberá revocar en cualquier caso el acto administrativo favorable nulo o anulable con efectos futuros.

Fuera de estos casos, la administración no tendrá más remedio que acudir al juez, tanto para derribarlos del mundo jurídico cuanto para suspender sus efectos, es decir, la ejecución de un acto favorable.

Esta cláusula viene a hacer un indudable aporte a la seguridad jurídica y al principio constitucional de división de poderes, así como la garantía de juez natural ya que, hasta hoy, era moneda corriente que previo a iniciar la acción de lesividad la administración suspendiera los efectos del acto administrativo “sospechado de nulidad” y así “congelara” los derechos otorgados mediante aquél. De este modo se evitaba que el acto administrativo adquiriera la firmeza que en el viejo sistema constituía una verdadera valla para la potestad revocatoria.

Esta práctica lograba que se produjera la consecuencia que la norma precisamente quería evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior; lo que “es eminentemente peligroso en un país como el nuestro en que cada administración demoniza a la anterior, y utiliza una inexistente potestad revocatoria para castigar al antes beneficiado y hacer público escarnio con ello, sin acudir a la justicia. La administración debe pedir la anulación en sede judicial, si considera que el acto es inválido, y nada le impide pedir judicialmente, como medida cautelar, la suspensión del acto. No se trata de que la administración quede inerte frente a eventuales actos nulos de sus predecesores,

sino que se presente como corresponde ante la justicia para pedir la cesación o suspensión de sus efectos”²⁴.

A pesar de las críticas a esta práctica administrativa, gran parte de la doctrina y jurisprudencia admitieron hasta hoy la potestad de la Administración de suspender los efectos del acto no firme. Las posturas básicamente se dividían en tres grandes grupos, quienes entendían que el art. 17 de la LPA vedaba a la Administración suspender los efectos aún pendientes de los actos administrativos sin que medie declaración judicial²⁵, quienes aceptaban la suspensión administrativa pero sólo transitoriamente y quienes sostenían que la “potestad de restablecimiento de la legalidad” era “inherente” a la Administración y encontraba cauce en las atribuciones que emergían del art. 12 de la LPA.

Esta última postura fue criticada por otro sector de la doctrina para el cual la prohibición de suspender el *acto estable favorable* –el que confiere derechos a los particulares en el anterior sistema– debe ser distinguida de la obligación de suspender el *acto de gravamen* –el que impone deberes o sanciones, p. ej., una multa– cuando se invocare fundadamente una nulidad absoluta. Este último es el supuesto previsto por el art. 12 de la LPA, también con nueva redacción, vale añadir.

En este sentido, cabe recordar que “[n]o hay solamente una categoría ‘suspensión del acto administrativo’ sino dos supuestos bien diferenciados: a) Suspensión del acto que confiere derechos, que está prohibida por el art. 17 y b) suspensión del acto que impone cargas o deberes al individuo, que constituye entonces un deber de la administración cuando existe nulidad absoluta. En virtud de lo expuesto, los efectos favorables o prestaciones originadas por el acto que hayan tenido comienzo de ejecución, no pueden ser interrumpidos por la administración, sea por revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto”²⁶.

Desde esta perspectiva, fuera de los casos previstos en el art. 12 no es posible admitir facultades inherentes de la administración para privar de efectos un acto administrativo pues este acto sería un nuevo *acto de gravamen* que requiere sea dictado en ejercicio de potestades expresas. Ciertamente, el acto de gravamen no puede ser emitido en ejercicio de potestades inherentes.

La Corte Suprema ha tenido una jurisprudencia oscilante en cuanto a la admisión de las facultades de la administración de suspender los efectos del acto²⁷, e incluso en varios precedentes ha aceptado únicamente la suspensión transitoria de los efectos de aquél, vaivenes que también se observan del estudio de los precedentes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

24 GORDILLO, Agustín, T III cit., cap. VI.

25 GORDILLO, Agustín, T III cit., cap. VI-14.

26 GORDILLO, Agustín, *ibid.*

27 Son interesantes los hechos del caso que precedieron el pronunciamiento de la Corte en autos “Miragaya”, Fallos 326:3316.

En efecto, antes del año 2006, la PTN había considerado factible esta posibilidad²⁸. En el año 2006 modificó su criterio²⁹ y rechazó hasta 2018 la posibilidad de que la administración suspendiera los efectos del acto³⁰. En ese año y hasta el año 2021 volvió a admitirlo mediante dictamen IF-2021-18545425-APN-PTN³¹ del 3/3/2021³².

Pues bien, la nueva ley prevé en su art. 17, segundo párrafo, en forma expresa, que “[n]o podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta cuando no se admita su revocación en dicha sede” de modo que finalmente se podrá quicio a una vieja costumbre de la administración de suspender sin intervención de un juez el goce de derechos de los particulares³³.

Por fin, la ley de bases revitaliza el rol de juez en este aspecto y dispone expresamente la imposibilidad de la administración de suspender sin intervención judicial los actos que ella misma reputa lesivos.

En síntesis y congruentemente con la génesis constitucional del sistema de división de poderes, hoy corresponde a un magistrado o magistrada decidir la suspensión de efectos del acto administrativo favorable mediante una medida cautelar accesoria a un proceso judicial (de lesividad) que debe promover la administración³⁴.

5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Antes de ahora, ante la falta de norma de derecho público que regulara el instituto, los plazos de prescripción del Código Civil y Comercial –sea que se lo considere derecho privado o derecho común– resultaban aplicables a las relaciones de derecho administrativo federal, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de la materia. Volveré sobre este punto, hoy saldado por la Ley de Bases.

El nuevo texto del Código Civil y Comercial incorporó expresamente al original de Vélez³⁵ la imposibilidad de sanear el acto por prescripción, lo que ya

28 Dictámenes 156:273; 164:15; 164:17; 168:523; 218:217:246:125; entre otros.

29 Dictámenes 259:011.

30 Dictámenes 307:167.

31 Expediente 28870/2017 “Fernández Cristina Elisabeth c/ Ministerio de Desarrollo Social y otros s/ nulidad del acto administrativo”.

32 Ver un meduloso análisis de las posturas del órgano asesor en COMADIRA, Fernando G., “Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad”, *RAP*, Año 41, Nro. 486 (marzo 2019) disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Comadira_-_Dictamen_PTN_307-167_Vf.pdf.

33 CSJN, Miragaya Fallos: 326:3316.

34 Artículo Ley 26.584 a la que expresamente remite la LPA.

35 El art. 1047 del antiguo CC señalaba que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por

prestigiosa doctrina nacional³⁶ había propiciado aun cuando ningún texto expreso había declarado imprescriptible a la acción de nulidad. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en reiteradas oportunidades, de igual modo que la nulidad absoluta y la absoluta y manifiesta son imprescriptibles para la Procuración del Tesoro³⁷.

Prestigiosa doctrina como el maestro Fiorini sostenía que cuando un acto administrativo vulneraba intereses públicos, el mismo no podía legalizar adquisiciones como si fueran derechos particulares por medio de la prescripción, ello con fundamento en el orden público y la protección de bienes indisponibles³⁸. En esta línea Gordillo también ha opinado que frente al acto gravemente nulo “la acción y el recurso administrativo debieran considerarse imprescriptibles”³⁹. Además sostenía que la imprescriptibilidad debía ser para ambas partes: administración y administrado.

Ahora bien, pareciera inadecuado a un Estado Convencional de Derecho que un acto administrativo sea inimpugnable administrativa ni judicialmente luego de transcurridos treinta (30) días para el administrado; mientras que la impugnación judicial del mismo acto (lesividad) resulte para la administración imprescriptible.

A partir de esta conclusión, admitir que el acto administrativo resulta judicialmente impugnado por el Estado *ad eternum* atentaba contra razones de igualdad, justicia y de seguridad jurídica, contrario al principio general de conservación de los actos y a la razonable equivalencia entre administración y administrado, afectando el contenido de su derecho de propiedad pues será titular de un derecho debilitado, que en cualquier momento puede ponerse en tela de juicio en pleito.

Previo al dictado de la ley de bases, la prescripción en el derecho administrativo se ha integrado por las previsiones del Código Civil de Vélez –primero– y del Código Civil y Comercial (CCyC) después. Con relación a la aplicación directa del plazo de imprescriptibilidad del art. 387 CCyC⁴⁰ a las cuestiones de

todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

36 Entre ellos, GORDILLO y HUTCHINSON, quienes fueron durante tantos años parte de maravillosos encuentros de profesores italoargentinos de derecho administrativo en el marco de las jornadas organizadas por la AIAPDA.

37 PTN, Dictamen N°73/1993.

38 FIORINI, Bartolomé A., “Derecho Administrativo”, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 589.

39 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., T. IV, cap. VIII-9, 2010; y en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2016.

40 Art. 387 CCC: “Nulidad absoluta. Consecuencias. La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que

Derecho Administrativo, ya antes de la modificación efectuada por la Ley de Bases hemos señalado que existía una incompatibilidad de fuentes que impedían aplicar dicha estipulación a las nulidades administrativas⁴¹.

Al respecto, quisiera agregar que con un texto ligeramente diferente al de su antecesora⁴², la cláusula civil dispone que la nulidad absoluta puede alegarse por todos los interesados, “excepto por la parte que invoque la propia torpeza⁴³ para lograr un provecho”. Ese sería justamente el supuesto que tornaba inaplicable el sistema civil en forma directa, sin discriminaciones ni adaptaciones que se adecuen a la naturaleza administrativa del plazo. En definitiva, la analogía con que debe aplicarse el derecho civil al régimen de nulidades del acto administrativo resultaba un obstáculo a fin de considerar imprescriptible la acción de lesividad del acto firme que ha generado derechos subjetivos⁴⁴.

Aun así, la jurisprudencia y doctrina se movieron hasta aquí sobre las hipótesis de imprescriptibilidad (art. 387), plazo genérico y residual de 5 años (art. 2560) y plazo de dos (2) años (art. 2562).

Tras este sinuoso camino, por fin la Ley 27.742 establece un plazo de prescripción de naturaleza administrativa (federal) al que deberá atenerse la administración como un límite infranqueable a la potestad pública de desbaratar derechos acordados en beneficio del interés público superior.

Recobra así vigencia y vitalidad aquella regla de la Corte que en 1936 afirmó que “el orden público se interesa en que los derechos adquiridos bajo el amparo de resoluciones definitivas queden inmovibles” ya que “de otro modo no habrá régimen administrativo ni judicial posible”⁴⁵.

De esta forma hoy la administración cuenta con un plazo de diez (10) años o dos (2) años, a los fines de incoar la acción contencioso administrativa de lesividad, según se trate de un acto irregular o regular. Ese plazo deberá contarse desde el dictado del acto viciado. También desde producido el silencio en el caso del acto administrativo “presunto”, emanado del silencio positivo y no desde la emisión del certificado, autorización o registración que derive de dicho silencio.

invoque la propia torpeza para lograr un provecho. *No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción*” (mi énfasis).

41 MORTIER, Natalia, “La acción de lesividad en el nuevo orden jurídico”, en la revista “*Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*”, Anno XXV, Nro. 2/2017, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2017, ISSN 1122-228x.

42 “Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

43 *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans.*

44 En autos “Miragaya”, Fallos: 326:3316, la Corte aplicó la regla de los derechos subjetivos futuros para admitir la revocación en sede administrativa.

45 CSJN, “Carman de Cantón”, cit.

Dentro de este plazo de prescripción la administración deberá tanto (i) revocarlo en su sede si puede, o (ii) iniciar la acción judicial de lesividad si no puede lo anterior⁴⁶.

6. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LAS GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO

Como vimos, la Ley 27.742 contiene un modesto avance en materia de limitaciones a las potestades de la Administración de privar de consecuencias jurídicas a sus actos administrativos favorables estables y por ende un pequeñísimo triunfo en la tensión de prerrogativas públicas versus derechos de los particulares.

Cabe preguntarse, sin embargo, si el sistema que sigue subyaciendo en la ley resulta compatible con la idea concreta del bienestar general y si es acertada la construcción y justificación de algunos institutos del derecho administrativo desde la única mirada del interés público y la preservación de las potestades públicas como fin en sí mismo, olvidando que es la realización en concreto de la felicidad del hombre mirada en su triple dimensión de intereses –individuales, colectivos y sociales– la que otorgará contenido real a la noción del bienestar general. Pero claro, quizás todo inicia y todo termina en saber formular al estudio del derecho administrativo desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico que en su centralidad adopta a la dignidad del hombre y su libertad en un marco de igualdad social. La aproximación, en tal mirada, se acompaña generalmente con la clásica deferencia hacia las potestades administrativas a las que se subordinan los derechos del administrado en pos de satisfacer el interés público en juego. Todo ello sobre la base de alegaciones frecuentes a razones de alta política estatal o fin público esencial⁴⁷.

Pues bien, tanto a través de definición de la competencia judicial exclusiva para la suspensión administrativa del acto favorable afectado por nulidad, como de la prohibición de accionar *in eternum en* “pos de la legalidad” la Ley de Bases asoma como un límite al avance del Estado sobre el dominio el particular.

Estas reglas se inscriben en un nuevo sistema en el que rigen los hoy nominados principios de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración (nuevo art. 1º *bis*); la buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos (art. 1º inc. c).

46 El art. 22 prevé que el plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto.

47 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, LA LEY 03/10/2012, 03/10/2012, 8 - LA LEY2012-E, 592; Cita Online: AR/DOC/4998/2012.

Es menester hacer hincapié en las reforzadas previsiones contiene la Ley de Bases en cuanto a la formación de la voluntad administrativa cuando se trata de afectar o producir un gravamen en los derechos de los particulares.

Así, el art. 7° en su nueva letra prevé como requisitos para el dictado de todo acto administrativo que: ...“*d*) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (*i*) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados”.

Muy superior al anterior texto que rezaba que “antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”.

Ya antes de acá, en el art. 1° *bis* ya referido, había consagrado expresamente el contenido sustancial y adjetivo de los procedimientos regidos por la ley, que se ajustarán además, a los siguientes principios y requisitos: “*a*) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de: (*i*) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o a sus intereses jurídicamente tutelados, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente...”⁴⁸.

Es importante destacar que la garantía de la tutela administrativa efectiva contenida en el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado IDH) llegó treinta años tarde a la Ley de Procedimientos Administrativos. Ya antes de ahora, la Corte Suprema en el precedente “Astorga Bratch”⁴⁹ ya había destacado las condiciones de vigencia de dicha garantía en el Sistema Americano de Derechos Humanos, a partir del estándar interpretativo contenido principalmente en dos decisiones de la Corte IDH –“Tribunal Constitucional vs. Perú” y “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”⁵⁰. La regla de la tutela administrativa

48 El anterior derecho a ser oído formulaba la posibilidad de: “De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas”.

49 CSJN, 2004, Fallos 327:4185; ver también “Flores” (Fallos 346:12).

50 “Baena vs Panamá”, del 2 de febrero de 2001; en la misma línea “Ivcher Bronstein vs. Perú”, del 6 de febrero del mismo año; “López Leone vs. Honduras” del 5 de octubre de 2015

efectiva fue reiterada por la Corte, entre otros casos, en 2012 mediante directa aplicación del art. 8° del Pacto (CADH) en el caso “Losicer”⁵¹.

Bajo estas pautas y principios, y frente a la ausencia del instituto de la lesividad en la regulación de la ley de bases, cabe preguntarse si continuará siendo irrelevante para la Corte Suprema en su actual y próxima integración frente a la exigibilidad de la previa declaración de lesividad administrativa, o bien si esta declaración puede ser efectuada *directamente en la demanda*⁵².

En este último caso, será menester indagar si no se frustra el derecho a ser oído en sede administrativa previo a ser demandado judicialmente por el Estado con el objeto de nulificar su propio acto que ha conferido al particular *derechos aparentes*.

Es decir, si el acto administrativo de declaración de lesividad es optativo, optativa también será la previa intervención del interesado y el atropello de la tutela administrativa efectiva antes de la emisión del acto que lesione sus intereses jurídicos.

De acuerdo con esta interpretación, la obligatoriedad de la interposición de la demanda se correlaciona, pues, con el deber de emitir el acto anulatorio “no ejecutorio” o “declarativo de lesividad”, pues este viene a constituir el presupuesto lógico de dicha demanda⁵³.

Cabe recordar que se ha afirmado –con relación al Código Procesal Administrativo de Corrientes– que en el caso de que el proceso de lesividad no prevea este requisito en forma expresa, por tratarse de un presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución, su omisión por el legislador se debió, presumiblemente, a que lo consideró redundante⁵⁴.

Entiendo que este es el camino que mejor compatibiliza el ejercicio del instituto con la Constitución Nacional y el resto de los principios que la ley de bases también intenta afianzar.

7. COROLARIO

No quisiera cerrar estas reflexiones sin antes volver sobre la oportunidad perdida en materia de seguridad jurídica y reducción de la litigiosidad. Ello

y “Flor Freire vs Ecuador” del 31 de agosto de 2016; entre muchos otros. Criterio que, como se ha visto, fue recogido por la Corte Suprema de Justicia a partir del fallo “Astorga Bracht” (Fallos 327:4185) y “Flores” (Fallos 346:12).

51 CSJN, 2012, Fallos 335:1126.

52 CSJN, 17/12/2013, “AFIP-DGI s solicita revocación de acto administrativo acción de lesividad contencioso administrativo” (Fallos 336:2634).

53 COMADIRA, Julio Rodolfo, Procedimientos Administrativos- Ley Nacional de Procedimientos anotada y comentada, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, 2002, p. 344.

54 GORDILLO y DROMI, “Comentarios al Código Procesal Administrativo de Corrientes”, en Revista Argentina de Derecho Administrativo, N°5, p. 28.

sentado, puede concluirse que la modificación legislativa robustece la garantía de los administrados y logra morigerar la intensidad de la potestad anulatoria de la administración a partir de los elementos analizados. Ello aun cuando, por otro lado, la recepción de la regla jurisprudencial de “Almagro” amplía la dimensión de la potestad revocatoria en sede administrativa y completa el sistema de una ley que merece ser revisado en aras de una efectiva seguridad jurídica.

También se observan importantes reparos constitucionales para admitir que la administración determine con efectos ejecutorios la existencia del dolo del particular.

Incluso de admitirse que sea la administración (y no la magistratura judicial) quien evalúe el dolo, es indudable que tal aspecto habrá de definirse en un procedimiento específico, con previa intervención del administrado con patrocinio jurídico obligatorio e inexcusable, plena prueba y razonable apreciación de la misma en la motivación del acto (tutela administrativa efectiva) y adecuados y eficaces mecanismos de control judicial suficiente.

En el caso de que la administración concluya en que no existe dolo, pareciera que dicho procedimiento debería culminar con la declaración de lesividad en sede administrativa del acto, que a su vez ordene interponer la demanda judicial.

Estas ideas, producto de una aproximación prematura al nuevo sistema, intentan aportar a la nueva concepción de los institutos del derecho público en un estado convencional de derecho, siempre recordando que “el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de ‘restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad’”⁵⁵.

Este escenario, hoy reforzado por la jerarquización de la tutela administrativa efectiva en nuestro ordenamiento público, sumado a los principios de buena fe, confianza legítima y buena administración nos obligan sin dudas a replantear la necesidad de una regulación procesal de la acción de lesividad.

NATALIA MORTIER

Es Profesora Regular Adjunta de la Cátedra del Dr. García Pullés en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

NUEVOS RETOS: LA LEY 27.742 Y SU IMPACTO EN EL EMPLEO PÚBLICO

FERNANDA OTERO BARBA
Coordinadora Académica de la Diplomatura en
Derecho Sanitario, Universidad Austral.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Acreditación idoneidad. 2.1. La importancia del principio de idoneidad. 2.2. Régimen disciplinario y Jubilación. 3. Reestructuración y estabilidad. 3.1. Reestructuración. 3. 2. Estabilidad. 3.3. Movilidad y reubicación. 4. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las principales dificultades que enfrentan los sistemas actuales de empleo público derivan de la falta de consideración de dos elementos claves: el primero, una estructura administrativa que sea jurídica y materialmente viable, capaz de responder a las necesidades de la sociedad y alineada con políticas públicas compatibles con el marco constitucional; y el segundo, un análisis previo de las necesidades internas de la Administración⁵⁶.

Es fundamental establecer una interrelación entre el empleo público y la organización de la Administración Pública⁵⁷, ya que ambos deben evolucionar en

⁵⁶ IVANEGA, Miriam, “Función pública y reforma administrativa”, en AYMERICH CANO, Carlos, PERNAS GARCÍA, Juan José; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (dir.), GARCÍA PÉREZ, Marta (dir.), *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo*, 2013, pp. 340-381.

⁵⁷ En la misma línea de ideas, se ve reflejado como en los considerandos de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), se visualiza la Gobernanza como modelo de organización de la Administración Pública; la cual se corresponde con la dinámica de las redes de políticas, las estructuras de acción pública intergubernamentales y la aplicación de criterios de transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Se puede decir que a lo largo de la historia hubo una sucesión de modelos de organización administrativa pasando de la burocracia al *management* y del *management* a la gobernanza. Para mayor ahondamiento ver VARELA ÁLVAREZ, Enrique José, “La Gobernanza en la Obra de Joan Prats.”, disponible en http://www.gigapp.org/administrator/components/com_jresearch/files/publications/WP-2011-01.pdf.

consonancia con el desarrollo del Estado, garantizando el respeto a los derechos fundamentales⁵⁸.

En este sentido, y a medida que ocurren cambios profundos en la vida social, influenciados por procesos tecnológicos, económicos, sociales y culturales, los Estados enfrentan la exigencia de ofrecer soluciones concretas a los problemas que ellos acarrearán, en consonancia con los derechos inalienables que se deben respetar, que no pueden desconocerse⁵⁹. Así, el Derecho Administrativo y la organización administrativa deben adaptarse a las demandas y expectativas sociales⁶⁰ al efectuar las reformas.⁶¹

En este contexto, se analizarán las modificaciones introducidas por la Ley 27.742, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) y su Decreto Reglamentario 695/2024 en el ámbito del empleo público a fin de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿La nueva redacción pretende poner en valor a los principios de idoneidad e igualdad? ¿Las modificaciones introducidas impactan en la potestad de reestructuración del Estado? ¿Qué consecuencias se podrían generar o surgir al respecto?

Previo a dar respuesta a dichos interrogantes, también es importante tener en cuenta que la organización administrativa se debe fundamentar en principios que buscan integrar dos aspectos esenciales: por un lado, la valorización de la gestión pública en términos de eficiencia y productividad; y por otro, la articulación de esa gestión en el marco de la realización del interés general⁶².

En este marco, los servidores públicos son esenciales para la construcción de una nueva Administración, para cuya efectiva implementación debe enfatizar la profesionalidad asegurando un nivel de formación y cualificación profesional que dé cuenta de su actuación⁶³.

58 IVANEGA, Miriam, “Comentarios acerca del empleo público en el Estado Constitucional de Derecho”, Centro de Información Jurídica CIJur Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, 2019, p. 1, disponible en [dra._mirian_m._ivanega_comentarios_8-4.pdf](https://www.cijur.gov.ar/dra_mirianaivanega/comentarios_8-4.pdf).

59 GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Bases del derecho administrativo, Capítulo I, disponible en https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo01.pdf.

60 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de Convencionalidad de la Actividad Estatal*, 1ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 2017, p. 189.

61 GUERRERO, Omar, “Nuevos modelos de Administración Pública”. *Revista Digital Universitaria*. Vol. 2, Nº 3, septiembre de 2001, disponible en www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/index.html.

62 IVANEGA, Miriam, “Gestión pública y control interno”, en *El Control de la actividad estatal del Estado*, 2016, p. 510, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ivanega-gestion.pdf>

63 RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Burocracia, gerencia pública y gobernanza”, *Revista Diálogos de Saberes*, No. 30, Enero-junio de 2009, pp. 167-185. ISSN 0124-0021.

Por tanto, resulta coherente diseñar un modelo de organización administrativa que esté integrado con el modelo de empleo público⁶⁴.

En esta línea de ideas, García Pullés señala que, el empleo público se define como “la actividad cumplida por las personas físicas para concretar la realización de actividades esenciales y específicas del Estado”⁶⁵. Esto implica que la relación entre el Estado y sus agentes se regula bajo un régimen de empleo público, donde los agentes son las personas que el Estado utiliza para cumplir sus fines y alcanzar el interés público⁶⁶.

Asimismo, y a fin de contextualizar el marco jurídico aplicable, se destaca que la principal norma que regula la relación de empleo público es la Ley 25.164, conocida como la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, la cual esta reglamentada por el Decreto 1.421/2002⁶⁷. En esta línea de ideas, se pretende analizar como las modificaciones a la Ley de Empleo público se ven manifestadas en el marco de la reforma del Estado. El primer cambio surge en la autoridad de aplicación, el Decreto 695/2024 designa a la Secretaría de Transformación del Estado y Función Pública del Ministerio de Desregulación y Transformación del Estado como la nueva autoridad de aplicación. Este cambio refleja la reestructuración administrativa y la asignación de responsabilidades en el marco de la Ley de Bases⁶⁸.

2. ACREDITACIÓN IDONEIDAD

2.1. *La importancia del principio de idoneidad*

A priori, el texto de la Ley de Bases parece fomentar el principio de idoneidad como eje central para el ingreso y la permanencia en el empleo público. En este contexto, se ha implementado un nuevo mecanismo para acreditar dicha idoneidad y valorar la capacidad técnica para llevar a cabo el trabajo a cubrir.

Respecto a la evaluación es obligatoria y anónima y se exige al ingresar a la Administración Pública y para avanzar en la carrera administrativa, garantizando así el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional (CN). Es importante señalar que, antes de las modificaciones introducidas por la

64 IVANEGA, Miriam, Comentarios ..., ya cit.

65 GARCIA PULLES, Fernando y otros, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, 1a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 394.

66 BALBÍN, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 311-312.

67 Asimismo, es importante tener en cuenta el Decreto 214/2006 mediante el cual se homologó el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional.

68 El Decreto 1.421/2002 establecía a la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros como el órgano rector en materia de empleo público y autoridad de aplicación e interpretación.

Ley de Bases, existían exámenes de ingreso a través de concursos públicos, así como evaluaciones para el personal de planta permanente para poder avanzar en la carrera. Sin embargo, la nueva redacción del texto legal al introducir dicho examen general de conocimientos y competencias, pareciera que reafirma la necesidad de acreditación de la idoneidad; extendiéndose también al personal contratado⁶⁹.

Otro aspecto para considerar es que la nueva redacción de la Ley elimina la intervención y control de las asociaciones sindicales, en cuanto a verificar el cumplimiento de los criterios de selección que se determinen para las promociones a cargos vacantes⁷⁰.

La carrera administrativa tiene como eje fundamental el respeto al derecho de igualdad, que se manifiesta también en el respeto a la dignidad humana. Ambos derechos se ponen de relieve a través de la participación de todos los ciudadanos que deseen acceder al empleo público, mediante sistemas de selección basados en antecedentes, méritos y aptitudes⁷¹. Se resalta el principio de idoneidad como requisito para poseer la capacidad y suficiencia necesaria para el puesto a cubrir, seleccionando a los candidatos idóneos⁷². Este enfoque se alinea con los nuevos paradigmas del derecho público, centrados en la dignidad humana. El concurso debe convertirse en la norma, promoviendo la igualdad de oportunidades en una sociedad republicana, equitativa y democrática⁷³.

69 PEREZ CORTES, M. Jeanneret, “Eficiencia, eficacia y Ética”, en *Cuestiones de organización Estatal, función pública y dominio público*, Jornadas Facultad de Derecho, Universidad Austral, RAP, 2012, pp. 41-48.

70 Ley 27.742, artículo 55.- “Sustitúyese el artículo 18 del anexo de la ley 25.164 por el siguiente: Artículo 18: El personal tiene derecho a igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera administrativa, a través de los mecanismos que se determinen. Las promociones a cargos vacantes sólo procederán mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y aptitudes”.

71 VIGNOLO, Nora, “La nueva carrera administrativa de los trabajadores públicos negociada colectivamente: un abordaje comparativo con el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa”, *La Ley*, Thomson Reuters, Publicado en: Cita: TR LALEY 0003/014995.

72 MONTORO CHINER, María Jesús, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 136, Enero-Abril 1995, pp. 179-199.

73 Un aspecto importante para tener en cuenta es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts.6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En igual sentido, la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Aquino”, “Pérez Aníbal” y “Álvarez”, entre otros. Por ejemplo, en el Fallo “Pérez Aníbal” la Corte se ha referido a la relación laboral, como aquella constituida nada menos que por la actividad humana la cual resulta per se inseparable de la persona humana y por lo tanto de su dignidad. Por tal motivo la corte sostuvo que la dignidad y el trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables.

La C.N. establece la idoneidad como la única condición para acceder al empleo público, basado en quienes desempeñen funciones de bien común estén capacitados para ello, y evitar cualquier privilegio, prerrogativa o discriminación arbitraria en la selección de empleados⁷⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza en el fallo Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos contra el Gobierno de la Provincia, recuerda que el concurso público es el único medio para acreditar la idoneidad necesaria para acceder a un cargo de planta permanente⁷⁵.

El requerimiento del concurso lo podemos encontrar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece que toda persona tiene derecho a acceder a las funciones públicas de su país en igualdad de condiciones.⁷⁶ Es un deber de los Estados el disponer sistemas de contratación para funcionarios públicos que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia. Tales normas ratificarían el requerimiento de idoneidad para el acceso a la función pública como una exigencia constitucional, al igual que, el derecho a la igualdad ante la ley⁷⁷.

A su vez, con relación a las prohibiciones la Ley de Bases, busca ajustar ciertos aspectos de la Ley Marco, por ejemplo, incorpora un nuevo inciso al art. 24 para prohibir a los empleados públicos realizar tareas vinculadas a campañas electorales durante sus horas laborales⁷⁸.

Es importante señalar, que se crea el legajo único electrónico del personal, como parte integrante del Sistema de Información para la Gestión de los Recursos Humanos, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25.164, que deberá abrirse en el organismo en el que ingrese el agente, siendo responsabilidad de los titulares de las Unidades de Recursos Humanos su actualización y conservación⁷⁹.

Finalmente, el Decreto 695/2024 incorpora en el art. 46 la facultad a la Autoridad de Aplicación a adoptar medidas de disposición entre las que se destacan la reorganización o discontinuidad del Fondo de Capacitación Permanente y Recalificación Laboral creado por el Decreto 1.421/2002 en el art. 43. En este

74 ALDERETE, Manuel, “Empleo público: Que Sirva el mejor”, disponible en <https://www.mdzol.com/politica/2024/10/3/empleo-publico-que-sirva-el-mejor-1156360.html>.

75 Suprema Corte de Justicia, Sala Primera, Poder Judicial de Mendoza, “Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos c/ el Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción de inconstitucionalidad”, CUII: 13-03757381-10, 19/09/2024.

76 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21, inc. 2.

77 ROMERO VERDÚN, Iván Fernando, “Un examen crítico de la posición a favor del reconocimiento judicial de estabilidad propia al personal estatal contratado”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 4, Nº 2, diciembre 2023, p. 694.

78 Ley 27.742, art. 57 inc. j): “Realizar durante sus horas laborales del servicio público cualquier tipo de tareas vinculadas a campañas electorales y/o partidarias”.

79 El Decreto 695/2004 en el art. 46 incorpora el art. 4º bis al Anexo I del Decreto 1.421/02.

punto, cabe destacar que dicho fondo continúa dentro del ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, previendo que se afectará a los programas de capacitación e inversión en desarrollo de recursos humanos, y aclara que funcionará en el Instituto Nacional de la Administración Pública⁸⁰.

2.2. Régimen disciplinario y Jubilación

Aunque no se han realizado cambios significativos, las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 manifiestan una mayor firmeza en el régimen sancionador. Se establecen criterios más estrictos, otorgando una mayor discrecionalidad en la graduación de las sanciones.

En este contexto, la nueva redacción del 31 del Decreto 1.421/2002, modificada por el art. 56⁸¹ inc. a) del Decreto 695/2024, elimina la taxatividad en la aplicación de las sanciones. Actualmente, en casos de más de tres incumplimientos horarios, la suspensión podrá fluctuar entre dos y treinta días. Se puede observar cómo las modificaciones introducidas otorgan a la Administración Pública una mayor amplitud a la hora de determinar la duración de la sanción, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y los antecedentes del agente.

En cuanto a las inasistencias, el art. 56 inc. b)⁸² del Decreto 695/2024 también modifica el art. 31 del Decreto 1.421/2002, al reducir las inasistencias. Se establece que las mismas cuando son injustificadas y superen los tres días continuos se considerarán como abandono de servicio, lo que conllevará a la sanción de cesantía. Además, se estipula que una inasistencia en un período de doce meses puede resultar en un apercibimiento, mientras que dos o más inasistencias en el mismo período pueden conllevar una suspensión de entre dos (2) y treinta (30) días. Cabe destacar que estas sanciones son acumulativas por cada falta y se aplican independientemente de los descuentos en los haberes. En cuanto a la cesantía⁸³ por abandono de trabajo, la nueva redacción reduce el número de días necesarios para configurarla, de cinco a tres días⁸⁴.

Por último, los plazos de prescripción se duplican, proporcionando un mayor tiempo para imponer sanciones, según las modificaciones del art. 61 de la Ley 27.742, que sustituye el contenido del art. 37 del Anexo de la Ley 25.164⁸⁵.

Otra modificación que incluye el nuevo texto legal es la intimación a la jubilación. El Decreto 695/2024 modifica el proceso de intimación, asignando

80 Decreto 695/2024, art. 59, incorpora art. 46.

81 Decreto 695/2024, art. 56 inc. a).

82 Decreto 695/2024, art. 56 inc. b).

83 Decreto 695/2024, arts. 57 y 58.

84 El Decreto 695/2024 otorga la facultad de rehabilitación al titular del Ministerio de Desregulación y Transformación del Estado. No se ha modificado la redacción en cuanto a la necesidad de un informe favorable de la Autoridad de Aplicación, asegurando un proceso transparente.

85 Ley 27.742, art. 61.

la responsabilidad a la Unidad de Recursos Humanos. Se introduce un plazo de sesenta (60) días para que el agente acredite el inicio del trámite jubilatorio, con la posibilidad de una prórroga en casos justificados⁸⁶.

3. REESTRUCTURACIÓN Y ESTABILIDAD

3.1. Reestructuración

A la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 con relación a la reorganización de la estructura del Estado contempladas en los arts. 11⁸⁷ a 15 de la Ley de Empleo Público, se puede observar que la Administración Pública Nacional se encuentra en una etapa de reforma significativa en cuanto a sus funciones y extensión. Un ejemplo de ello es la inclusión de medidas de reestructuración que permiten la reducción de personal cuando se supera la dotación óptima necesaria, conforme al informe fundamentado del órgano competente.

Surge así la necesidad, de examinar la motivación detrás de todos los actos administrativos relacionados con este artículo, al igual que con los anteriores. Esto no sólo es un aspecto clave y una garantía para evidenciar posibles desviaciones de poder⁸⁸, sino que también representa una manifestación tangible de la transparencia pública, que es fundamental en toda la gestión estatal⁸⁹.

El pase a disponibilidad es una excepción a la estabilidad del empleo público que consiente la finalización del vínculo contractual del trabajador, no

86 Decreto 695/2024, art. 53 sustituye el art. 13 del Decreto 1.421//2002.

87 Ley 27.742, artículo 52.-“Sustitúyese el artículo 11 de la Ley 25.164 por el siguiente: Artículo 11: El personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por las medidas de reestructuración que comporten la supresión de órganos, organismos o de las funciones a ellos asignadas; o de reducción por encontrarse excedida, conforme surja del informe fundado del órgano competente en la materia, la dotación óptima necesaria, quedará, automáticamente, en situación de disponibilidad por un período máximo de hasta doce (12) meses, conforme lo establezca la reglamentación. Los agentes que se encontraren en situación de disponibilidad deberán (i) recibir la capacitación que se les imparta; o (ii) desarrollar tareas en servicios tercerizados del Estado. Cumplido el término de disponibilidad, sin que el trabajador hubiera formalizado una nueva relación de trabajo, quedará automáticamente desvinculado de la Administración Pública Nacional. Tendrá derecho a percibir una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía. La presente norma será de aplicación supletoria al personal alcanzado por el régimen de estabilidad propia en virtud de leyes o estatutos especiales o convenciones colectivas de trabajo”.

88 CSJN, “Ramos José Luis c/Estado Nacional”, Fallos: 333:311.

89 IVANECA, Miriam, “Gestión y función pública”, El Dial.com, contenidos jurídicos, 2024, p. 13, disponible en <https://www.eldial.com/publicador/pdf/DC3384.pdf>.

existiendo una casual que haya causado la pérdida de idoneidad del agente para el cargo, sino porque dejó de existir dicho cargo⁹⁰.

Antes de estas modificaciones, existía un sistema que garantizaba y priorizaba la reubicación del personal. Sin embargo, el nuevo texto introduce un cambio de lógica, colocando automáticamente en situación de disponibilidad a los empleados afectados por la reestructuración.

Actualmente la normativa establece que: si al concluir el período de disponibilidad, el trabajador no ha formalizado una nueva relación laboral, será desvinculado automáticamente de la Administración Pública, con derecho a recibir una indemnización⁹¹.

Asimismo, se establece que los agentes que se encontraren en situación de disponibilidad deberán recibir la capacitación que se les imparta; o desarrollar tareas en servicios tercerizados del Estado.

A su vez, en relación con la reglamentación del Régimen de Disponibilidad se puede observar las diferencias entre ambos decretos. El Decreto 1.421/2002 regulaba el proceso de reubicación y disponibilidad del personal afectado por medidas de reestructuración, estableciendo un plazo máximo de treinta (30) días para las gestiones de reubicación y definiendo los criterios para la reubicación y las condiciones para la indemnización. Mientras que el Decreto 695/2024 actualiza el régimen de disponibilidad, centralizando la gestión en un Registro de Personal en Situación de Disponibilidad. Se establecen mecanismos para la cobertura de cargos con personal en disponibilidad y se precisan las condiciones para la notificación e la indemnización.

En virtud de lo expuesto, se observa que se simplificaría el proceso de disponibilidad⁹². Durante este período, el empleado seguirá percibiendo su salario, que dependerá de su antigüedad, por un tiempo de hasta doce (12) meses. Es importante señalar que no se modifican los plazos ni el monto de la indemnización.

3.2. Estabilidad

En el marco de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, llama la atención la referencia expresa de la estabilidad propia, realizada en el último párrafo del art. 11, en donde se establece que la Ley Marco de Empleo Público Nacional se aplicará supletoriamente al personal regido por el régimen de estabilidad propia, conforme a las leyes, estatutos especiales o convenios colectivos de trabajo⁹³.

90 ALDERETE, Manuel, “Ley de Bases Cambios en materia de empleo público”, *Revista La Ley*, Thomson Reuters, Año LXXXVIII N° 127, 2ª ed., julio de 2024, p. 2.

91 Ley 27.742, art. 52.

92 IVANEGA, Miriam, *Gestión ...*, ya cit., p. 9.

93 Ley 27.742, art. 52.

Esto plantea una distinción entre estabilidad propia o absoluta y estabilidad impropia o relativa. El derecho a la estabilidad en la relación de empleo público está consagrado en el art. 14 *bis* de la C.N., que señala: “El trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] estabilidad del empleado público...”⁹⁴ En este sentido, el art. 17 de la Ley 25.164 establece, a diferencia del empleo privado, el derecho a conservar el empleo, el nivel y el grado alcanzados.

El régimen de estabilidad se aplica al personal de planta permanente, lo que implica que un empleado no puede ser despedido o separado de su cargo sin justa causa. Esta estabilidad puede clasificarse como propia o impropia, dependiendo de si se permite o prohíbe su reemplazo mediante indemnización. Según Gelli, la estabilidad del empleado público busca protegerlo de la pérdida arbitraria de su puesto, evitando la arbitrariedad estatal⁹⁵; por lo tanto, un empleado no puede ser despedido sin causa justificada y sin seguir los procedimientos formales establecidos, a diferencia del régimen privado, donde el despido puede ser sin causa con la correspondiente indemnización.

La estabilidad propia impide al empleador realizar despidos arbitrarios, permitiéndolo únicamente en los casos que la ley autorice, con la debida justificación de las causas que fundamentan dicha decisión. En contraste, la estabilidad impropia o relativa no prohíbe la finalización del vínculo laboral, pero implica la obligación de indemnizar al trabajador si el despido carece de justificación⁹⁶.

La estabilidad está íntimamente relacionada con el bienestar general: contar con agentes públicos independientes que puedan especializarse a través de una carrera administrativa conlleva la ventaja de lograr una Administración más eficiente, eficaz y profesionalizada⁹⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Madorrán”⁹⁸, sostiene que la estabilidad es propia o absoluta, en relación con los empleados de planta permanente, en consonancia con la garantía establecida en el art. 14 *bis* de la C.N.⁹⁹.

94 C.N., art. 14 *bis*.

95 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, T. I, 2008, p. 206.

96 MUDA, M. E., “La motivación del acto administrativo como base de los principios republicanos de gobierno”, *La Ley*, cita online *RDA* 2016-108, 1094.

97 REY VÁZQUEZ, Luis E., “La Relación de Empleo Público en Argentina, desde una Perspectiva Jurisprudencial”, *Anuario de la Función Pública - Número 3*, Cita: IJ-DXXXV-936, 2018.

98 La Ley, 2007-C, 258.

99 CSJN: “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, 03/05/2007. En este Fallo la Corte sostuvo como fundamento que: “La estabilidad consagrada por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional en beneficio de los empleados públicos [...] es la llamada absoluta (su violación acarrea la nulidad de la cesantía y la reincorporación forzosa

Otro fallo por considerar de la Corte Suprema es el caso contra “Universidad Nacional de Tucumán”¹⁰⁰ relacionado con una reestructuración. En este caso, se expone que el actor ingresó a la planta permanente de la institución, y posteriormente ocupó el cargo de jefe del Departamento de Prestaciones Sociales, cuando fue notificado de su pase a disponibilidad. Transcurridos los plazos legales, se estableció su baja definitiva fundamentado en la necesidad de instrumentar cambios estructurales para mejorar el funcionamiento y recuperar el equilibrio económico, ya que encontraba un peligroso déficit operativo. Es importante destacar que, la decisión de poner al actor en disponibilidad no fue aislada, sino parte de una revisión integral de la estructura funcional, en respuesta a la necesidad de soluciones para el déficit operativo de la institución. La autoridad administrativa tiene la atribución de determinar la organización más adecuada para sus dependencias, y no se ha demostrado un abuso en el ejercicio de esta facultad ni un propósito disciplinario¹⁰¹.

En otras palabras, la Corte en reiteradas oportunidades sostuvo que los derechos y garantías reconocidos por la Ley Fundamental no son absolutos y están sujetos, siempre que no resulte alterado sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio¹⁰².

3.3. *Movilidad y reubicación*

En primer lugar, se destaca que la estabilidad propia se basa en el cargo, no en la función. Esto significa que un empleado pueda ser reasignado a diferentes tareas sin que ello afecte su salario, especialización o capacitación.

En este contexto, se observa que el art. 54 al modificar el art. 15 de la Ley de Empleo Público¹⁰³ debilita la posición del empleado público frente a situaciones

del empleado; que esta garantía tiene plena operatividad aun cuando no exista norma alguna que la reglamente, y que los empleados públicos no dejarán de ser tales porque pasen a regirse total o parcialmente por el derecho laboral privado, por lo que serán inválidos los convenios colectivos e inconstitucionales las leyes que dispongan que a aquéllos se aplicará el régimen de estabilidad impropia vigente para los trabajadores privados, por cuanto se los estaría privando así de la estabilidad absoluta que garantiza la Constitución Nacional (art. 14 *bis*)”.

100 CSJN: “Erbeta, Dante Alfredo C/ Asunt (Acción Social U.N.T. Universidad Nacional de Tucumán) y Otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 346:1.

101 Ídem.

102 Fallos: 312:1082; 314:1376.

103 Ley 27.742, artículo 54.- “Sustitúyese el artículo 15 del anexo de la ley 25.164 por el siguiente:

Artículo 15: Los agentes serán destinados a las tareas propias de la categoría o nivel que hayan alcanzado y al desarrollo de tareas complementarias o instrumentales, para la consecución de los objetivos del trabajo. Pueden ser destinados por decisión fundada de sus superiores a desarrollar transitoriamente tareas específicas del nivel superior percibiendo la diferencia de haberes correspondiente. La movilidad del personal de una dependencia a otra dentro o fuera de la misma jurisdicción presupuestaria, es una atribución del empleador, pero estará sujeta a la regulación que se

de movilidad geográfica, ya que elimina la exigencia de consentimiento previo por parte del trabajador. Además, se suprime la garantía de que no habrá perjuicio material o moral para el trabajador en caso de traslado o cambio de funciones. Sin perjuicio que mantuvo en el cuerpo del artículo que dicha movilidad deberá estar sujeto a la regulación que se establezca en los convenios colectivos celebrados en el marco de la Ley 24.185. Es importante tener en cuenta, como lo señala la Dra. Ivanega que: “ha de ser el texto legal el instrumento que debe garantizar el equilibrio entre el interés público –que justifica toda alteración en la relación de empleo público– y los derechos de los agentes públicos”¹⁰⁴.

El texto también resalta la inclusión expresa de la facultad del Estado en el nuevo texto legal. Esto significa que la movilidad del personal es una atribución del empleador, aunque sujeta a la regulación establecida en los convenios colectivos, como se mencionó anteriormente.

En este mismo sentido, la Corte Suprema se ha expedido en reiteradas oportunidades a fin de ilustrar la necesidad de un equilibrio entre la potestad de la Administración Pública para modificar las funciones y los derechos del trabajador. La Corte ha establecido que los cambios en las funciones deben ser razonables y no implicar tareas impropias del cargo del agente¹⁰⁵. Asimismo, se reconoce la necesidad de otorgar a la Administración una amplitud razonable en el ejercicio de sus facultades discrecionales. Sin embargo, estas decisiones no deben considerarse justiciables a menos que impliquen una descalificación o una medida disciplinaria encubierta¹⁰⁶.

También, es importante destacar que la Corte en el fallo “Alaguibe, Ana María c/ AFIP”, determinó que el Estado al disponer la movilidad de la agente ejerció sus potestades de organización, supervisión y asignación de funciones de manera regular para garantizar el interés público, rechazando la demanda”¹⁰⁷.

No obstante, lo anteriormente expuesto, resulta necesario enfatizar en la importancia de evaluar la prerrogativa del Estado caso por caso; dicha exigencia

establezca en los convenios colectivos celebrados en el marco de la Ley 24.185. El Poder Ejecutivo nacional podrá celebrar convenios con los otros poderes del Estado, provincias y municipios, que posibiliten la movilidad interjurisdiccional de los agentes, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley. La movilidad del personal que se instrumente a través de la adscripción de su respectivo ámbito a otro poder del Estado nacional, estados provinciales y/o Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no podrá exceder los trescientos sesenta y cinco (365) días corridos salvo excepción fundada en requerimientos extraordinarios de servicios y estará sujeta a las reglamentaciones que dicten en sus respectivas jurisdicciones los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

104 IVANEGA, Miriam, “Gestión y función ...” ya cit., p.13.

105 Fallos: 318:500.

106 Fallos: 295:806; 321:703.

107 Fallos: 346:854.

es imprescindible a fin de asegurar que esta facultad se ejerza con razonabilidad y sin vulnerar los derechos fundamentales del trabajador¹⁰⁸.

4. CONCLUSIÓN

Resulta ilusorio pensar que la Administración puede cumplir su misión manteniendo patrones ante escenarios de cambio exponenciales, como por ejemplo el uso de la inteligencia artificial generativa. Es previsible que, en un futuro se vea obligada a enfrentar transformaciones tan contundentes como las que ya son inevitables para otros actores económicos y sociales¹⁰⁹.

En este marco, preferimos inclinarnos en concluir que se tiende a una efectiva puesta en valor de los principios de idoneidad e igualdad; al igual que entendemos que la sociedad exige el cumplimiento de lo establecido en la normativa, exigiendo al Estado utilice al concurso como herramienta de selección cada vez que se produce una vacante que decide cubrir.

A su vez, hallamos la imperiosa necesidad de terminar con los abusos de utilizar figuras legales para encubrir empleos de trabajo permanente bajo otras modalidades contractuales.

Otro aspecto para destacar es que, si bien la situación de disponibilidad y la potestad de movilidad del Estado empleador ya estaban contempladas en la Ley 25.164, pareciera que la nueva redacción consolida esa potestad con más reciedumbre. Las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 nos ponen frente al interrogante de si, ante determinadas situaciones previstas en la ley como la reestructuración, reorganización y movilidad del empleado, se pudiera entender que se está abriendo un camino ¿hacia una estabilidad impropia?

Finalmente, entendemos que es tiempo que la función del empleado público se reconozca como una auténtica vocación de servicio, cuya nobleza es la posibilidad de desempeñar funciones permanentes para la Administración Pública, como un verdadero privilegio. Construir y proteger la calidad del factor humano en la gestión de gobierno es uno de los mayores activos de una República¹¹⁰.

En este sentido, Durán Martínez destaca que “la nueva visión del derecho basada en la centralidad de la persona humana muestra con claridad el sentido misional de la actividad administrativa”¹¹¹.

108 PEREZ CORTES, M. Jeanneret, Eficiencia, eficacia ... ya cit., pp. 41-48.

109 LONGO, Francisco, “Gobernanza pública para la innovación”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 76, 2020, p. 55, disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/01/076-02-FLongo.pdf>.

110 ALDERETE, Manuel, “Empleo público...”, ya cit., p.1.

111 DURAN MARTINEZ, Augusto, “Buena Administración y la selección del contratista”, en *Cuadernos de Mariñan*, 2017, p. 104, disponible en https://www.dacoruna.gal/files/2215/7234/3162/2019_0077_Cuadernos_de_Marinan_2017_Web.pdf

Esto implica que el empleado público debe ejercer sus funciones con observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la ley, tales como honestidad, probidad, rectitud, buena fe, y transparencia, que son fundamentales para la forma republicana de gobierno¹¹².

Aspirar a una gestión pública de calidad, que mejore de manera tangible las condiciones de vida de los ciudadanos requiere una actuación pública que valore la dimensión social del ser humano, abordando los problemas que lo afectan a través de un enfoque dinámico, abierto y plural¹¹³.

Creemos que es urgente un retorno a los ideales nobles de una política pública que está al servicio de la persona humana, quien siempre debe ser el principio, sujeto y fin de todas las instituciones y acciones sociales y políticas que emprenda la comunidad¹¹⁴.

FERNANDA OTERO BARBA

Es Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad A Coruña. Maestranda en Derecho Digital, Inteligencia Artificial y Blockchain por la Universidad de Vitoria Gasteiz. Coordinadora Académica de la Diplomatura en Derecho Sanitario de la Universidad Austral.

112 BASTONS, Jorge L., “Deberes, prohibiciones e incompatibilidades de los agentes públicos. Revisiones y novedades de una temática injustamente postergada”, *RDA* 2022-142, 3, TR La Ley AR/DOC/1993/2022.

113 GALLI BASUALDO, Martín, “A propósito de la buena Administración y el objetivo global del desarrollo sostenible”, *Revista Dignitas*, Año XV, N° 41, julio-diciembre de 2021, p.49, disponible en <https://dignitas.codhem.org.mx/index.php/dignitas/article/download/88/83/79>.

114 SANTIAGO, Alfonso, “Algunas “Algunas de las corrientes iusconstitucionales de nuestros días. Neoconstitucionalismo, garantismo y personalismo solidario.”, cita Online: AR/DOC/2644/2017, diciembre 2017, p. 4.

ANÁLISIS DEL RIGI A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN EN MATERIA INCENTIVOS TRIBUTARIOS

ANAHÍ FLAVIA PÉREZ

Profesora de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

“Pero no obtendréis préstamos si no tenéis crédito nacional, es decir, un crédito fundado en las seguridades y responsabilidades unidas de todos los pueblos del Estado”.

Juan B. Alberdi*.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El RIGI, ¿cuál es su encuadre constitucional? 3. El RIGI y la cláusula del progreso aplicada a la materia tributaria nacional, provincial y municipal. 3.1. La cláusula del progreso como fundamento de incentivos tributarios nacionales. 3.2. La cláusula del progreso como límite al poder tributario, provincial y municipal. 3.3. La garantía de la estabilidad fiscal, en el campo nacional y local. 4. El RIGI y el federalismo de concertación en materia de compromisos provinciales y municipales. 5. La doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno: ¿puede resultar necesario aplicarla? 6. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

“RIGI: PAE ingresó el proyecto de USD 3.000 millones con el que la Argentina comenzará a exportar GNL”¹. Leo estas líneas, muy actuales, y me pregunto si Pan American Energy sabe algo que nosotros –los juristas– no, o si, sencillamente, alberga menos dudas porque la industria y la economía *actúan* y tienen más plasticidad para adaptarse a los tiempos que corren². Las predicciones

* ALBERDI, Juan B., Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, 1º ed., Buenos Aires, Gradifco, p. 103

1 Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2024/11/22/rigi-pae-ingreso-el-proyecto-de-usd-3000-millones-con-el-que-la-argentina-comenzara-a-exportar-gnl/> (22/11/2024)

2 En el mismo sentido, puede leerse: “RIGI: ingresó al régimen el proyecto por más de USD 2.500 millones que impulsa YPF para duplicar las exportaciones de petróleo”, del 20/11/2024, disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2024/11/20/rigi-ingreso-al-regimen-el-proyecto-por-mas-de-usd-2500-millones-que-impulsa-ypf-para-duplicar-las-exportaciones-de-petroleo/>

acerca de la eficacia y utilidad que los incentivos tributarios³ tienen para la decisión del inversionista requieren, entonces, de una investigación de un corte diferente al jurídico, que tome en cuenta, entre otras variables, la historia, la economía y las condiciones del país. Y, aun así, habrá circunstancias que recién se advertirán con el paso del tiempo y que hoy resultan simples especulaciones. “Es tan poco lo que conoces de mí”, diría el poeta uruguayo⁴. En la exhaustiva obra de Giampetro Borrás sobre el tema⁵, el autor hace un recorrido por la opinión de especialistas de distintos países y se detiene en las palabras de Heller y Kauffman cuando afirman que los incentivos siempre estarán sujetos a críticas de ineficacia “ya que es imposible saber lo que hubiera ocurrido en ausencia del incentivo”⁶. En una ocasión no tan lejana, en esas disputas académicas de las que no escapan los protagonistas de ninguna rama jurídica, un encumbrado administrativista se preguntaba, a propósito de la ley de responsabilidad del Estado que no contemplaba el lucro cesante en los casos de actividad lícita, “quién querría invertir en el país”, a lo que otro académico del mismo rango le contestaba que “tampoco lo hacía la vieja ley de obra pública y sin embargo siempre había habido obra pública en Argentina”. Con esta introducción, solo quiero expresar que, sin pretender impugnar su validez, los argumentos de orden práctico, por ser relativos e inciertos, no formarán parte de este trabajo, que se focalizará en desentrañar el sentido y alcance de las normas en juego para pasarlas, luego, por el tamiz de la CN y articularlas con la jurisprudencia de la Corte referida a los conflictos que se han presentado en estos temas. En otras palabras, interpretar y argumentar, tareas propias del jurista. Por supuesto, no ignoro lector que, en el campo del análisis que permite el principio de razonabilidad, incluso sin inmiscuirse en cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, siempre quedará espacio para examinar, abstracta o concretamente, la adecuación entre medio y el fin. Y una última aclaración se impone, tampoco reflexionaré en estas líneas sobre la dicotomía entre los *lobos* (países desarrollados) y los países en desarrollo y cómo estos regímenes pueden alimentar (o no) esa desigualdad.

Dicho esto, la Ley 27.742 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases)⁷ crea, entre sus disposiciones, el Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI)⁸ que, como su nombre lo indica,

3 En este trabajo, usaré indistintamente los términos *impositivo*, *tributario* o *fiscal*.

4 BENEDETTI; Mario, “Es tan poco”, en *Canciones del más acá*, 1° ed., Buenos Aires, Seix Barral, 1989, p. 33.

5 GIAMPETRO BORRÁS, Gabriel, *Incentivos tributarios para el desarrollo*, 1° ed., Buenos Aires, Depalma, 1996.

6 GIAMPETRO BORRÁS, ya cit., p. 98.

7 Publicada en el Boletín Oficial el 8/7/2024.

8 En los arts. que van desde el 164 hasta el 228. A su vez, el Decreto PEN 749/2024 reglamenta el Régimen.

pretende, mediante ciertos incentivos (tributarios, aduaneros y cambiarios), atraer grandes inversiones al país y, a su vez, dotar al sistema de certidumbre y seguridad jurídica para evitar resistencias a su adhesión, basadas en la errática historia que la República Argentina tiene en materia de cumplimiento de sus compromisos. La seguridad jurídica, en especial la *tributaria*, es en nuestro país una asignatura pendiente, una aspiración que se vuelve lejana, a pesar de la constante reivindicación que, de ella, hace la jurisprudencia⁹. La admisión, en muchos casos, de la retroactividad de las normas impositivas, a contramano del principio de legalidad, ha contribuido a la incertidumbre reinante¹⁰. Si a ello le sumamos las complejidades y tensiones inherentes a un sistema fiscal federal, con tres niveles de gobierno con potestades tributarias propias¹¹, la cuestión adquiere ribetes más difíciles, ya que los incentivos no se limitan al ámbito nacional, que de por sí genera controversias, sino que incluyen aspectos impositivos provinciales y municipales.

Surgen, de una rápida lectura, diversos interrogantes, algunos de los cuales vienen dados por la ambigüedad de ciertas disposiciones, como lo dispuesto en los arts. 165¹² y 224¹³, que no permiten esclarecer, a primera vista, si el régimen se encuentra dentro de las facultades que otorga al Congreso Nacional la cláusula del progreso, o si se enmarca en el del federalismo de concertación, que requiere, como todo *consenso*, la adhesión de las jurisdicciones provinciales. Esta cuestión no es menor tratándose de normas que traen beneficios en tributos nacionales,

9 Ha dicho recientemente el Tribunal, a propósito de la pretensión del Fisco Nacional de aplicar el método de rango intercuartil (art. 15 de la ley de impuesto a las ganancias entonces vigente, referido a precios de transferencia) a un período en el que aún no estaba vigente, que ello era improcedente pues “una conclusión contraria supondría un serio menoscabo de la seguridad jurídica e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones, para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria” (del Dictamen de la Procuración General al que la Corte remite en Fallos: 347:216, “Bayer c/DGI”, del 12/03/2024).

10 Ya veremos que, en el caso de los beneficios fiscales, esto ha tenido un límite más preciso en la jurisprudencia de la Corte, justificada en la temporalidad de estos regímenes.

11 Sin entrar aquí en la distinción sobre si se trata de competencias originarias o derivadas en cada caso.

12 Artículo 165.- Declárese, en el marco del artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional, que las “Grandes Inversiones” que califiquen y se concreten bajo el RIGI son de interés nacional y resultan útiles y conducentes para la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. Sin perjuicio del ejercicio legítimo de las jurisdicciones y competencias locales, cualquier norma o vía de hecho por la que se limite, restrinja, vulnere, obstaculice o desvirtúe lo establecido en el presente título por parte de la Nación como las provincias, por sí y por sus municipios, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hubieran adherido al RIGI, será nula de nulidad absoluta e insanable y la Justicia competente deberá, en forma inmediata, impedir su aplicación.

13 Artículo 224.- Invítase a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios a adherir al RIGI en todos sus términos y condiciones.

pero también en provinciales y municipales, pues, si bien ambas modalidades son admisibles desde el plano teórico, la consecuencia de asumir una u otra postura conlleva, así en la vida como en el derecho, consecuencias (y exigencias) muy distintas. Otras preguntas que se derivan directamente de esta delimitación serían, no solo las referidas a la situación de las provincias, sino también a la de los municipios. ¿Estos quedan obligados por los compromisos que, en el marco del federalismo de concertación, asumen sus provincias, o por las reglas impuestas unilateralmente por el Estado federal? ¿O por ninguna de ellas? ¿Pueden las provincias adherirse (y obligarse) por sus municipios, incluso si estos no quieren participar del régimen? Yendo más allá, ¿era necesario, para limitar las potestades tributarias municipales, establecer la necesaria adhesión de las jurisdicciones provinciales? O, a la inversa, ¿qué pasaría, por caso, si un municipio quiere adherir al régimen aun cuando su provincia no lo hace? Cabe aclarar que, en el deslinde de potestades que examinaré en estas líneas, me referiré exclusivamente a las tributarias, sin por ello desconocer que en otras materias (v.gr. la ambiental) las competencias (y limitaciones) son diferentes y que ello podría incidir en la cuestión bajo estudio.

Capítulo aparte merece la resolución de las controversias que se presenten en el marco de este régimen toda vez que se someten al método del arbitraje¹⁴, lo cual se explica por lo que ya mencionamos de la seguridad jurídica, pero abre un escenario de potenciales cuestionamientos y, además, deja ciertos asuntos sin aclarar, como el referido a los conflictos interestatales que pudiesen plantearse.

También cabe preguntarse por la posibilidad, ante eventuales litigios, de aplicar la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno para resolverlos, que encuentra su fundamento en la *gran ley de la autopreservación* y que tiene una rica aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. En modo alguno ello la exime de debates, en especial por el margen de discrecionalidad que deja al juzgador.

El objeto de este trabajo es, por tanto, exponer, desde el marco constitucional y el sistema fiscal federal, los problemas que pueden presentarse en su implementación y desarrollo para, a la luz de la nutrida jurisprudencia del Tribunal en materia de incentivos fiscales, examinarlos, sin pretensión de realizar una prognosis.

¿Cuál es el aporte de este abordaje? Anticipar los conflictos, incluso aquellos que puedan aparecer después de finalizado el régimen, y contrastarlos con

14 Cfr. art. 221 de la Ley 27.742, que establece que: “Todas las controversias que deriven del presente régimen o guarden relación con éste, entre el Estado nacional y un VPU adherido al RIGI, incluyendo, pero no limitado a, la ejecución, aplicación, alcance o interpretación del presente régimen y normas relacionadas, o con el uso, goce, cese y/o ejercicio de los derechos, beneficios e incentivos obtenidos por el VPU (incluso, sin limitación, en cuanto a su validez, aplicación y alcance) (una “Disputa”), se resolverá, en primer lugar, mediante consultas y negociaciones amistosas”.

experiencias pasadas, resulta útil para arrojar cierta luz sobre las sombras que proyecta el RIGI. No olvidemos que son regímenes de “largo alcance”¹⁵. Solo a título de ejemplo, la promoción industrial de la Ley 22.021 fue sancionada en el año 1979¹⁶ y finalizó (luego de diversas modificaciones y prórrogas) en el mes de diciembre del año 2012. Sin embargo, aún es usual encontrar fallos actuales que examinan diferentes problemáticas de ese régimen y sus repercusiones. Incluso existen juicios que enfrentan a los distintos niveles de gobiernos y exceden a los que pueden darse entre la empresa promocionada y la autoridad de aplicación o el organismo recaudador nacional¹⁷. Otro tanto podría decirse del régimen vigente en Tierra del Fuego (Ley 19.640¹⁸). Y, de modo similar, de las leyes federales que garantizan la “estabilidad fiscal” (en el ámbito nacional, provincial y municipal) en diferentes actividades¹⁹ y han dado lugar a una vasta colección de fallos del máximo tribunal, que han debido delimitar el sentido, alcance (y constitucionalidad) de estas normas, en especial, por su incidencia en los sistemas tributarios locales. Y el RIGI trae disposiciones de ambos tipos, es decir, de aquellas que otorgan incentivos en impuestos nacionales y de las que lo hacen en el campo de los tributos provinciales y municipales.

Podrá el lector relativizar la importancia de este análisis cuando, como se mencionó, el propio el legislador establece que las controversias que surjan entre el Estado nacional y un Vehículo de Proyecto Único (VPU) adherido al RIGI, se resolverán, en caso de que fracasen las negociaciones amistosas, mediante el sistema de arbitraje²⁰. Ahora bien, más allá de las observaciones que pudiesen realizarse a esta disposición, lo cierto es que existirán otros conflictos, como los que puedan surgir entre los distintos niveles de gobierno (por ejemplo, Provincia vs. Nación), o entre las jurisdicciones locales y el VPU, en los que ni siquiera queda

15 Este es de 30 años (cfr. art. 178 de la ley 27.742).

16 Poder Ejecutivo Nacional (Gobierno de facto), 28/06/79.

17 Solo por citar, la reciente sentencia de Fallos: 346:1180, del 10/10/2023, en la que el Estado Nacional demandó a la provincia de Tucumán por entender que ésta, como autoridad de aplicación, se extralimitó en las facultades conferidas al haber aprobado un proyecto y acordado beneficios a una empresa cuya actividad no había sido objeto de promoción. La Corte declaró la nulidad del decreto provincial y recordó que “al otorgar beneficios promocionales en los casos en que las leyes nacionales les disciplen esa competencia, las autoridades provinciales actúan como agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la Nación (art. 128 de la Constitución Nacional); y deben ajustarse a las normas federales reglamentarias de los respectivos regímenes de fomento, que prevalecen por su jerarquía normativa frente a las disposiciones locales (art. 31 de la Ley Fundamental)”.

18 Que creó, con base en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional, “un régimen especial fiscal y aduanero” para el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, luego devenido en provincia.

19 Cfr. la Ley 17.319 (art.56) y la Ley 24.196 (art.8), entre otras.

20 Cfr. art. 221 de la Ley 27.742

claro, a partir de la letra de la ley, que ese sea el modo pensado de resolución. El decreto reglamentario, a pesar de lo extenso que es en este punto²¹, arroja poca luz sobre el asunto, aunque algo queda despejado de sus definiciones, esto es, que las disputas a las que se aplica el arbitraje refieren exclusivamente a controversias entre “el Estado nacional y un VPU adherido al RIGI”²². Por último, la prórroga de jurisdicción y la solución de cuestiones de derecho tributario por la vía de este mecanismo arbitral, en cuanto están en juego las rentas públicas, ameritaría un examen más profundo y detallado que, por cuestiones espaciales, escapa al objeto de estudio aquí.

En cuanto a la metodología de esta presentación, y a efectos prácticos, luego de encuadrar el régimen, dividiré el análisis en los incentivos de orden nacional (reducción de alícuotas, deducción de quebrantos sin límite temporal y posibilidad de cesión, exenciones, cómputos, deducciones²³), provincial²⁴ y municipal²⁵, así como en la garantía de la estabilidad fiscal²⁶ y el federalismo de concertación en la materia.

2. ¿CUÁL ES SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL?

Me preguntaba en la introducción si se enmarca en las facultades que otorga al Congreso la cláusula del progreso, o si se trata de un acuerdo en el marco del federalismo de concertación. Antes de responder a esta pregunta, debo explicar la importancia de esta distinción y las consecuencias que puede traer que esto no quede claro. ¿Por qué no está claro? Porque ya el propio art. 165 entraña una contradicción entre sus dos párrafos. En el primero, invoca el art. 75, inc. 18 de la CN, pero, a renglón seguido, al establecer la nulidad de cualquier norma o vía de hecho de la Nación, las provincias o los municipios que “limite, restrinja, vulnere, obstaculice o desvirtúe lo establecido en el presente título”, menciona (¿aclara?) que se refiere a aquellos que hubieran adherido al RIGI²⁷.

A su vez, el art. 224 “invita a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios a adherir al RIGI en todos sus términos y condiciones” en una fórmula típica que se utiliza en los pactos, acuerdos, compromisos o consensos fiscales que se firman en el marco del federalismo de concertación. Por último, el art. 225 prohíbe a las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios “que adhieran al RIGI” imponer a los VPU “nuevos gravámenes locales, salvo las tasas retributivas por servicios efectivamente

21 Cfr. Capítulo X del Decreto PEN 749/24.

22 Cfr. art. 124, inc. b, del Decreto PEN 749/2024.

23 Capítulo IV.

24 Art. 225 de la Ley 27.742.

25 Art. 225 de la Ley 27.742

26 Art. 201 de la Ley 27.742.

27 Art. 165, ya transcripto en nota al pie 14.

prestados”. Esta disposición, por un lado, me lleva a asociarla con el compromiso del art. 9 de la Ley de Coparticipación 23.548 que, como todos sabemos, es una ley convenio, fruto del federalismo de concertación. Pero también me remite a la cláusula de “estabilidad” que legisla el art. 56 de la Ley Federal de Hidrocarburos 17.319²⁸, que no exige adhesión alguna y que, como sostuvo el máximo tribunal ante la pretensión de la provincia de Río Negro de alcanzar con el impuesto inmobiliario a la ocupación de inmuebles o subinmuebles en virtud de permisos de exploración o concesiones, se ve transgredida por la ley local, que *colisiona con los arts. 31 y 75, incs. 18 y 19, de la Constitución Nacional*. Para fundar su decisión, los jueces señalaron que “la patente mutación de la naturaleza del tributo a la que da lugar la normativa impugnada y cuya legalidad se pretende salvaguardar bajo el ropaje de su dogmática calificación de impuesto inmobiliario –y no ya la pretendida aclaración o extensión del existente, como intenta sostener la provincia de Río Negro– lleva a concluir que la pretensión fiscal es insostenible frente a la garantía de la estabilidad fiscal reconocida por la legislación federal en favor del contribuyente”²⁹. Cabe recordar que, en esa oportunidad, el Estado Nacional, citado como tercero, se presentó respaldando la posición de la empresa actora³⁰. En rigor, este fallo resulta ilustrativo de ambas situaciones, ya que la provincia había suscripto también el Pacto Federal de Hidrocarburos³¹ y, en la misma fecha, el Acuerdo Fiscal celebrado entre el Estado Nacional y las provincias productoras de hidrocarburos³², lo cual llevó al máximo tribunal a ratificar su conclusión. Por último, esta sentencia es también muy útil para desarmar un argumento que, no por generalizado resulta válido, esto es, que el hecho de que los recursos sean provinciales, en este caso los hidrocarburos (art. 124 CN) impide que la Nación pueda establecer las grandes políticas nacionales en la materia.

28 Que, en su inciso *a*), establece que los titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación: “Tendrán a su cargo el pago de todos los tributos provinciales y municipales existentes a la fecha de la adjudicación. Durante la vigencia de los permisos y concesiones, las provincias y municipalidades no podrán gravar a sus titulares con nuevos tributos ni aumentar los existentes, salvo las tasas retributivas de servicios y las contribuciones de mejoras o incremento general de impuestos”.

29 Fallos: 332: 640 (“Apache”, del 26 de marzo de 2009).

30 Este es un fenómeno bastante habitual en los litigios que se suscitan en nuestro federalismo fiscal y en el cual están en juego las competencias tributarias provinciales.

31 Suscripto entre el Poder Ejecutivo Nacional y los gobernadores de las provincias participantes, el 14 de noviembre de 1994, que aprobó el proyecto de adecuación de la Ley 17.319.

32 Por este último convenio, los gobiernos locales signatarios se comprometieron a no incrementar la carga tributaria aplicable a los permisionarios de exploración, concesionarios, y otros titulares de derechos de explotación –con los alcances propiciados por el art. 56, inc. *a*– a cuya observancia se ha obligado voluntariamente la provincia demandada, al ratificar dicho acuerdo mediante la Ley Provincial 2.877, del 3 de abril de 1995.

No nos olvidemos que, en temas de hidrocarburos y sus derivados (energía y gas) está en juego el autoabastecimiento de todo el país³³.

La importancia de enmarcar correctamente el régimen resulta evidente entonces, puesto que, si se encuentra en la cláusula del art. 75, inc. 18 de la CN, será innecesaria la adhesión de las jurisdicciones provinciales (más allá de las controversias que puedan surgir en cuanto a la pertinencia del interés federal y de la prosperidad del país), en tanto que, si se ubica en el ámbito del federalismo de concertación, se requerirá, ineludiblemente, la conformidad de las provincias a la que pretendan aplicarse las limitaciones que surgen del régimen³⁴.

Dicho esto, entiendo que, más allá de la deficiente técnica legislativa (atribuible quizás, en este caso, a las modificaciones de última hora), la redacción de los artículos mencionados sella la suerte del Estado Nacional si pretende ampararse en las potestades “unilaterales” que le otorga el inc. 18 del art. 75, el cual quedará solo para los beneficios de corte nacional, más no para los provinciales o municipales que requerirán del compromiso de las jurisdicciones provinciales³⁵. Y, con el mismo razonamiento, considero que esta ambigüedad, este quedarse “en el medio”, intencional o no, fue un error. Si *se va por todo*, hay que ir por todo y afrontar las consecuencias. La adhesión podría haberse negociado después para reforzar la seguridad jurídica, mas esta suerte de *sí, pero no* solo agrega incertidumbre a la situación. ¿Qué asesor jurídico va a afirmar que alcanza con las disposiciones nacionales para contar con los beneficios locales?

Por lo tanto, ¿qué implica, además de la necesaria adhesión, que el sistema se enmarque en el federalismo de concertación? Lo veremos en el punto 4.

3. LA CLÁUSULA DEL PROGRESO APLICADA A LA MATERIA TRIBUTARIA NACIONAL, PROVINCIAL Y MUNICIPAL

Recuerda nuestro máximo tribunal que, según el pensamiento de Alberdi, “El Preámbulo [...]expresa sumariamente las grandes miras que presiden a sus disposiciones”; que el art. 64:16 [actual art. 75, inc. 18] a la vez que da al Congreso el poder para realizar todo lo conducente a la prosperidad del país, le señala los medios para ello, como el fomento de la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles, entre otros, “por leyes protectoras de estos fines”; esas leyes, “tienen ya sus principios en la Constitución; no pueden ser arbitrarias, ni deben ser otra cosa que leyes orgánicas de la economía constitucional”³⁶.

33 Sin ignorar que el desarrollo de energías renovables es una meta deseable.

34 Ya veremos qué sucede con los municipios.

35 Lo que también se ve ratificado por el art. 105 del Decreto Reglamentario 749/24 que, al reglar la estabilidad, señala que: “Este beneficio se extenderá a las jurisdicciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, provincias y municipios que adhieran al RIGI, debiendo estarse a lo previsto en el artículo 225 de la Ley N° 27.742”.

36 Fallos: 333:2367.

Conocida también como cláusula de la *prosperidad*, del *desarrollo*, le permite a la Nación establecer las grandes políticas que harán crecer al país. Su aplicación, y su rica historia, exceden, por supuesto, a la cuestión impositiva, pero ésta ha sido una de sus grandes protagonistas. En el caso del RIGI, el art. 165 declara que las Grandes Inversiones que califiquen y se concreten “son de interés nacional y resultan útiles y conducentes para la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios”³⁷. Sin perjuicio de lo que diré, más adelante, sobre la efectiva utilidad nacional del sistema, lo que fundamentalmente me interesa aquí es referir dos de los modos más habituales de la cláusula del progreso de intervenir en “la cuestión impositiva”, esto es, en el nivel nacional, por un lado, y en los niveles locales, por otro.

3.1. *La cláusula del progreso como fundamento de incentivos tributarios nacionales*

En primer término, la cláusula fundamenta y habilita la concesión de privilegios en el orden nacional, es decir, beneficios sobre impuestos federales, ya sea mediante reducciones, desgravaciones, exenciones, créditos, etc., hacia un sector determinado, una actividad, una provincia o una región. Ejemplos conocidos son los del Régimen de Tierra del Fuego (Ley 19.640) y el de la promoción industrial (Ley 22.021) que, con algunas variaciones, benefició a La Rioja, San Juan y San Luis, pero llevó a Mendoza y La Pampa a peticionar, ante la Corte Suprema, su fin³⁸. Aquí, es el mismo nivel de gobierno el que *grava* y *desgrava*, pero no por ello queda libre de problemas y estos se han reflejado en distintos cuestionamientos, como la menor recaudación tributaria del país; la relocalización de industrias; las razones que avalan incluir a unas provincias (y no a otras) en el régimen; los inconvenientes que trae que la autoridad de aplicación sea, muchas veces, la provincia; la duración indefinida del régimen; la verdadera eficacia del sistema, la afectación de la generalidad y la igualdad, la dependencia que genera

37 En tanto el artículo siguiente establece, entre los objetivos prioritarios del régimen, los de incentivar estas inversiones; promover el desarrollo económico; desarrollar y fortalecer la competitividad de los diversos sectores económicos; incrementar las exportaciones de mercaderías y servicios al exterior comprendidas en las actividades desarrolladas en el RIGI; favorecer la creación de empleo; generar de inmediato condiciones de previsibilidad y estabilidad para las Grandes Inversiones; crear para las Grandes Inversiones que cumplan con los requisitos del RIGI, un régimen que otorgue certidumbre, seguridad jurídica y protección especial para el caso de eventuales desviaciones y/o incumplimiento por parte de la administración pública y el Estado al RIGI; fomentar el desarrollo coordinado de las competencias entre el Estado Nacional, las provincias y las respectivas autoridades de aplicación en materia de recursos naturales; y fomentar el desarrollo de las cadenas de producción locales asociadas a los proyectos de inversión comprendidos por el RIGI.

38 Causa M.457:XXXIII (“Mendoza c/Estado Nacional”), a la que adhirió la provincia de La Pampa y que finalizó mediante acuerdo.

en las llamadas provincias “fiscales”³⁹, la priorización de lo regional por sobre lo sectorial, entre otros⁴⁰. Si el régimen de promoción concluye de forma anómala puede generar repercusiones, no solo en los inversionistas, sino en todos los actores del sistema federal, pues no hay que perder de vista que los beneficios fiscales ocasionan disminuciones en los recursos tributarios que componen la masa coparticipable, con lo cual, si un régimen de promoción *cae* o es declarado caduco, se podría justificar el reclamo por los fondos que estaban destinados a ser repartidos por el sistema de coparticipación federal.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que en el caso del RIGI, los incentivos de orden nacional rigen para todo el territorio de la República Argentina⁴¹ y ello acota el margen de conflictos, al menos en este punto. En lo que hace a las actividades, el régimen resultará aplicable a las Grandes Inversiones en proyectos de los sectores de forestoindustria, turismo, infraestructura, minería, tecnología, siderurgia, energía, petróleo y gas⁴². El plazo para adherirse será de dos años, prorrogables por una única vez⁴³ y el monto mínimo de inversión será de, al menos, doscientos millones de dólares estadounidenses⁴⁴. Por último, en cuanto a la autoridad de aplicación, del texto de la ley parece desprenderse que será nacional⁴⁵ y esto se ve corroborado por lo dispuesto en el art. 122 de la reglamentación, que establece que dicha autoridad será el Ministerio de Economía, lo cual, de mantenerse así, ayudará a no repetir las nefastas experiencias que tuvieron los regímenes de las Leyes 19.640 y 22.021, al establecer a los gobiernos provinciales como autoridades de aplicación, y cuyos problemas perduran incluso en la actualidad⁴⁶.

Es doctrina de la Corte que, en materia de regímenes de promoción, los beneficios tributarios tienen fundamento en la CN: art. 67, inc. 16 [actual 75, inc. 18] –cláusula de progreso– (Fallos: 314:1088 y su cita) y, por ende, configuran medidas de fomento de carácter nacional que responden al ejercicio de una competencia constitucional⁴⁷. ¿Qué tipo de interpretación admiten estos incentivos?

39 GERVASONI las denomina “provincias rentísticas” porque gozan de generosas “rentas del federalismo fiscal” (GERVASONI, Carlos, “Democracia, autoritarismo e hibridez en las provincias argentinas: la medición y causas de los regímenes subnacionales”, *Journal of Democracy* en español, Vol. 3, 2011, p.88).

40 Se han generado controversias incluso en temas de cesión de bonos de créditos fiscales provenientes de este Régimen.

41 Cfr. art. 164 de Ley 27.742.

42 Cfr. art. 167 de la Ley 27.742.

43 Cfr. art. 168 de la Ley 27.742.

44 Cfr. art. 173 de la Ley 27.742.

45 Cfr. arts. 218 y 219 (capítulo IX).

46 Como ejemplo basta ver las sentencias de Fallos: 342: 1117 (“AFIP c/ San Luis”), del 3/10/2023 y 346:1180 (AFIP c/ Tucumán”), del 10/10/2023 o Fallos: 338:313 (“Empresa Pesquera de la Patagonia c/ Tierra del Fuego”), del 29/5/2015.

47 Fallos: 346:1117 y 1180.

No puede pasar desapercibido que si bien los beneficios tributarios tienen fundamento en la mencionada cláusula de la CN, el mismo texto los califica como “privilegios”, desde que importan “alterar la generalidad con que deben ser aplicados los gravámenes, para conjugados con el art. 16 de la Ley Fundamental en el sentido de que la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas, debiendo aplicarse abarcando íntegramente las categorías de personas o bienes previstos por la ley y no a una parte de ellas”⁴⁸.

¿Qué otros problemas se avizoran desde el ámbito nacional? Pues si bien uno podría pensar que el mismo nivel de gobierno no va a *retractarse* de sus “promesas”, la historia nos muestra lo contrario y de ahí la enfática letra de la Ley de Bases que, una y otra vez, reafirma la certeza y seguridad jurídica del sistema. Al tratar el punto 3.3 estudiaremos lo acontecido en materia de retroactividad y el férreo límite que estableció la Corte en los casos de beneficios temporales.

3.2. La cláusula del progreso como límite al poder tributario, provincial y municipal

Tampoco han faltado debates en torno a la legitimidad de la potestad del Congreso de interferir en las competencias que la CN otorga a otros niveles, con la posible afectación de su autonomía e imposibilidad de diseñar sus sistemas fiscales. ¿Puede el Congreso Nacional eximir de tributos provinciales o municipales? Esta es una de las preguntas más usuales al iniciar la clase referida a esta cláusula del art. 75 y la respuesta afirmativa lleva la carga de explicar por qué, si *eximir* es el reverso, la contracara, de *gravar* (de *imponer*) puede ejercerla también otro nivel de gobierno, el nacional en este caso. Es un interrogante que siempre genera debate en los estudiantes de la asignatura Constitucional Tributario, ya que muchos sospechan, aun desde la intuición, del poder que este instrumento le deja al Estado Central y vislumbran el riesgo de desequilibrio que conlleva, por el margen de discrecionalidad con el que puede interpretarse su uso. Confieso que, aunque entiendo el cuidado, no soy de quienes se paran desde ese lugar. Soy, por el contrario, parte de aquellos que creen que el pensamiento (y la acción, a través de su pluma) de Alberdi tenía mucho sentido entonces, y lo tiene todavía hoy. Ni siquiera considero que la cláusula sea *un costo* a pagar por el federalismo, sino que es una herramienta que, precisamente, lo posibilita. Esta disposición, “en su condición de palanca que expresa la supremacía nacional dentro del subsistema que, en materia tributaria al menos, organiza la Constitución”⁴⁹, puede entonces operar como límite al poder tributario provincial o municipal. Sin embargo, no desconozco que, de la teoría a la práctica, ese delgado equilibrio puede tambalear

48 Fallos: 307:1083 (“Maderas Martini, S.A.C.I.F.”).

49 BULIT Goñi, Enrique, “Acerca de la Cláusula del desarrollo en la Constitución Nacional”, *Derecho Fiscal*, 2009-4, p. 55.

y prestarse a abusos o distorsiones (por parte del contribuyente o del propio Estado Nacional) si no es correctamente delimitado su ámbito de actuación.

Ahora bien, desde antaño, la Corte Suprema ha admitido que, invocándola, el Estado Nacional pueda implementar regímenes para promover el desarrollo de ciertas actividades o regiones, incluso con exenciones sobre tributos locales⁵⁰. En otras palabras, el Tribunal ha reconocido que el Estado federal “pueda privar a las provincias de su poder de imposición sobre materias que de ordinario le pertenecen, aunque, claro está, siempre dentro de ciertos límites, porque todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías provinciales ha de instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los poderes que aquéllas no delegaron (Fallos: 304: 1186, entre muchos otros)”⁵¹. Sin embargo, como recuerda el Procurador, los estados locales tampoco pueden enervar el ejercicio que la Nación haga de las facultades otorgadas constitucionalmente para cumplir el mandato contenido en el Preámbulo de “promover el bienestar general”, pues ello “trae aparejado el riesgo cierto de convertir en ilusorios tales propósitos y objetivos, que procuran el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias”.

Es dable preguntarse aquí si las disposiciones del RIGI, en especial los arts. 165 (segundo párrafo)⁵² y 225⁵³ ¿afectan la distribución de potestades tributarias

50 Basta recordar la causa “Ferrocarril Central Argentino c/ Santa Fe” del 3 de julio de 1897 (Fallos: 68:227), doctrina reafirmada por el Tribunal en “Ferrocarril Central Argentino c/ Municipalidad del Rosario” (Fallos: 104:96), del 5 de abril de 1906, donde señaló que “según el inciso 16 del artículo 67 [actual 75, inc. 18] de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación está facultado para dictar leyes protectoras de la inmigración [...] y que, es fuera de duda y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte, que al exonerar de todo impuesto a la empresa ha comprendido no sólo los impuestos nacionales sino también los provinciales y municipales”.

51 Del dictamen del Procurador, Nicolás BECERRA, de fecha 10/12/2001, en la causa “Mendoza c/Estado Nacional” M.457.XXXIII

52 “Sin perjuicio del ejercicio legítimo de las jurisdicciones y competencias locales, cualquier norma o vía de hecho por la que se limite, restrinja, vulnere, obstaculice o desvirtúe lo establecido en el presente título por parte de la Nación como las provincias, por sí y por sus municipios, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hubieran adherido al RIGI, será nula de nulidad absoluta e insanable y la Justicia competente deberá, en forma inmediata, impedir su aplicación”.

53 “Artículo 225.- Déjase establecido que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios que adhieran al RIGI no podrán imponer a los VPU nuevos gravámenes locales, salvo las tasas retributivas por servicios efectivamente prestados. A los efectos del presente régimen, se entenderá que existe un nuevo gravamen local cuando se cree un nuevo hecho imponible respecto de los existentes al 31 de diciembre de 2023 o, asimismo, cuando se modifique el hecho imponible, la base imponible, la alícuota, las deducciones, las exenciones y/o desgravaciones y/o cualquier otro aspecto de los tributos existentes a dicha fecha, que en los hechos implique una mayor carga fiscal. En el caso de tasas retributivas por servicios prestados, existentes o a crearse en el futuro, éstas no podrán exceder el costo específico del servicio efectivamente prestado a los sujetos individualmente considerados. Se entenderá que una tasa excede el costo específico del servicio

que viene dada desde el texto constitucional y diezman las autonomías provinciales? No se trata de que todo *vale* si se enmarca en esta disposición, pues no está exento de controvertirse el verdadero fin del régimen, es decir, si verdaderamente promueve la industria y el adelanto y progreso de las provincias. En el caso, vimos que el art. 165, al recurrir a este precepto constitucional, señala que las Grandes Inversiones que califiquen y se concreten bajo el RIGI “son de interés nacional y resultan útiles y conducentes para la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios”⁵⁴. Sin embargo, la simple declaración no puede, como expresión de deseos, validar sin más la norma y sus pretendidos fines. Por ello, podrá ser posible de cuestionamiento, aunque entiendo que debemos ser muy cuidadosos en este punto, ya que entraña la posibilidad de, bajo el pretexto de la falta de adecuación constitucional, obstaculizar los grandes fines del Estado federal.

Naveira y Revilla recuerdan los inconvenientes que le trajo a los Estados Unidos de América, ante la intención de los gobiernos locales de gravar los bienes y las actividades del Gobierno Federal, la falta de una redacción semejante⁵⁵. “Con la intención de evitar este problema y proteger aquellos medios que el Gobierno Federal consideraba necesarios para la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de las provincias y el progreso de la ilustración, consagraron en el entonces art. 67, inc. 16⁵⁶ de la Constitución Nacional”⁵⁷.

Por esta razón, es prudente leer con mucho recelo las manifestaciones *partidarias*, con relación al RIGI, que se sucedieron apenas se dictó la ley. Cabe preguntarse si el juzgador, de corresponder, contará con algún método que le permita examinar con objetividad este régimen, creado al amparo de la cláusula del progreso, e interpretar su conformidad con el texto constitucional. Alberdi, al hablarnos de la importancia de este artículo y del fomento fabril, nos previene, al mismo tiempo, de los errores en los que puede caer el legislador y el estadista *inexpertos*. Nos alerta el jurista tucumano sobre lo delicado del *medio* y sobre “la analogía superficial o nominal que ofrece con el aciago sistema proteccionista de

efectivamente prestado cuando su base imponible se determine sobre la base de ventas, ingresos brutos, ganancias o parámetros análogos. Cualquier incumplimiento a lo mencionado en el presente artículo será considerado como una violación a lo establecido en el artículo 165 de esta ley”.

54 “El RIGI es una herramienta para atraer inversiones significativas para la economía nacional, que de lo contrario no se desarrollarían” agrega el Decreto Reglamentario PEN 749/2024, en sus considerandos.

55 Ello llevó a la construcción pretoriana de la doctrina de la “inmunidad de los instrumentos de gobierno”, en el recordado caso “McCulloch v. Maryland”, del año 1819.

56 Actual art. 75, inc. 18 de la CN.

57 NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo y REVILLA, Pablo, “Inmunidad de los instrumentos de gobierno”, *Derecho Fiscal*, 2009-4, p. 50.

exclusiones privilegiadas y de monopolios”⁵⁸. Y nos brinda una guía certera para saber qué clase de protección, qué clase de privilegios y de recompensas ofrece la Constitución como medios. Nos indica que miremos los fines que esos medios se proponen alcanzar y, luego de reproducir el texto del viejo inciso 16 del art. 64, concluye que los medios son “la libertad y los privilegios y recompensas conciliables con la libertad”⁵⁹.

El art. 225 establece, respecto de las tasas retributivas por servicios prestados, que estas no podrán exceder el costo específico del servicio efectivamente prestado a los sujetos individualmente considerados. El mandato está dirigido tanto a las provincias como a las municipalidades y será objeto de examen en el punto 4, en particular, lo referido a la situación municipal. Sin perjuicio de ello, y a pesar de la polvareda que levantó tal prescripción, lo cierto es que la distinción entre especies tributarias no es meramente académica, como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal⁶⁰, ni es indiferente indagar, bajo el *nomen juris*, la verdadera naturaleza de las gabelas. De todo ello puede concluirse que, en un sistema tributario racional, si la prestación del servicio es lo que legitima el cobro de la tasa, es lógico exigir que su aspecto cuantitativo sea proporcional al costo de ese servicio. En apoyo de esta tesis es dable recordar, a propósito de la pretensión de la provincia de Tierra del Fuego de cobrar una tasa a las empresas promovidas por la verificación de los procesos productivos, lo que sostuvo la Corte en cuanto a que, en principio, resultaba válida pues, analizando el régimen de promoción vigente, la provincia tenía facultades suficientes para imponer tasas retributivas de servicios a las empresas que operaban en la zona implicada, en el marco de verificación de las actividades que desarrollan según ese régimen promocional, “siempre que se respete el presupuesto de reserva de ley, la naturaleza de la tasa y con la salvedad de que se retribuyan servicios efectivamente prestados (arg. Fallos: 331: 2633)”⁶¹. En el caso concreto, finalmente, el Máximo Tribunal descalificó el gravamen, pero por entender que, en los hechos, se trataba de un tributo que gravaba la exportación antes que de una tasa de verificación de servicios cumplidos por la autoridad de aplicación⁶² y, que, en tal carácter, no podía ser creado por una provincia sin lesión al sistema federal consagrado en la Constitución (art. 75, inc. 1°).

58 ALBERDI, Juan B., *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación*, Buenos Aires, Círculo Azul, 2021, p. 91.

59 ALBERDI, Juan B., *Sistema Económico...*, ya cit., p. 93.

60 Fallos: 332:1503.

61 Fallos: 338:313.

62 Ya que “es la exportación de la mercadería lo que en realidad genera el nacimiento de la obligación tributaria, en vez de exigirla en función de procesos técnicamente anteriores a ese hecho”.

Por otro lado, si las provincias adhieren sin reservas al régimen, sería un contrasentido que luego plantearan la falta de acuerdo con este punto y pretendieran impugnarlo, aunque vienen a mi memoria algunos casos de provincias que, luego de firmar, cuestionaron el consenso fiscal, o que intentaron judicialmente adherirse a alguno de estos pactos, pero con exclusión de determinadas disposiciones. Considero que esto no es posible, salvo que se pruebe una discriminación contra la provincia en cuestión, como podría ser que, para adherirse, se le exija renunciar a los juicios que tenga con el Estado Nacional, pero nada de esto ha sucedido aquí. Estas reflexiones, sobre lo establecido en el art. 225, se limitan a las provincias y la CABA. En cuanto a los municipios, remito a lo que expondré en el punto 4, aunque adelanto que la cuestión es, si se quiere, incluso menos compleja, a pesar de la ola de críticas que ha despertado.

3.3. *La garantía de la estabilidad fiscal, en el campo nacional y local*

El capítulo en el que se encuentra legislada se titula “Estabilidad. Compatibilidad con otros regímenes. Cesiones”⁶³. Observemos cómo comienza su redacción: “Los VPU adheridos al RIGI gozarán en lo que respecta a sus proyectos, de estabilidad normativa en materia tributaria, aduanera y cambiaria”⁶⁴. ¿En qué consiste esta redacción? En que los incentivos otorgados en los capítulos IV y V del presente título⁶⁵ no podrán ser afectados ni por la derogación de la presente ley ni por la creación de normativa tributaria, aduanera o cambiaria respectivamente más gravosa o restrictiva que las que se encuentran contempladas en el RIGI. ¿Cuál es el plazo de vigencia de esta estabilidad? Durante treinta (30) años, contados a partir de la fecha de adhesión por parte del VPU.

¿Qué problemas intenta evitar este capítulo? Básicamente, dos. Por un lado, la práctica consistente en dictar normas fiscales con efecto retroactivo, que mencionaba en la introducción y que ha atentado contra la seguridad jurídica como valor inalterable en un sistema constitucional. Sabido es que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico, pero ello no implica aceptar su modificación con efectos retroactivos, máxime en un régimen destinado a durar un período determinado, lo que lo haría perder todo sentido. Si el propio Estado establece un beneficio limitado en el tiempo, una franquicia por un período fijado, concede una bonificación o una exención a los contribuyentes que se encuentren en una determinada situación o cumplan con ciertos requisitos,

63 Capítulo VI, reglamentado a su vez por el Capítulo del mismo número del Decreto 749/24.

64 Cfr. art. 201 de la ley 27.742.

65 Referidos a deducciones, reducciones de alícuotas, cálculos, exenciones, transferencia de quebrantos no absorbidos y otros beneficios en el impuesto a las ganancias, IVA, débitos y créditos entre otros. Estos artículos son reglamentados en el Capítulo IV del Decreto Reglamentario 749/24.

lógica consecuencia de ello es que una ley posterior no pueda venir a borrar de un plumazo ese beneficio temporal y modificar así esta limitación que el propio Estado se impuso, ya que el beneficio perdería todo sentido⁶⁶.

Estas *autolimitaciones* fueron admitidas por la Corte, sobre la base del derecho de propiedad, como freno a pretensiones fiscales basadas en normas posteriores. Puede recordarse el clásico Fallo “Swift”⁶⁷, donde la compañía frigorífica y la comuna de Villa Gobernador Gálvez suscribieron un convenio por el que acordaron el pago de una contribución única por un tiempo determinado. Sin embargo, próximo a finalizar el plazo, las nuevas autoridades comunales resolvieron tenerlo por inexistente por adolecer de nulidad absoluta. La Corte falló a favor de la empresa y sostuvo que el contribuyente que pagó sus contribuciones fiscales “con arreglo al convenio celebrado oportunamente con las autoridades comunales, tiene derecho a obtener la liberación correspondiente”.

La segunda cuestión relacionada con la estabilidad tiene que ver la claridad de sus disposiciones, a fin de evitar consecuencias impensadas que desnaturalicen el fin de la garantía. Sí, adivinaste, lector, estoy recordando “Minera del Altiplano”⁶⁸, a propósito del beneficio de la estabilidad fiscal regulado por el art. 8° de la Ley 24.196, y la controversia que se suscitó a raíz de las notas 130/07 de la Secretaría de Minería y 288/07 de la Secretaría de Comercio Interior, por las que se intimó el pago de los derechos de exportación (Decreto 310/02 y la Resolución del Ministerio de Economía 11/02) al proyecto “Fénix”, que llevaba adelante Minera del Altiplano, al amparo de la garantía de la estabilidad fiscal establecida en el artículo citado.

Allí, la Corte, por remisión al dictamen, revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que había declarado inaplicables las notas 130/07 de la Secretaría de Minería y 288/07 de la Secretaría de Comercio Interior, con relación al mencionado proyecto, llevado adelante por la actora en el Salar del Hombre Muerto. Cabe recordar que la Ley 24.196 instituye un régimen destinado a promover las inversiones en la actividad minera que, entre otros beneficios, contempla que los emprendimientos mineros allí comprendidos gozarán de estabilidad fiscal por el término de treinta (30) años contados a partir de la fecha de presentación de su estudio de factibilidad (art. 8°, Ley 24.196). La ley define el concepto de “estabilidad fiscal” al establecer que “significa que las empresas que desarrollen actividades mineras en el marco del presente régimen de inversiones no podrán ver incrementada su carga tributaria, considerada en forma separada

66 PEREZ, Anahí F., “La retroactividad de las leyes tributarias”, *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero*, editada por la Facultad de Derecho de la UBA, ISSN 2953-450X, Año IV, N° 13, septiembre 2024, pp. 286-303, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-der-tributario/revista/revista-Tributario-Ed0013.pdf>.

67 Fallos: 258:208.

68 Fallos: 335: 1315, del 10/7/2012.

en cada jurisdicción determinada al momento de la presentación del citado estudio de factibilidad, en los ámbitos nacional, provinciales y municipales”⁶⁹.

La Cámara había señalado que al Estado Nacional le correspondía demostrar que el pago de los derechos de exportación reclamado por las notas cuestionadas no afectaba la estabilidad fiscal de la empresa actora. No obstante, en la pieza fiscal a la que remite el máximo tribunal, se llega a otra conclusión, sobre la base de reconocer que, si bien las nuevas gabelas o incrementos podrían conducir a un aumento de la carga tributaria total, “lo cierto es que, frente a esta eventual situación dentro del régimen de la Ley, el Decreto 2.686/93 –cuya constitucionalidad tampoco ha sido aquí objeto de debate– fija un mecanismo de compensación o devolución de las sumas abonadas de más, en la forma, plazo y condiciones que establezca la AFIP”.

En el caso del RIGI, ¿quién debe probar la afectación de la estabilidad? La norma dispone que estará “a cargo de los VPU que invoquen una vulneración de la estabilidad tributaria justificar y probar dicha vulneración”, pero aclara que, cuando la vulneración sea consecuencia de la creación o incremento de un nuevo tributo o de una modificación legal o reglamentaria de cualquier aspecto relativo a los tributos vigentes a la fecha de adhesión, “estará a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos justificar y probar, en cada caso, que no se ha producido un incremento de la carga tributaria como condición previa para aplicar dicho tributo o la mayor alícuota al VPU”.

Esta disposición no resulta menor cuando miramos atrás y recordamos que, en el fallo “Minera”, ya citado, una de las omisiones que se le endilgó a la empresa actora fue la de la prueba.

69 A continuación, la ley específica que: “Por incremento de la carga tributaria total [...] se entenderá a aquel que pudiere surgir en cada ámbito fiscal, como resultado de los actos que se enuncian en el párrafo siguiente y en la medida que sus efectos no fueren compensados en esa misma jurisdicción por supresiones y/o reducciones de otros gravámenes y/o modificaciones normativas tributarias que resulten favorables para el contribuyente”. En su art. 8º, inc. 5), la Ley dispone: “Estará a cargo de los sujetos beneficiarios de la estabilidad fiscal que invoquen que ella ha sido vulnerada, justificar y probar en cada caso -con los medios necesarios y suficientes- que efectivamente se ha producido un incremento en la carga tributaria en el sentido y con los alcances emergentes de las disposiciones de este artículo. Para ello deberán efectuar sus registraciones contables separadamente de las correspondientes a sus actividades no comprendidas por la estabilidad fiscal, adoptar sistemas de registración que permitan una verificación cierta y presentar al organismo fiscal competente los comprobantes que respalden su reclamo, así como cumplir toda otra forma, recaudo y condiciones que establezca la autoridad de aplicación de esta ley”. Por último, se establece: “La compensación de aumentos tributarios y arancelarios con reducciones de los mismos conceptos, para determinar si se ha producido en el mismo ámbito jurisdiccional un incremento de la carga tributaria total, se realizará por cada emprendimiento alcanzado por la estabilidad fiscal y por cada ejercicio fiscal vencido, entendiéndose, en todos los casos el que corresponde a la empresa para el impuesto a las ganancias, en la forma y condiciones que establezca la autoridad de aplicación” (art. 8.7, énfasis añadido).

Previamente, ese mismo art. 202 dispone que los tributos a aplicarse a los VPU adheridos al RIGI “serán los vigentes a la fecha de adhesión” y reafirma que los incrementos de tributos existentes a la fecha de adhesión, o a los previstos en el capítulo IV del presente título, no serán aplicables a los VPU. La norma establece que el beneficio de estabilidad tributaria otorga a los VPU “el derecho a rechazar cualquier reclamo por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos de aquellos importes que excedan el tributo que corresponda abonar en virtud de los párrafos precedentes” y aclara en qué casos se entenderá que existe un incremento de tributos, contemplando que ello pueda suceder estabilizados bajo el RIGI y no aplicables al VPU, cuando: se aumenten las alícuotas, tasas o montos; se deroguen total o parcialmente exenciones o se graven actividades o bienes no gravados a la fecha prevista en el párrafo primero del presente artículo; se modifiquen los mecanismos o procedimientos de determinación de la base imponible de un tributo, por medio de las cuales se establezcan pautas o condiciones distintas a las que se fijaban al momento en que el VPU adhirió al RIGI y que signifiquen un incremento en dicha base imponible; se incorporen al ámbito de un tributo situaciones que se encontraban exceptuadas o no alcanzadas.

Esta detallada lista *aclaratoria* otorga certeza a la garantía y acota el margen de discrecionalidad fiscal que, en el caso “Minera”, produjo la deficiente técnica legislativa utilizada. En efecto, en aquella ocasión, conforme a la letra del artículo, la creación de un nuevo impuesto no implicaba, por sí misma, una presunción de vulneración de la cláusula, lo que llevó a la Procuradora, Dra. Laura Monti, a advertir que el poco cuidado en la redacción de la norma tal vez frustró su fin. Concluyó sosteniendo que: “No escapa a mi análisis que podría argumentarse que una fórmula legal más conveniente para garantizar la estabilidad fiscal de las empresas promovidas hubiera sido excluirlas totalmente del pago de los futuros tributos o de sus incrementos”. Aquí, el RIGI invierte la carga de la prueba cuando la vulneración sea consecuencia de la creación o incremento de un nuevo tributo (o de una modificación legal o reglamentaria de cualquier aspecto relativo a los tributos vigentes a la fecha de adhesión) y pone en cabeza de la AFIP “justificar y probar, en cada caso, que no se ha producido un incremento de la carga tributaria como condición previa para aplicar dicho tributo o la mayor alícuota al VPU”, lo que me recuerda las palabras de Alberdi: “Si los legisladores dejasen siempre hablar a los hechos, que son la voz de la Providencia y de la historia, habría menos disputas y menos pérdida de tiempo”⁷⁰.

En lo que hace a la estabilidad en materia de tributos provinciales y municipales, el ya nombrado art. 225 establece que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios que adhieran al RIGI no podrán imponer a los VPU “nuevos gravámenes locales, salvo las tasas retributivas por servicios

70 ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos...*, ya cit., p. 167.

efectivamente prestados”. Como mencionaba en la introducción, esta disposición nos remite, casi de manera mecánica, al recordado fallo “Apache” sobre la estabilidad fiscal que el art. 56 de la Ley 17.319 establece para los titulares de permisos de exploración y concesiones de explotación, en materia de hidrocarburos. Allí, la Corte consideró que se presentaba en el caso la creación *ex novo* de un impuesto y, con ello se había “vulnerado el principio de estabilidad tributaria consagrado en el Régimen de Hidrocarburos, en cuanto le garantiza a la empresa titular de dichos derechos la conservación del régimen jurídico vigente en el orden provincial en materia tributaria, al momento de su otorgamiento⁷¹. La diferencia central con el art. 56 de la Ley Federal de Hidrocarburos es, precisamente, que esta norma establece, de manera unilateral y con base en el inciso 18 del art. 75 de la CN, la estabilidad fiscal, sin necesidad de contar con la adhesión de las jurisdicciones para comprometerlas. A diferencia de ello, como ya vimos, las normas del RIGI parecen encuadrarse, en lo que hace al ejercicio (o abstención) de las competencias locales, en el marco de los acuerdos del federalismo de concertación, por lo que requerirá su conformidad. A su vez, los arts. 188 y 190 también contienen limitaciones sobre tributos locales⁷². Por último, otros aspectos de este art. 225, como lo referido a las características que deberán tener las tasas retributivas de servicios, tanto provinciales como municipales, serán analizados en otros acápi-tes de este trabajo⁷³.

4. EL FEDERALISMO DE CONCERTACIÓN EN MATERIA DE COMPROMISOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES

En primer término, es pertinente recordar que la Corte ha tenido ocasión de señalar en otras oportunidades, con relación a esos acuerdos, que ellos constituyen verdaderas manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de una política fiscal uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias. Agregó el tribunal que “dichos pactos fiscales, así como las demás creaciones legales del federalismo de

71 Fallos: 332: 640.

72 El art. 188 establece que, en el caso de VPU que estén conformados por uniones transitorias de empresas u otros contratos asociativos, no podrán alcanzarse con “ningún tributo local” las operaciones, transferencias, ventas, locaciones, prestaciones ni ninguna otra relación económica entre el VPU y sus miembros. Cualquier imposición en tal sentido será considerada como una violación a lo establecido en el artículo 165 de esta ley. Por su parte, el art. Dispone que las importaciones de bienes de capital nuevos, repuestos, partes, componentes y mercaderías de consumo, así como las importaciones temporarias efectuadas por los VPU adheridos al RIGI, se encontrarán exentas de derechos de importación, de la tasa de estadística y comprobación de destino, y de todo régimen de percepción, recaudación, anticipo o retención de tributos nacionales y/o locales. Y reitera que cualquier imposición en tal sentido será considerada como una violación a lo establecido en el artículo 165 de esta ley.

73 Ver punto 4.

concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan, una vez ratificados por las legislaturas provinciales, al derecho público interno de cada estado local, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional (naturaleza contractual) los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes⁷⁴.

¿Cuál es ese rango? Pues, luego del dictado de Fallos: 338:1356 y, en particular, de la claridad de su consid. 8º, sin lugar a hesitación, *superior*⁷⁵. En ese mismo precedente y con referencia a los pactos fiscales firmados antes de la Reforma Constitucional del año 1994, el Máximo Tribunal señaló que ellos “han sido el mecanismo empleado para superar –en el marco del régimen de la Ley-convenio 23.548– los inconvenientes propios del sistema rígido de separación de fuentes tributarias. Luego, han constituido la vía adecuada para estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se flexibilizó, en un contexto de participación igualitaria, la distribución de la recaudación coparticipable, eliminando de esta manera la situación de incertidumbre jurídica generada por la falta de sanción del nuevo régimen de coparticipación conforme a las pautas fijadas en el art. 75, inciso 2º”⁷⁶.

¿Qué implica entonces que el régimen se enmarque, a los fines de los beneficios impositivos locales, en el federalismo de concertación? Que necesita la adhesión de las provincias para comprometerlas, como ya mencionamos y como ha dejado claro la Corte en otras oportunidades. Entre ellas, ante la pretensión del Estado Nacional de aplicar a una deuda, que mantenía con una provincia, la tasa de interés pactada en un acuerdo del federalismo de concertación del que ésta no fue parte. La Corte fue tajante en su negativa⁷⁷. Que el régimen se encuadre en el federalismo de concertación implica, además, que no puede ser modificado unilateralmente, sino solo por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes, como reiteradamente ha dicho el máximo tribunal. “Los principios constitucionales de buena fe y lealtad federal –que repelen la idea de una Nación fragmentada y

74 Fallos: 322:1781 y sus citas.

75 Que reza “...esa jerarquía *superior* que cabe reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza contractual en la que concurren las voluntades de los órganos superiores de la Constitución en aras de alcanzar objetivos comunes. Constituyen, entonces, la máxima expresión del federalismo de concertación, condición de la que se desprende su virtualidad para modificar –siempre en el marco de la Ley Fundamental– las relaciones interjurisdiccionales y recíprocas entre la Nación y las provincias.

76 Cfr. Consid. 6º.

77 Fallos: 342:85, del 19/2/2019 (“San Luis c/ Estado Nacional”).

procuran el armónico desarrollo de las necesidades locales junto con las nacionales— impiden que uno de los sujetos del sistema adopte de modo intempestivo medidas que puedan afectar al resto de los miembros de la federación⁷⁸.

Ahora bien, ¿esto se replica en el caso de los municipios? ¿Se necesita su expresa adhesión o alcanza con que la provincia, al adherir, se comprometa por sus municipios? En otras palabras, ¿puede obligarse por ellos? Si bien no desconozco que existen algunas opiniones divergentes, considero que el federalismo fiscal sería inviable si las provincias no pudiesen obligarse por sus municipios. El Convencional Constituyente de 1994, a pesar de la mayor autonomía que otorgó a estos sujetos políticos, fue claro en su redacción del art. 123 al señalar “asegurando la autonomía municipal y *reglando su alcance y contenido...*”. Esta postura no implica negar su autonomía, ni su necesaria existencia, ni tampoco invadir atribuciones que le hayan sido asignadas exclusivamente por el constituyente provincial como podría ser, por ejemplo, la de convocar a la renovación de sus autoridades⁷⁹.

Con respecto a la autonomía financiera, se ha sostenido: “Los municipios son actores principales del sistema federal, y requieren de los recursos necesarios para cumplir sus finalidades; en consecuencia, no pueden ser privados de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido...”⁸⁰. Sin suprimirlo, sin desnaturalizarlo, pero me enrolo en la postura mayoritaria que sostiene que las provincias pueden, efectivamente, asumir compromisos por sus municipios en materia fiscal. Como refiere Casás, apoyándose en la estructura jerárquica de los distintos planos de gobierno (art. 31 CN), esta asunción de obligaciones es posible⁸¹. Refuerza esta afirmación el hecho de que varias constituciones provinciales establecen el requisito de la compatibilidad de los gravámenes municipales con los de los niveles superiores de gobierno⁸².

Sin embargo, ¿qué pasa en el caso del RIGI? ¿Se asume esta modalidad de compromiso o se admite que el municipio pueda *no adherir*? Aun sin desconocer que existen varias opiniones contrarias, considero que, de una interpretación armónica de todas las disposiciones de la ley, no parece desprenderse que los municipios se encuentren entre las partes *negociadoras* del régimen, ni que deban adherir por sí mismos. Basta con mirar la fórmula que utiliza el art. 165, al establecer la nulidad de cualquier norma o vía de hecho por la que se limite, restrinja, vulnere, obstaculice o desvirtúe lo establecido en el régimen, por parte

78 Fallos: 342:1591, del 1/10/2019 (“Entre Ríos c/ Estado Nacional”).

79 Fallos: 328:175 (“Ponce”).

80 Fallos: 344:2123 (voto del juez Lorenzetti).

81 CASÁS, José O., *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 235.

82 CASÁS, José O., “Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la Ley de Coparticipación tributaria”, en CASÁS, José O. (dir.), *Derecho Tributario Municipal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 37

de la Nación como las provincias “por sí y por sus municipios”, para asociarla al inc. b), del art. 9º de la Ley Federal de coparticipación 23.548. La primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma⁸³. No puede invocarse un “supuesto descuido” del legislador para ignorarla y borrar de un plumazo lo que de ella se deriva. Además, vienen en apoyo de esta tesis, los arts. 31 y 123 de la CN.

Dicho esto, deviene evidente que esta nulidad, que establece el segundo párrafo del art. 165, se dispone asumiendo la adhesión y compromiso de las provincias por sí y por sus municipalidades, con lo cual el eventual conflicto que pretenda plantear este último nivel de gobierno, más allá de su dudoso éxito, deberá hacerlo frente a su provincia. Por otro lado, la disposición del art. 225, en cuanto señala que las tasas retributivas por servicios prestados no podrán exceder el costo específico del servicio efectivamente prestado a los sujetos individualmente considerados, está dirigida, como vimos, tanto a las provincias como a las municipalidades. Lo primero ya fue objeto de análisis en el punto anterior⁸⁴, y ahora corresponde adentrarnos en lo que hace a los municipios. Como ya adelanté, y en consonancia con lo desarrollado aquí, la cuestión se presenta más sencilla si la provincia adhirió, por sí y sus municipios, al régimen. Quiero despejar toda duda respecto de la validez de las tasas que utilizan la capacidad contributiva como parámetro, pues he leído argumentos que confunden esta doctrina de la Corte (que existe) con lo que acontece aquí, esto es, con un compromiso que adquiere la provincia por sí y por sus municipios. Son dos cuestiones bien diferentes. Para ejemplificarlo, basta con traer a colación la prohibición establecida por el art. 10 de la Ley de la provincia de Buenos Aires 10.559 y lo señalado por la Corte al respecto, en cuanto a que “al fijar la base imponible del tributo en función de los ingresos brutos –facturación a usuarios– de la contribuyente, la municipalidad demandada se apartó de la prohibición establecida en el mencionado art. 10 de la Ley Provincial 10.559, vigente desde enero de 1988, alzándose de tal manera contra una norma a la cual debía acatamiento”⁸⁵. En otras palabras, la norma provincial establecía esa limitación a sus municipios, y si estos pretendían desconocerla deberían haberla impugnado sobre la base de argumentos verosímiles. Lo mismo cabía afirmar para el compromiso que aquí asumen las provincias por sus municipalidades, con abstracción de si la Corte avala, o no, la utilización de la capacidad contributiva para su determinar su cuantía. De hecho, muchos pactos, acuerdos o consensos fiscales traían disposiciones que limitaban las tasas

83 Fallos: 320:61; 305 y 2145; 323:1625, entre muchos otros.

84 Ver punto 3.2.

85 Fallos: 337:88.

municipales y no por ello se pretendió instaurar la necesaria intervención de los municipios en dichos instrumentos.

5. LA DOCTRINA DE LA INMUNIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE GOBIERNO: ¿PUEDE RESULTAR NECESARIO APLICARLA?

¿Qué pasaría si la actividad gubernativa típica del Gobierno Nacional pudiera quedar a merced de tributos locales que impiden u obstaculicen su desarrollo? Como vimos, el Congreso Nacional cuenta con las herramientas para evitar esto, alcanzándole con recurrir a la cláusula del art. 75, inc. 18 de la CN. Sin embargo, ¿qué sucede si, por imprevisión u otras razones, no ha recurrido a esta norma para evitar interferencias?

En este último caso, será el Poder Judicial el encargado de interpretar el silencio del legislador respecto de la admisión, o no, de la incidencia de tributos locales sobre las actividades y bienes gubernativos⁸⁶. En distintas oportunidades, la Corte Suprema aplicó la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno, creada por el juez Marshall en el célebre caso “*McCulloch v. Maryland*”⁸⁷, para superar las lagunas normativas y resguardar la actividad gubernativa típica realizada por el ente estatal, sea éste nacional o local. Así, ha recurrido a ella en casos de subsidios otorgados, para determinada actividad, por el Estado Nacional y que las provincias pretendían gravar, o para proteger actividades e instrumentos de entidades bancarias públicas, o contratos celebrados en el marco de la privatización, entre otras. ¿Y qué sería un instrumento de gobierno? Las posesiones, instituciones, actividades, actos, contratos y obras desarrolladas por el Estado, entendido este en un sentido amplio, que abarca sus diversas manifestaciones. Recientemente, la Corte descalificó la pretensión de la AFIP de alcanzar con el impuesto a las ganancias a las sumas que la provincia de Buenos Aires le asignó presupuestariamente al Ente Administrador del Astillero Río Santiago, entidad autárquica de derecho público, para cubrir sus gastos de funcionamiento. Los jueces, por remisión al dictamen fiscal, destacaron que dichas transferencias presupuestarias habían sido realizadas por la provincia “en el marco de una alta política consensuada con el Gobierno Nacional, cual era mantener activa la unidad productiva del astillero”, y por ello representan una actividad gubernativa típica. Pretender que dichos conceptos integren la base imponible del impuesto a las ganancias del ente autárquico provincial implicaría aceptar la incidencia directa de un gravamen nacional sobre ella, lo cual “representaría, además del desconocimiento del principio de solidaridad federal, una palmaria interferencia del poder nacional sobre el local, junto a una inadmisibles limitación de su autonomía (arg.

86 NAVEIRA DE CASANOVA y REVILLA, ya. cit. p. 51.

87 4 Wheat. 316, de 1819. Ver Rotunda, Ronald D.; Nowak, John E. y Young, J. Nelson: *Treatise on Constitutional Law. Substance and procedure*, p. 810.

Fallos: 18:162; 23:560; 173:128; 186:170; 224:267; 226:408; 246:237; 247:325; 249:292; 250:669; 319:998; 320:1302; 327:1083”⁸⁸.

Dado que, como hemos visto, muchas veces el texto de la Ley de Bases no es todo lo claro que desearíamos o se producen lagunas difíciles de sortear, ¿podría invocarse esta doctrina ante eventuales conflictos que pongan en riesgo la finalidad buscada por el régimen? Considero que, en tanto se pruebe la presencia de los dos elementos que permiten aplicar esta doctrina, esto es, la actividad gubernativa típica (como sería la concesión de incentivos tributarios para atraer grandes inversiones que ayuden a la prosperidad del país) y la carga directa (que, como consecuencia de la interferencia, se frustre su fin) quedará a criterio del juzgador evaluar la situación.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas, intenté exponer un mosaico de conflictos que puede presentarse en la aplicación del RIGI y, con la guía certera de la jurisprudencia del máximo tribunal en materia de incentivos tributarios y federalismo fiscal, ensayar algunas respuestas. Al deslindar las competencias de los distintos niveles y el rol que juegan las diferentes herramientas constitucionales, como la cláusula del progreso o la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno (que afianza en el preámbulo), busqué despejar ciertas confusiones, que son usuales en estos temas que admiten, como se vio desde un principio, distintas modalidades, unilaterales (arts. 75, 18 y 31 de la CN) o consensuadas (federalismo de concertación). Cuando se estudian las potestades tributarias de las provincias o municipios, aun cuando *se lea irritante*, es más sencillo hacerlo desde los límites que vienen dados por el texto constitucional, los tratados internacionales, las leyes federales y el derecho intrafederal, para así tener todo el escenario completo. Es decir, nadie pretende desconocer que las provincias conservan todo el poder no delegado (art. 121 de la CN), pero ello no obsta a que, por caso, las cláusulas conocidas como “de contenido tributario implícito” (art. 75, incs. 12, 13, 18 y 30) operen con un límite al poder de imposición de provincias y municipios, sin entrar aquí a debatir su alcance, pero recordando que: “No habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente”⁸⁹.

Tampoco se desconoce que las provincias y los municipios están habilitados a cobrar tasas, y que la Corte ha admitido que utilicen la capacidad contributiva para cuantificarlas, pero la discusión aquí no es esa, sino el compromiso que la provincia asume, por sí y por sus municipios, de no hacerlo. Del mismo modo, y aun cuando sean legítimos determinados tributos provinciales (v.gr. ingresos brutos) o municipales (ej. ocupación de espacio), una ley federal (como

88 Fallos: 346:613, del 6/6/2023.

89 Fallos: 178:9.

la 15.336 o la 19.798) puede eximir a ciertas actividades de ellos, como reiteradamente ha reconocido la Corte Suprema. En efecto, el Tribunal ha dejado suficientemente esclarecida la facultad del Congreso Nacional de consagrar –dentro del ámbito de su competencia constitucional– exenciones fiscales en el orden provincial y municipal, las cuales requieren de una manifestación cierta de la voluntad legislativa⁹⁰.

De presentarse alguno de los conflictos que mencioné a lo largo de este trabajo, será tarea del juzgador, velando por el equilibrio, desentrañar el sentido de las normas y delimitar su alcance, siempre teniendo presente que la interpretación constitucional “debe atender al desenvolvimiento armonioso de las autoridades locales y federales y no al choque y oposición entre ellas”⁹¹. Los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, y los delegados a la Nación son definidos y expresos, “pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias”⁹².

La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo [...] Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles⁹³.

Y esta labor del juzgador me lleva a una reflexión que dejé para el final, aunque es una disposición que trae el régimen al principio, en ese multifacético art. 165. Me refiero a la prepotente *orden* que la ley le da a la *justicia*, pretendiendo transformarla en un brazo mecánico de aplicación de sus deseos, y que resulta totalmente inadmisibles en un sistema republicano, que me exime de mayores comentarios⁹⁴. La omnipotencia legislativa, que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo de las mayorías, tiene un freno en la CN y en el intérprete y garante último de esa Constitución, que es la Corte Suprema. Como ha sostenido el alto tribunal, esta doctrina “es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras

90 Fallos: 248:736; 324:933; 326:2653 y 327:1416.

91 Fallos: 286:301; 307:360, entre otros.

92 Fallos: 304:1186; 305:1847; 312: 1437 332: 66.

93 Fallos 178:9, precedente reproducido en muchos posteriores.

94 “... cualquier norma o vía de hecho por la que se limite [...] será nula de nulidad absoluta e insanable y la Justicia competente *deberá, en forma inmediata, impedir su aplicación*”.

facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas”⁹⁵.

ANAHÍ FLAVIA PÉREZ

Es Profesora Adjunta de Derecho Constitucional Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesora de posgrado en distintas universidades del país. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

95 Fallos: 137:47, entre otros.

UN NUEVO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: LA VOLUNTAD (ORGÁNICA)

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO
 Profesor de la Facultad de Derecho,
 Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La voluntad como manifestación de la actividad de los órganos estatales. 2.1. La teoría del órgano. (i) La teoría del órgano en Georg Jellinek. (ii) La teoría del órgano en Kelsen. (iii) La teoría del órgano en Carré De Malberg. (iv) La teoría del órgano en Méndez. 2.2 Consecuencias que se derivan de la admisión de la teoría del órgano. 3. La voluntad como elemento esencial del acto administrativo es el fundamento que avala la tesis de la preeminencia de la voluntad real sobre la declarada. 4. Los vicios de la voluntad estatal en la actividad predominantemente discrecional (¿una técnica de control distinta?). 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la voluntad como requisito o elemento esencial del acto administrativo en el art. 7º, inc. *a*) de la Ley 19.549 Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), dispuesta por la Ley 27.742, denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), representa, a nuestro juicio, una grata sorpresa y un destacado acierto¹.

Grata sorpresa porque no se trata de una innovación por la que la doctrina –a diferencia de lo que ocurre con otras figuras del plexo procedimental nacional–, viniere bregando en pos de su admisión pese a su, entendemos, innegable relevancia práctica. Amén de ello, la inconsecuencia normativa que se generaba

1 El art. 27 de la Ley 27.742 sustituye al art. 7º de la LNPA en cuanto a los requisitos esenciales del acto y, en lo que aquí interesa, queda expresado en estos términos: “a) Debe ser dictado por autoridad competente y cuya voluntad no esté viciada por error, dolo o violencia”. Por su parte, el art. 34 de la Ley 27.742, sustituye al art. 14 de la LNPA y en lo que es relevante aquí, queda redactado así: “El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: *a*) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por: (i) error esencial, (ii) Dolo en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos, (iii) Violencia física o moral ejercida sobre la autoridad que la emitió; (iv) Simulación; o (v) Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado”.

con el art. 14 inc. a) de la LNPA se sorteaba a través de una hermenéutica cuanto menos discutible².

En rigor, se presentaba un problema de *equivocidad normativa*, que abría la puerta a una pluralidad de interpretaciones y posibles entendimientos encontrados al no saberse si *existía*, dentro del articulado procedimental, una norma *implícada* con el art. 14 inc. a) de la LNPA, que asignara a la voluntad la condición de elemento esencial del acto³.

El sentido etimológico del término *voluntad* coincide aproximadamente con el jurídico en el Derecho Privado (facultad de decidir y/o de ordenar la propia conducta).

Pero el tema de la voluntad en los actos administrativos es más complejo y requiere de ciertas precisiones para despejar los equívocos en los que, entendemos, ha incurrido gran parte de la doctrina vernácula y extranjera.

El asunto ha sido objeto de una obra que publicáramos hace unos años⁴. Posteriormente, la sanción del Código Civil y Comercial (CCyC), Ley 26.994, nos impulsó a efectuar un breve repaso de las innovaciones que este *corpus* introducía en la materia, para que así, al llevar a cabo la complementación analógica de los supuestos contenidos en el art. 14, inciso a) de la LNPA, pudiese analizarse su eventual impacto en lo allí regulado⁵. En ese mismo *opus* tocamos las reformas que, la por ese entonces denominada Ley Ómnibus, proyectaba consagrar en la materia.

En este trabajo nos abocaremos a estudiar a la voluntad administrativa en tres de las dimensiones que, consideramos, ha asumido explícitamente en forma correlativa a su reconocimiento en calidad de elemento esencial del acto⁶: como manifestación de la actividad de los órganos estatales, como fundamento de la preeminencia de la voluntad real de los actos estatales por sobre su infiel exteriorización y como técnica de control de la discrecionalidad administrativa.

2 Desde un sector de la doctrina nacional se pretendía salvar esta omisión señalándose que la voluntad era un requisito “presupuesto” de la existencia del acto administrativo (Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. II. p. 279). A la par existían opiniones que le negaban toda virtualidad y posturas que sí la admitían, aunque bajo distintos argumentos y dispares consecuencias.

3 Ver GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, 1º ed., Lima, Valetta Ediciones, 2020, traducción de César E. MORENO MORE, pp. 47 y 52.

4 SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad en los actos administrativos*, 1º ed., Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013.

5 Tarea que hemos llevado a cabo en una reciente publicación (v. SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Los vicios de la voluntad en el Código Civil y Comercial y en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en *El Derecho Administrativo*, N° 1-2, Febrero 2024).

6 Esas dimensiones existieron, por supuesto, desde el dictado de la LNPA, pero debían se desentrañadas a través de una interpretación sistemática.

2. LA VOLUNTAD COMO MANIFESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS ESTATALES

Liminarmente debemos precisar que no puede hablarse de *órgano*, ni de *voluntad orgánica*, sin aludir, como un *prius* lógico, a la persona jurídica (sea pública o privada) en la cual el órgano emisor de esa voluntad aparece insertado.

La expresión *persona* en Derecho tiene un significado propio, ajeno al que pueda involucrar en otras ramas del saber científico. Se trata de una categoría abstracta y genérica, que hace referencia al reconocimiento que el orden jurídico prodiga al hombre, dotado de derechos subjetivos y deberes jurídicos⁷. La personalidad es, en definitiva, una *cualidad* jurídica mediante la cual se reconoce al ser humano el carácter de persona o sujeto de derecho⁸.

Pero como las relaciones jurídicas no se anudan exclusivamente entre humanos individualmente considerados, el concepto de persona no se agota ahí. En determinadas circunstancias, el hombre ha requerido formar con sus semejantes agrupaciones que le permitiesen alcanzar fines impensables de lograr con el sólo esfuerzo individual. Es ésta una realidad que el empirismo sociológico ha comprobado en las organizaciones más primitivas, desde los albores mismos de la humanidad.

En efecto, en cierto estadio de la evolución social y cultural, el Derecho hubo de aprehender esta realidad y, cumplidos ciertos recaudos, dotó de personalidad jurídica a estos grupos, distinta de la de cada uno de los individuos físicos que la componen. Consecuentemente estos entes, que también son *personas*, adquirieron capacidad limitada a una esfera de actuación que les resultaba propia. A diferencia de las personas humanas a las que se les reconoce esa personalidad como consecuencia de su naturaleza de tales, estas personas colectivas, morales, de existencia ideal o jurídicas, la obtienen caso por caso, en forma genérica o expresa, pero a condición de que se cumplan ciertos requisitos que el Estado –también una persona jurídica–, impone, de ordinario, a través de su órgano legislativo.

Aun cuando el reconocimiento, o no, de la personería de estos grupos ha estado y estará siempre condicionado por cuestiones de política jurídica, adelantamos, desde ya, que adscribimos, en este aspecto, a los presupuestos *realistas*, en el sentido de que no nos parece concebible hablar de una personalidad en dichos agrupamientos sin verificar que, al menos, cuenten con dos requisitos: a) la presencia de un sustrato real, un sustentáculo sobre el que recaiga esa personalidad, esto es, un conjunto de individuos⁹ y; b) que el sustrato se convierta

7 Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 15ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 244 y ss.

8 Cfr. ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho Civil, Parte General*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1981, T. I, Vol. 1 y 2, p. 318.

9 Aunque no deben dejar de tenerse en cuenta las modificaciones introducidas por el CCyC a la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 que admite las sociedades unipersonales (art. 1º)

en centro activo de relaciones jurídicas, vale decir, con actuación en el mundo jurídico, adquiriendo derechos o contrayendo obligaciones¹⁰. Estos presupuestos son también válidos para la persona jurídica *Estado*, desde una óptica que rescata su sustantividad, a la que adherimos.

El concepto de persona jurídica ha despertado desde siempre un profuso debate doctrinal en el que se han entremezclado aspectos estrictamente jurídicos con aportes históricos, sociológicos, políticos y aun biológicos. Ello no pudo sino dar lugar a un producto de contornos difusos y proteicos, lo que se torna todavía más notorio al examinar la evolución de la noción de la persona jurídica *Estado*¹¹.

El problema de la atribución de personalidad *ideal* no se trató, desde luego, de un aspecto fútil pues, además de sus obvias connotaciones prácticas, él apareció relacionado, en definitiva, con cuestiones políticas, ya que las condiciones de creación o de reconocimiento sentadas por el legislador para investir de efectos jurídicos a estos agrupamientos, condicionaba el margen de discrecionalidad del poder¹².

Supuesta esa atribución de personalidad a las personas jurídicas, el paso siguiente a resolver fue el de cómo imputarles las consecuencias de la actividad de las personas humanas que actuaban por ellas. Problema que vino a ser razonablemente resuelto mediante la figura del órgano.

2.1. La teoría del órgano

Actualmente es de generalizado consuno que la teoría del órgano es un recurso técnico de suma utilidad —y ello más allá de las debilidades que pueda ostentar, las que no trataremos aquí—¹³, para explicar cómo se expresa la *voluntad* del Estado, superando las dificultades prácticas en las que caían, entre otras, las teorías privatísticas de la representación y del mandato¹⁴ para hacer imputar

10 Cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Régimen de las Personas Jurídicas en el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Nación”, *ED*, T. 131, pp. 774-782.

11 Sobre la evolución de los conceptos de persona jurídica y Estado, ampliar en: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La finalidad en los actos estatales*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2024, Capítulo VI, La “voluntad estatal”, Buenos Aires, Marcial Pons, 2024.

12 RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1965, T. I, pp. 324-325.

13 Ver: La voluntad...cit., s. 131-134.

14 Tanto la teoría de la representación, como la del mandato, comportaron explicaciones teóricas para imputar a la persona jurídica la voluntad de los individuos que actuaban en nombre de ella, de la misma manera como opera el vínculo de representación respecto de un incapaz o el contractual entre mandante y mandatario. Esta concepción presentó dos problemas: uno lógico, pues no podía explicar, dentro de un esquema ficcionista, cómo la persona jurídica expresaba su primigenia voluntad para la designación del representante o del mandatario; y, el otro, práctico ya que resultaba imposible a los terceros conocer hasta qué punto el representante o el mandatario actuaban dentro de los límites de la representación o del mandato. En el Derecho Público norteamericano la teoría del mandato fue utilizada para responsabilizar exclusivamente al funcionario y eximir de responsabilidad al Estado al que se consideraba investido de inmunidad soberana frente

la actividad de las personas humanas que obraban en su nombre. Su innegable practicidad ha sido fecundamente aprovechada por el Derecho Privado, especialmente por el societario¹⁵, para sortear también aquéllas mismas limitaciones. Ello reflejó, una vez más, estas frecuentes extrapolaciones y préstamos entre las distintas parcelas del Derecho que no hacen sino corroborar su sistematicidad.

Existe, a nuestro entender, un marcado paralelismo entre el accionar de los órganos de la persona jurídica *Estado* y el de las personas jurídicas de Derecho Privado.

No obstante que algunos autores estiman que las huellas de lo que hoy conocemos como la teoría del órgano pueden hallarse en aquellos ordenamientos jurídicos que, muchos siglos antes de perfeccionarse la noción de personalidad ideal, conocieron una figura semi-inmaterial, el *munus*, y una figura subjetiva inmaterial, el *officium*¹⁶, creemos que el desarrollo moderno de la idea se desenvolvió a lo largo del siglo pasado.

Pasaremos, entonces, revista a las que, consideramos, representan las principales formulaciones teóricas de la figura del órgano.

(i) *La teoría del órgano en Georg Jellinek*

Jellinek sistematizó acabadamente la teoría del órgano, centrando el análisis de la misma en forma particularizada en relación a la actuación del Estado.

Para Jellinek, el Derecho debe ser elaborado de un modo sistemático por una voluntad que no se altere, que permanezca invariable, de forma tal que los intereses, solidarios, individuales, nacionales y humanos, que se propone amparar y auxiliar en una dirección progresiva y común, puedan realizarse acabadamente: esta es la misión y la razón de ser del Estado¹⁷.

Este autor pese a formular sus ideas en una época en la que el Derecho estuvo fuertemente influido por la Sociología, pudo distinguir entre el aspecto sociológico y el jurídico del Estado.

En efecto, es apreciable que, en su discurrir, diferencia al Estado, como construcción social, considerándolo como una unidad de asociación dotada de un

a los juicios (Ver este problema y su evolución posterior en MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2021, pp. 33-39).

15 Ver, entre otros: MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, EJE, 1971, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, T. V, p. 431 y ss.; COLOMBRES, Gervasio, *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 18-59.

16 Bajo este discurrir, el sujeto que encarnaba el *munus* tenía una situación subjetiva de potestad, un interés ajeno que le era confiado y pertenecía a otro sujeto. Según se tratase de un sujeto privado o público, el *officium*, se refería tanto a esa actividad como a la organización que lo soportaba (Cfr. GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, Madrid, MAP, 1991, traducción de Luis Ortega, pp. 140-147).

17 JELLINEK, Georg, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 1º ed. en español, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, traducción de Fernando DE LOS RÍOS, 2000, pp. 261-262.

poder originario de dominación y formada por hombres que viven y permanecen en un territorio, por un lado; de su sentido jurídico, para el que lo conceptualiza como un sujeto de derecho, subsumible en la idea de corporación (o persona jurídica), por el otro. Por ello lo define como corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio¹⁸. La diferencia es sutil, pero existe, y está dada por esa *subjetividad* asignada al Estado en su significación jurídica.

Según Jellinek, cualquier asociación necesita de una voluntad humana que la unifique, por lo que un individuo cuya voluntad valga como la de una asociación debe ser considerado, en tanto subsista esa relación con la asociación, un instrumento de la voluntad de la misma; es decir, como un órgano de ella¹⁹.

No desconoce el dato empírico del aspecto colectivo, aun antes que el individual, en los grupos humanos primitivos o antiguos, pero en ellos es nota necesaria para su subsistencia, la existencia fáctica de una *organización*. Mediante la evolución cultural es que: "...se enlaza indefectiblemente el proceso efectivo de la organización con las normas jurídicas, de suerte que la designación del individuo como órgano sólo puede tener lugar sobre la base de una designación llevada a cabo de acuerdo con el orden jurídico. Además, la competencia de los órganos y el modo como éstos han de exteriorizar su voluntad, las condiciones bajo las cuales pueden exigir para ésta validez jurídica, necesitan estar determinadas por los principios de derecho. Es necesario un orden jurídico en todas aquellas circunstancias en que hay colaboración de varios órganos, y existe colegialidad de éstos cuando su voluntad necesita expresarse mediante un proceso jurídico de las acciones de una pluralidad de voluntades individuales"²⁰.

(ii) *La teoría del órgano en Kelsen*

Para Kelsen, toda vez que el Estado se identifica con el orden jurídico, esa necesaria unidad, conduce a un problema decisivo cual es la imputación de una acción humana al primero. Esa imputación sólo es posible cuando dicha acción se halla determinada en forma específica por un orden jurídico.

Y allí aparece, en este autor, su noción de órgano al que caracteriza como "...la persona que cumple una función determinada por el orden jurídico ... Un órgano, en este aspecto, es un individuo que realiza una función específica. La calidad de órgano que el individuo tiene está constituida por la función que desempeña. Es órgano porque y en cuanto realiza una función creadora o aplicadora del derecho. Además de este concepto existe otro menos amplio, un concepto 'material', de acuerdo con el cual un individuo es 'órgano' del Estado cuando tiene

18 *Ibid.*, pp. 193-196.

19 *Ibid.* p. 485.

20 *Ibid.* pp. 486-488.

en lo personal un cargo jurídico específico. Un negocio jurídico, por ejemplo, un contrato, es, lo mismo que una resolución judicial, un acto creador de derecho. Las partes contratantes realizan, lo mismo que el juez, una función creadora; pero el juez es órgano del Estado en sentido estricto del término, mientras que a los contratantes no se los considera como órganos estatales²¹.

Kelsen, por otra parte, y de manera coherente con lo expuesto en el párrafo anterior, se ocupó de aclarar, en su más célebre trabajo, que el análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico permitía demostrar que la creación y aplicación del derecho no tenían el carácter absoluto que tradicionalmente se les había asignado, pues la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho, en tanto se limitan a aplicar una norma de rango superior, creando una de grado inferior²².

Por ello es que las objeciones a la teoría de la declaración, que habremos de reseñar enseguida, caen en este error grave de concepto, pues el acto administrativo, sin dejar de cumplir el papel de instrumento de aplicación del Derecho, también lo *crea*, cumpliendo un papel muy semejante al de la sentencia en el proceso judicial, como se ha señalado²³.

(iii) *La teoría del órgano en Carré De Malberg*

Este autor liga la concepción de órgano a la propia de persona jurídica, señalando que la adquisición de personalidad por parte de una colectividad está subordinada a que se haya constituido y organizado de manera que asegure en sí la unidad de voluntad, de potestad y de actividad. Vale decir que la propiedad de ser sujeto de derecho no es el origen de la personalidad de las colectividades, sino su consecuencia. Y esto, particularizando en relación al Estado, adquiere relevancia especial pues la potestad de dominación que es su presupuesto, no puede realizarse efectivamente sino mediante una organización que trate de producir una voluntad propia de la colectividad, mediante procedimientos formales ya que, por sí sola, la colectividad no tiene una voluntad única. Con estas salvedades define al órgano como “los hombres que, sea individual o corporativamente, están habilitados por la Constitución para querer en nombre de la colectividad y

21 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, traducción de Eduardo GARCÍA MAYNEZ, pp. 226-229.

22 KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 12ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1974, traducción de Moisés NILVE, p. 154.

23 En una postura que, a nuestro entender, remonta a MAYER, GORDILLO ha efectuado consideraciones sobre las semejanzas estructurales entre las sentencias y los actos administrativos (*Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, T. 1, p. I-21 y ss.).

cuya voluntad vale, por medio de esta habilitación estatutaria, como la voluntad legal de la colectividad”²⁴.

Además, establece dos importantes diferencias entre el órgano y el representante. En primer lugar, que mientras la representación supone dos personas distintas: la representada y la representante; el órgano, en cambio, se considera parte integrante de la colectividad cuya voluntad expresa como propia, careciendo de personalidad. En segundo lugar, así como la representación supone dos voluntades, de las que una substituye a la otra, en las colectividades orgánicamente unificadas, no existe sino una voluntad única, la de la colectividad misma. El órgano expresa la voluntad de la colectividad, y sus poderes se derivan exclusivamente del estatuto de la colectividad, que, en el caso del Estado, es su Constitución²⁵.

(iv) *La teoría del órgano en Méndez*

Consideramos que la exposición más completa y profunda de la teoría del órgano se debe a Méndez²⁶, quien propicia una concepción *técnica* de la figura, distinguiendo los elementos: formal, sustantivo y específico²⁷.

Define, de este modo, al órgano como una porción o fracción estatal técnica y nominada, constituida por: un elemento formal (el contenido funcional, llamado comúnmente “competencia” u “órgano-institución”), un elemento sustantivo (la persona física que ocupa la titularidad del órgano u “órgano-individuo”) y uno específico (el cargo en el que debe actuar el hombre en calidad de particular)²⁸.

24 CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, traducción de José LIÓN DEPETRE, p. 985 y ss.

25 *Ibid.*, pp. 990-993.

26 MÉNDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1971.

27 MÉNDEZ, Aparicio, ya cit., p. 35 y ss. Descarta así lo que denomina la “concepción subjetiva”, que identifica al hombre con el órgano, de la cual sindicaba como exponente a JELLINEK. También desestima la postura opuesta, que señala como “objetiva”, que elimina a la persona como parte o elemento constitutivo del órgano, al que se le asigna un carácter impersonal y carente de voluntad. Recuerda también que esta teoría fue utilizada en el siglo XIX por la doctrina germana partiendo del ya citado concepto de *uffici* que se contrapuso a la noción organicista de órgano. Un desarrollo histórico completo de la evolución de este concepto objetivo de imputación jurídica puede consultarse en GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho...cit.*, p. 137 y ss. En ese orden, para ZANOBINI, el término “órgano” de la entidad pública tiene una doble acepción: en primer lugar, sirve para indicar los cargos (*uffici*) considerados en abstracto, para los cuales son nombradas las personas físicas y; secundariamente, indica a esta persona considerada concretamente, esto es como sujeto que quiere y actúa por la entidad (Cfr. ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª ed. italiana de Héctor MASNATTA, Vol. I, pp. 176-177).

28 Esta concepción *unitaria* de la teoría ha sido seguida en el Derecho Argentino por autores como CASSAGNE, para quien el órgano, considerado en su aspecto objetivo es un “centro de competencias” y subjetivamente está “representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano”. De tal modo, para este autor “...sólo

Estos tres elementos actúan en forma indisoluble y solo desde un punto de vista expositivo o didáctico es que pueden ser aisladamente considerados²⁹.

Entendemos que el recorrido efectuado por las principales enunciaciones teóricas, entendemos, permite vislumbrar la evidente vinculación de la teoría del órgano con la propia evolución del reconocimiento de personalidad jurídica a ciertos grupos de personas físicas, desde la más sencilla agrupación de individuos hasta llegar al Estado mismo.

2.2 Consecuencias que se derivan de la admisión de la teoría del órgano

Admitida la figura en su estricta formulación teórica, su esquema lógico debe descartar toda relación de mandato o de representación. Por lo tanto, el hilo conductor rigurosamente fiel al razonamiento que ella propone debería ser éste: cuando actúa el órgano actúa la persona jurídica, encontrándose ligado a esta por un vínculo institucional y no contractual. El órgano, en definitiva, no tiene derechos o deberes diferenciados de los derechos y deberes del ente al cual pertenece y del cual es parte integrante³⁰.

Pero lo que aquí nos interesa destacar es que la exteriorización de la voluntad psicológica del funcionario que ejerce la titularidad orgánica, que "...le entrega la energía humana", se transforma en una voluntad técnica, o sea, una declaración normativa de conducta³¹. Esa voluntad psicológica del funcionario u órgano-individuo está, entonces, limitada, condicionada y *especializada*, por la norma atributiva de la competencia, que lo dota de esa "voluntad técnica o normativa" al punto que se identifica con ésta.

Mas esa limitación, condicionamiento y especialización, no llevan a hacerla desaparecer por completo como pretende la doctrina refractaria a la admisión de los vicios de la voluntad en el acto administrativo. La construcción abstracta de este sistema, en efecto, "...no altera en nada el hecho de que, en definitiva, la voluntad del Estado se reduce a la de los individuos que pasan por sus órganos"³².

Por eso nos parece, en principio, acertada la observación de Gordillo en el sentido de que la voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario

el concepto unitario explica el fenómeno de la imputabilidad, enlazando la voluntad de la persona física en la competencia del órgano" (Cfr. CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, T. I, pp. 184-185).

29 Por eso, es acertada la reflexión de BARRA, quien, siguiendo a la *supra* citada obra de GIANNINI, p. 145, atribuye "voluntad" a la Administración no supone un antropomorfismo si se repara en la imprescindible e inevitable realidad del sujeto físico que está a cargo del órgano y emite el acto administrativo: ambos "...se encuentran vinculados por una suerte de unión hipostática..." (BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, 1ª ed., Buenos Aires, Astrea-RAP, 2018, T 2., p. 71).

30 De acuerdo: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. I, p. XII-2.

31 Cfr. MÉNDEZ, Aparicio, ya cit., p. 186.

32 CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría...*cit., p. 1010.

en algunas hipótesis, pero no en todas, de donde concluye que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero en otros esos vicios existirán con prescindencia de esta última³³.

Sin embargo, pensamos que la incidencia de la voluntad del funcionario se producirá en la mayoría de las hipótesis, habida cuenta de que, dentro del elenco de actos administrativos, serán cuantitativamente menos aquellos absolutamente reglados. En efecto, la realidad evidencia que los actos administrativos se presentan como una mixtura de elementos reglados y discrecionales, siendo la densidad de la regulación la que determina que un acto pueda ser más o menos reglado o más o menos discrecional³⁴.

3. LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO ES EL FUNDAMENTO QUE AVALA LA TESIS DE LA PREEMINENCIA DE LA VOLUNTAD REAL SOBRE LA DECLARADA

El análisis de la teoría del órgano en su evolución sistémica e imbricación en el concepto de persona jurídica, que hemos efectuado, revela a las claras que las críticas a la teoría de la declaración (y a los vicios de la voluntad que pueden afectarla) pecan de dogmatismo y conducen a discusiones no sólo estériles sino que, para peor, transitan por caminos que, en ciertas hipótesis, no pueden brindar respuestas satisfactorias al operador jurídico.

Ello acontece en aquellos casos en los que la declaración de voluntad orgánica o normativa del Estado (*esa façon de parler* de la que nos habla Forsthoff) —que, por cierto, no se exterioriza por arte de magia, sino a través de actos administrativos, dictados de acuerdo a previsiones normativas que no se activan por sí solas sino que requieren del impulso de seres humanos—, reconoce como antecedente, directo o indirecto, una voluntad psíquica afectada por algún vicio que incide en el resultado finalista que procuraba alcanzarse con su dictado. En otras palabras: nos adelantamos a sostener que las objeciones parten de falsas premisas al no advertir en su exacta dimensión que el fenómeno de la manifestación

33 GORDILLO, Agustín, *Tratado...cit.*, t. 3., p. IX-1. Aclara este autor que los vicios de la voluntad pueden aparecer en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de la declaración o en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración. Nos parece que la distinción es infructuosa en tanto los vicios en el proceso de preparación de la voluntad estatal o bien serán defectos procedimentales autónomamente considerados o bien viciarán la voluntad del órgano emisor del acto. Piénsese, por ejemplo, en un informe proveniente de un órgano consultivo que resulta ser falso para provocar el error en el funcionario: el acto estará viciado por dolo. En cuanto al vicio en la voluntad que aparece en la declaración misma, al que alude GORDILLO, nos resulta imposible separarlo del vicio en la psiquis del funcionario que lo dicta.

34 De acuerdo: BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, T. 1, p. 876.

orgánica, que representa una declaración de voluntad estatal –o de otro tipo, claro está–, halla su correlato necesario en una voluntad psíquica que la precede.

Veamos.

Es sabido que el Derecho Romano no se llegó a elaborar un concepto general del acto jurídico y el *Corpus Iuris Civilis* consideró al contrato como la figura genérica, fuente por excelencia de las obligaciones, junto a los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos. Así, en Francia, el *Code* carecía de una Parte General y, por lo tanto, la teoría del acto jurídico hubo de edificarse a partir de las reglas establecidas para los contratos³⁵.

En ese esquema, resultó lógico que la teoría de los vicios de la voluntad se construyese en torno a la figura del contrato y que, por ello, se la conociera en su formulación clásica como *teoría de los vicios del consentimiento*, es decir, del sentimiento común (*cum sentire*), admitiéndose que éste podía quebrarse cuando la voluntad de alguno de los contratantes resultaba afectada por el error, el dolo o la violencia³⁶.

Pero la solución que Vélez adoptó, siguiendo a Freitas y a su Esboço, fue la de considerar que las imperfecciones en la formación de la voluntad no sólo tenían incidencia en la validez del contrato, sino que también sus vicios podían afectar a toda clase de actos jurídicos.

Ahora bien, con respecto al papel de la voluntad en los actos jurídicos, tradicionalmente se formularon dos doctrinas.

Una le negó un papel relevante en el acto jurídico pues integraba un momento previo a la emisión de la misma, a la que siempre debía estarse –más allá de la infiel declaración que eventualmente trasuntara–, teoría denominada de la voluntad *declarada*. La otra sostuvo que siempre debía darse primacía a la voluntad interna, denominada también como voluntad *real*, por sobre su infiel declaración.

A nuestro modo de ver, el CCiv. adscribió a la segunda de las mencionadas teorías, aunque sin formular una regla general, adoptando, al igual que en el Derecho Comparado, criterios casuistas (según lo sugerían sus arts. 897, 900, 926, y 1198), con ciertas excepciones, (también contempladas en otras disposiciones, como los arts. 929, 473, 474).

35 SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad...*cit., pp. 156-157.

36 Ídem, p. 158.

Creemos que el CCyC mantiene ese criterio como regla, según lo sugieren los arts. 260³⁷, 961³⁸ y 1061³⁹. No aparecen, en cambio, consagradas expresamente, las excepciones como en la obra velezana. Sin embargo, estimamos que ellas surgirán de la labor hermenéutica del juez, tomando en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar⁴⁰.

En el caso del acto administrativo, cobra relevancia tener presente que, en su génesis, no fue concebido como una declaración, sino como una *decisión ejecutoria* que habilitaba la apertura del recurso por exceso de poder, remedio elaborado por el Consejo de Estado francés que provocaba su intervención de *justicia retenida* y se conciliaba con la concepción del contencioso administrativo como *proceso al acto*.

Esta proposición partió de la premisa de reconocer un sustento de base *procesal* en el acto administrativo, asimilándolo a la sentencia, para concluir, de allí, que la Administración utilizaba la decisión unilateral por contrapartida de lo que ocurría en el campo del Derecho Privado, donde se consideraba que las relaciones jurídicas se anudaban, como dijimos, generalmente por vía contractual.

Entre fines del siglo XIX y principios del XX se gestó, al influjo de la doctrina alemana, la idea del acto administrativo como “declaración de voluntad” y, con ello, se postuló que le era la aplicable la teoría del acto jurídico de Derecho Privado, llegándose a hablar de “negocio jurídico público”⁴¹.

Enseguida arreciaron críticas a esta doctrina sosteniéndose que la persona que actuaba como órgano, lo hacía en base a una *heterodeterminación*, por lo que resultaba inconcebible suponer una voluntad orgánica. Sin embargo, opinamos

37 Artículo 260: “Acto Voluntario”. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad que se manifiesta por un hecho exterior.

38 Artículo 961: “Buena fe” Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

39 Artículo 1061: “Intención común”. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe.

40 La doctrina decimonónica interpretó con estrictez todo supuesto que viniera a quebrantar la estabilidad negocial y la seguridad jurídica (*pacta sunt servanda*). A partir del siglo XX, con el advenimiento de la sociedad de masas y las nuevas formas de contratación mercantil, los jueces tomaron en cuenta el Principio de la Buena fe (especialmente el deber de información), la desigualdad negociadora de las partes y las técnicas de comunicación (publicidad sobremanera). De este modo se abandonó aquel criterio individualista estimándose, según el caso y bajo ciertas premisas, aquellos supuestos en los que la voluntad resultara viciada en su intención (Ver: TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. (Director), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, 2ª ed., Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2016, T. II, pp. 217-218).

41 Sobre los desarrollos del acto administrativo como instrumento procesal, como declaración de voluntad y como decisión ejecutoria, remitimos por razones de espacio a: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad...cit.*, pp. 97-110.

que no existe tal invariable *heterodeterminación* en el órgano y debe destacarse el papel creativo del operador jurídico (funcionario, juez) en la actividad predominantemente discrecional⁴².

Es que la noción de acto administrativo reposa sobre esa *metáfora jurídica*, que es la voluntad orgánica, necesaria para su emisión y proyección fuera del plano interno de la Administración.

El equívoco en el que incurrieron ciertas corrientes doctrinarias, y los consecuentes reproches formulados a la teoría de la declaración, partió de suponer que se trataría de un camino desacertado en tanto en los actos jurídicos de Derecho Privado rige la regla de la autonomía de la voluntad y en los actos administrativos la de la competencia.

Pero no debiera suscitarse tal confusión –con la consecuente y errada conclusión que trae aparejada–, a condición de que, aun reconociendo su común raíz declaracionista, se tenga presente que el acto administrativo no debe equipararse estructural ni conceptualmente, al acto jurídico privado.

Así, no hay margen, jurídico ni lógico, para asimilar competencia con capacidad de las personas humanas. Ello si se considera que la *voluntad orgánica*, se presenta, según dijimos, técnica, limitada, condicionada y especializada y requiere de una previa atribución de competencias⁴³ para anudar relaciones jurídicas.

Sin embargo, compartimos aquellas posturas que encuentran que puede hallarse cierta cercanía conceptual entre la competencia y la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado, más no con la de las humanas.

Desde este norte podríamos, acaso, reconocer que existe una relación de género-especie entre el acto administrativo y el acto jurídico del Derecho Privado (que, por su parte, representa un *supraconcepto* jurídico)⁴⁴. Pero que las diferencias serían notorias y no sólo limitadas a la no aplicación del principio de autonomía de la voluntad, sino también a otros aspectos tan relevantes como ser la persecución de un fin jurídico por parte de la Administración (y no práctico como sucede entre particulares) y la posibilidad, de esta última, de imponer, unilateralmente, vínculos obligacionales directos a los particulares.

42 Así lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, en autos “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, Fallos: 315: 1361. Comparte esta idea BALBÍN, Carlos F., *Tratado...cit.*, T I, p. 876.

43 Como bien sostiene BARRA, el concepto de órgano es inescindible del de competencia pues “...solo existe órgano en la medida en que a determinada abstracción organizativa se le haya encomendado actuar jurídicamente por la organización en el ámbito delimitado normativamente” (ya cit., p. 77).

44 Sobre la importancia de los conceptos en el Derecho Público, consultar DÍEZ SASTRE, Silvia, *La formación de conceptos en el Derecho Público*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 48 y ss.

En mérito a lo hasta aquí expuesto, es que pensamos que si alguna duda podría haberse suscitado en cuanto a que, en el marco de la LNPA, la teoría de la voluntad (real) campeaba por regla en toda su extensión y aplicación, tal aserto aparece confirmado por la modificación que ha llevado a cabo la Ley de Bases al art. 7, inc. a) de su texto. Ello, como veremos a continuación, cobra especial relevancia tratándose de actividad predominantemente discrecional conferida al órgano, obviamente, para lograr una mayor eficacia en la satisfacción del interés público.

Tal idea luce corroborada si se tiene en cuenta la disposición expresa referida a los vicios de la voluntad que contiene el art. 14, inc. a) fallas que, según esta previsión, pueden dar lugar a que se tenga por *excluida* la voluntad de la Administración y afectar de nulidad absoluta a los actos administrativos⁴⁵. Dicho en otras palabras, esta norma trae aparejada la cuestión de desentrañar cuándo y hasta qué punto la voluntad psíquica viciada del funcionario o agente público se proyectará sobre la voluntad orgánica estatal con alcance invalidantes del acto administrativo emitido y en qué casos se subsumirán en alguno o algunos de los elementos contenidos en el art. 7º de la LNPA⁴⁶.

En suma, hechas las precisiones correspondientes que permitan a las claras distinguir el papel que juega la voluntad psíquica en el acto jurídico privado y en el acto administrativo, la tacha de antropomorfismo que suele endilgarse a esta posición, se desvanece. Consecuentemente, no resulta en modo alguno cuestionable hablar de *declaración de la voluntad estatal* o de *vicios de la voluntad estatal*⁷.

4. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD ESTATAL EN LA ACTIVIDAD PREDOMINANTEMENTE DISCRECIONAL (¿UNA TÉCNICA DE CONTROL DISTINTA?)

Hemos adelantado que son cuantitativamente menores los supuestos de actos reglados y que la realidad evidencia que se presentan mayores o menores dosis de discrecionalidad, de modo que resulta pertinente hablar de actos más o menos reglados o más o menos discrecionales.

Pero ¿qué debe entenderse por discrecionalidad?

45 La no inclusión de la voluntad entre los requisitos del acto administrativo en el art. 7º de la LNPA, conjeturamos que se debería a un excesivo apego a la declarada fuente de su Título III: la señera obra de MARIENHOFF, en el que habría incurrido la Comisión Redactora. Es más, en su obra *Procedimiento Administrativo* (Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 48), Jorge ESCOLA reconoce seguir en el punto a BIELSA y a SAYAGUÉS LASO quienes, inspirados en la doctrina italiana de principios del siglo pasado, consideraban a la voluntad como un elemento esencial del acto administrativo (Ver: *La voluntad...* ya cit., pp. 110-113).

46 Para otro de los integrantes de la Comisión Redactora de la LNPA, la inclusión de los vicios de la voluntad se debió a la intención de delinear "...con la mayor precisión..." los casos en los que el acto administrativo debía considerarse nulo (Ver: COZZI, Adalberto E., "El proyecto de Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación en *JUS-Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, Nº 19, la Plata, Editorial Platense, 1971, p. 168.

Se admite generalizadamente que la discrecionalidad es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Esta caracterización, dominante en la doctrina, es correcta desde un punto de vista teórico, pero, a nuestro modo de ver, no resulta invariablemente acorde a la realidad jurídica. En efecto: es infrecuente (aunque no imposible) que la norma provea a la Administración de dos o más opciones de actuación, para su elección discrecional, cual si fuese un repertorio o catálogo de soluciones por las que pudiese inclinarse.

La doctrina alemana reciente considera que la Administración no elige libremente ya que está sujeta al Derecho y debe actuar según los parámetros establecidos en la ley (objetivos o fines, Derechos Fundamentales, proporcionalidad e igualdad, y mandatos comunitarios), ponderándolos en el marco de la habilitación conferida. Por ello sostiene que la discrecionalidad representa “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”⁴⁷. Preferimos esta noción por ser más amplia y englobar adecuadamente a la primera.

Sentada tal aclaración conceptual, de lo que no cabe duda es que la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración, dentro de los parámetros impuestos por la legalidad y sin transponer los límites más o menos elásticos de la razonabilidad. Y no resulta menos cierto que, en estos casos, la libertad del órgano es mayor, pues el legislador ha dejado librado a su criterio, a su valoración, a su ponderación, a su estimación, en fin, *a distintas manifestaciones psíquicas, producto del ejercicio de su voluntad –que se presupone exenta de vicios–*, la adopción de la medida que resulte más eficaz en la consecución de una finalidad pública determinada.

De este modo, no aceptamos que el ejercicio pleno de esa discrecionalidad pueda llevarse válidamente a cabo, a través de una voluntad psíquica afectada en sus elementos internos o defectuosa. En otras palabras, sostenemos que el error, el dolo, la violencia o la simulación⁴⁸ podrían llevar a la invalidez del acto discrecional en determinadas circunstancias que, por supuesto, deberán meritarse en cada caso concreto y que resultan imposibles de tasar *in abstracto*.

Con la inclusión de la voluntad como elemento esencial del acto no cabe lugar a duda alguna de que, tal como lo habíamos postulado, la misma puede encontrarse afectada, independientemente de los vicios que, objetivamente, pueden presentarse en relación a cada elemento considerado en sí mismo y en su

47 SCHDMITT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, traducción española, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p 221.

48 En rigor, la simulación no es un vicio de la voluntad, sino que, al igual que el fraude y la lesión, representa un defecto propio de los actos jurídicos y así lo consigna ahora correctamente el CCyC. Sobre las razones que justifican su tratamiento junto a los vicios de la voluntad, ver lo que explicamos en: *La voluntad...ya cit.*, pp. 237-247.

confrontación con el orden jurídico. La incidencia de tal afectación sobre los elementos objetivos, en todo caso, es el punto que deberá analizarse en la realidad del caso concreto⁴⁹.

La previsión del nuevo inciso *a*) del art. 7° de la LNPA, que la Ley de Bases ha plasmado, no da cabida a la postura *no declaracionista* que había llegado a preconizar que la previsión del art. 14, inc. *a*) del plexo procedimental nacional era superflua pues la voluntad psicológica del funcionario debería juzgarse de acuerdo a su incidencia en relación a los requisitos esenciales del acto, sin importar si ella estaba viciada o no.

Se había llegado a sostener, incluso que, *prima facie*, de acuerdo a la LNPA, en tanto el acto hubiese sido dictado conforme al ordenamiento jurídico la voluntad psicológica del agente no tenía virtualidad alguna. Es decir que, en tanto la voluntad declarada se ajustase a derecho, la voluntad real del funcionario no tendría trascendencia alguna.

Pero no nos atrevemos a colegir que esa sea fuera, aun antes de la reforma, la solución legal que establece el art. 14 inc. *a*) de la LNPA, pues su letra sugiere a las claras que debe privilegiarse, en ciertas situaciones, la voluntad real sobre la declarada. Con la nueva previsión ya no hay dudas de que es ésta la recta interpretación que cabe.

Es que, como certeramente se ha advertido, sólo sobre una voluntad psíquica –y no sobre un órgano jurídico o un ente– puede ejercerse violencia, o llevarla a error o engañarla. De lo contrario, el texto habría carecido desde siempre de todo sentido y no es de adecuada hermenéutica presumir la inconsecuencia en el legislador. Por el contrario, tanto de su articulado con su flamante modificación en comento, como de la referencia inequívoca a las fuentes doctrinarias en que se sustenta en esta parte, no puede sino admitirse que el plexo adscribe a la mayoritaria corriente *declaracionista*, con las consecuencias que, a nuestro juicio, se siguen de ello.

Bajo estas premisas es que, entendemos, con el reconocimiento expreso del estatus de elemento esencial del acto administrativo, que la Ley de Bases ha asignado a la voluntad, ésta ha pasado a ser, inequívocamente, una herramienta más para el control de la discrecionalidad administrativa.

5. CONCLUSIÓN

La auspiciosa reforma efectuada por la Ley de Bases al art. 7° de la LNPA, consagrando a la voluntad como requisito esencial del acto administrativo ha enrolado a nuestra norma procedimental nacional en la corriente *declaracionista*. A la vez ha puesto en su quicio el papel que desempeña la voluntad psíquica

49 Ver el desarrollo que efectuamos en *La voluntad...ya cit.*, pp. 180-247.

dentro de la voluntad orgánica-estatal e introduce una llave para el control de la actividad predominantemente discrecional.

Sobre este último punto, merecedor de consideraciones más extensas que dejaremos para otra oportunidad, ha venido a cobrar renovada importancia la ya aludida distinción entre actividad predominantemente reglada y discrecional, que la doctrina adversa a la aplicación de la teoría de declaración de voluntad (real) al acto administrativo, negaba o reducía en su importancia a extremos que la convertirían en una confrontación limitada a estrados académicos, sin ningún nexo con la realidad social circundante, a la que el Derecho Administrativo aspira a regular.

Así, consideramos que si la actuación administrativa se encontrase mayormente predeterminada por la norma –situación poco frecuente por cierto–, parecería que los vicios en la voluntad del funcionario titular del órgano ninguna gravitación tendrían (piénsese, en el ejemplo clásico del otorgamiento de una licencia sujeta a una serie de requisitos, que el solicitante cumple, pero que es arrancada por violencia).

En la actuación mayormente discrecional, por el contrario, tratándose ella de una posibilidad de elección entre indistintos jurídicos, o bien la facultad de concreción jurídica que posibilita especificar la finalidad pública primaria prevista en la Constitución y en los Tratados, a través de una actuación o del específico contenido del acto administrativo, la solución debe insinuarse como distinta.

Ello porque el margen de apreciación, ponderación, evaluación, etc. (acotado, ceñido, regulado y controlado a través de distintas técnicas, pero que entraña, sin duda, un ámbito volitivo y no sólo cognitivo) de acuerdo al margen de atribución competencial que realiza el legislador a favor del órgano administrativo al que le confiere un poder discrecional, debería resultar el fruto de una voluntad psíquica carente de vicios, por lo cual su afectación podría acarrear la nulidad absoluta de dicho acto.

De este modo, la exigencia de una voluntad psíquica intencionada y libre del funcionario y, por ello, exenta de error, dolo, violencia o simulación, se erige, ahora, en un requisito de validez de esa actuación.

La verificación de la ausencia de vicios en este elemento esencial, será un instrumento para el ejercicio de un control subjetivo de la actividad mayormente discrecional de la Administración⁵⁰, arduo y dificultoso por las dificultades probatorias que conlleva⁵¹ y por las resistencias inerciales arraigadas en los operadores jurídicos que arrastra, pero absolutamente imprescindible si es que se

50 Y no sólo de la Administración, sino de todos los órganos estatales, como lo sostenemos en *La finalidad...* pp. 209-258.

51 Hemos efectuado algunas consideraciones en torno a la prueba de los vicios de la voluntad en el acto administrativo en nuestro varias veces citado ensayo *La voluntad...* ya cit., pp. 257-270, al que nos remitimos.

pretende obtener un obrar vicarial de la Administración que resulte valioso en términos de juridicidad, eficacia y ética.

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

Es Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Especialista en Derecho Administrativo y en Administración Financiera del Sector Público Nacional y Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Magister en Globalización, Liberalización Económica e Intervención Administrativa por la Universidad Carlos III. Profesor Adjunto Regular en la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de grado en la Universidad del Salvador y de posgrado en la Universidad de Belgrano. Autor y coautor de libros y otras publicaciones de la especialidad, entre las que destaca el libro *La finalidad en los actos estatales*, Argentina, Marcial Pons, 2024.

DESCUENTO DE SALARIO POR USO DERECHO DE HUELGA DESDE LA REFORMA DE LA LEY DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA, LEY 27.742. (¿REFORMA 4.0? NO, APENAS 0,5)

GUSTAVO J. THOMAS

Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad Nacional de Rosario.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco legal básico. 3. Posiciones políticas/ideológicas. 4. Análisis de la doctrina jurídica. 5. Jurisprudencia Suprema. 5.1. CJSN. 5.2. Cortes y Cámaras provinciales. (i) Tribunal de Trabajo de La Plata. (ii) Cámara de Trabajo de Mendoza. (iii) Corte Suprema de Justicia de Mendoza. (iv) Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Santa Fe. (v) Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2 de la ciudad de Rosario. (vi) Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de CABA. (vii) Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo (Juzgado del Trabajo N° 2). 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.742 introduce como art. 16 *bis* de la Ley 24.185, el siguiente texto: “Artículo 16 *bis*. Será obligatorio el descuento del proporcional de haberes por los días en los que el empleado haya decidido hacer uso de su derecho de huelga”.

Está claro que el derecho a la huelga, reconocido en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, es una medida de acción directa que consiste en la suspensión colectiva y temporal del trabajo por parte de los trabajadores, con el fin de presionar al empleador para que acceda a sus demandas. Sin embargo su ejercicio no está suficientemente reglamentado y solo cuenta con los límites que marca la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (a la cual adhieren sólidamente todas las Cortes del país).

Tema poco novedoso, recordemos que el instituto del ejercicio del derecho de huelga y sus consecuencias sobre los salarios se encontraba legislada en el texto original de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (art 245) donde se expresaba que la huelga u otras medidas de acción directa que obedecieran a culpa

del empleador mantendrían el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente al tiempo de ella. La disposición fue suprimida en 1976.

Sin embargo paro tras paro, leemos en los medios de comunicación que los ejecutivos expresan: “El Estado advirtió que descontarán los días no trabajados por la huelga”, como una suerte de mantra/amenaza para finalizar la medida. Esto da la idea que es una opción posible, formulada como amenaza.

Ello nos lleva a analizar la jurisprudencia y la doctrina para determinar los alcances y la razón de esta *modificación*. Aclaremos, tal vez innecesariamente, que esta reforma solo alcanza al empleo nacional, porque la Ley 24.185 establece las disposiciones por las que se registrarán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.

Se deja aclarado que en la elaboración del presente artículo no se usaron inteligencias artificiales generativas.

En todos los casos, las palabras remarcadas en este texto nos pertenecen.

2. MARCO LEGAL BÁSICO

El tema de la huelga esta receptado en diversas normas, principalmente: a) Art 14 *bis*, CN¹; b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo; b) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 inc. b)²; c) Convenio N° 98 de la OIT (1949)³; d) Amparo Sindical, 43 de la CN; art. 47 de la ley 23.551, art. XVIII de la Declaración de los Derechos del hombre y art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN.

Brevemente analizando el panorama extranjero, vemos que España, después de algunas vacilaciones jurisprudenciales, la disposición adicional 12 de la ley 30/1984 concluyó con la discusión al disponer que “los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones

1 CN, Art 14 *bis* “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador: ... el derecho de huelga...”.

2 Art. 8.1 que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a. El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. [...] c. El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d. El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

3 Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, art. 1° que “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: [...] b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúa tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte el régimen respectivo de sus prestaciones sociales”. El Supremo Tribunal de España ha dicho que el supuesto de huelga de funcionarios produce una situación de suspensión de la relación de empleo análoga a la que resulta en el contrato de trabajo, por lo que es lógico y consustancial a la misma que no se devenguen ni perciban retribuciones. Posición análoga asume la mayoría de la doctrina de ese país.

La solución italiana es similar, aclarándose que aunque no existe derecho a percibir remuneración por los días no trabajados, permanecen incólumes los derechos relacionados a la antigüedad en el trabajo, a las vacaciones, etc.⁴.

En Francia, Jean Claude Javillier resume la solución con la frase *pas de travail, pas de salaire* (no hay trabajo, no hay salario) (Sinay, Hélène et Javillier, Jean Claude, “La grève”, Paris, Dalloz, 1984, N° 227 y ss.; conf. Teyssie, *Les conflits collectifs du travail, grève et lock-out*, Paris, Litec, 1975, p. 149). La misma expresión usan los alemanes Hueck y Niepperdey (citados por Buhler, Walter, “Huelga y salarios”, Doc. Laboral, Errepar, 1990, T. IV, p. 344).

3. POSICIONES POLÍTICAS/IDEOLÓGICAS

En relación a este tema encontramos generalmente dos posiciones. La que llamaremos publicista, más afín al concepto que la sociedad está representada en el Estado. Y la privatista, centrada en la individualidad del trabajador (gremios y trabajadores).

3.1. Posición por los gremios/trabajadores: *a)* El fin perseguido con la huelga es reconocido por todas las autoridades, el descuento implicaría que el gasto del servicio público sea soportado por los trabajadores en conflicto y no por toda la colectividad, que es quien debe sostenerlo; *b)* Si las medidas de acción directa son justas y se ha ejercido un derecho constitucional, quien debió atender a las reclamaciones legítimas y no lo hizo resulta culpable de la situación conflictiva; *c)* La falta de declaración de ilicitud de la huelga y el reconocimiento público por parte de las autoridades de la justicia y la finalidad perseguida con la huelga, impone que se paguen los días no trabajados, en concepto de indemnización por culpa del empleador. *d)* La privación del salario es una sanción por participar de la huelga. El derecho a la huelga es un derecho fundamental y que su ejercicio no debe ser penalizado.

3.2. Posición publicista: *a)* No corresponde el pago de los salarios durante los días de huelga, ya que si no hay desarrollo de tarea, no hay razón para el pago de la remuneración. Son dineros Públicos los que se usan para el pago de los salarios, sería un pago sin causa. Implica subsidiar la medida de fuerza por parte del afectado; *b)* El descuento de los días no trabajados no importa una sanción. El

4 SANTONI, Francesco, *Lo sciopero*, 3° ed., Napoli, Jovene, 1997, p. 68.

ejercicio legítimo y no abusivo del derecho de huelga implica que el trabajador que lo ejerce no puede ser despedido, ni privado de los derechos que derivan de la seguridad social, conductas que sí implicarían actitudes punitivas; c) Es que, cualquiera sea el criterio que se adopte a la hora de analizar la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, contractual o estatutaria, ésta es regida por el derecho público, lo que importa que la misma no se circunscriba a las partes, como en derecho privado, sino que se proyecte hacia terceros, pudiendo afectar sus derechos, en el caso el derecho a la prestación de los servicios públicos y a la satisfacción de las necesidades colectivas; d) La principal consecuencia de la huelga es suspender las condiciones básicas del contrato de trabajo, es decir, la prestación de servicios y el consecuente pago de la remuneración. Esto implica que si bien el trabajador tiene derecho a no cumplir sus prestaciones sin ser objeto de sanciones disciplinarias, por ello, el empleador, en principio, no está obligado a pagar la remuneración por el tiempo no trabajado, salvo en el caso de que la huelga haya sido provocada por un grave incumplimiento de su parte. Lo contrario significaría que, además de asumir los lógicos perjuicios económicos que le produce la falta de prestación de servicios del personal, deba también correr con los costos directos del pago de los salarios caídos con lo que se estaría generando una licencia con goce de haberes, que beneficiaría a los huelguistas en desmedro de aquellos que no hubieren adherido a la medida de fuerza. Y que si bien es indiscutible que el empleador debe soportar la huelga cuando ésta se produce dentro de los límites de su legítimo ejercicio, no puede válidamente pretenderse que éste último deba además financiarla.

4. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURÍDICA

A pesar de lo que quien suscribe tenía como pre-concepto, la doctrina privatista está a favor del descuento, salvo excepciones muy marcadas.

Comenzaremos con el constitucionalista German Bidart Campos quien sostiene que “la huelga produce, entre otros efectos, *la suspensión de la relación laboral, no estando obligado el empleador a abonar la retribución*, porque no hay contraprestación de servicios; con excepción, deberían pagarse los salarios correspondientes al período de huelga en el caso extremo de que ésta se llevara a cabo a causa de conductas patronales gravemente injuriosas para el personal”⁵.

Más afín a una posición privatista extrema, Humberto Quiroga Lavié dice que: “La Corte ha sostenido que no existe obligación por parte del empleador de pagar los salarios correspondientes al tiempo de la huelga, en la medida en que él ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales (F. 256:305 y 307); esto permite interpretar que si la huelga es declarada legal, como consecuencia de reconocerse incumplimiento patronal, el trabajador tiene derecho a percibir su

5 BIDART CAMPOS, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, T. I-B, p. 521.

salario durante el tiempo de huelga”⁶. Pero, si se lee el fallo –y la jurisprudencia de la CSJN que más abajo veremos–, la CSJN no dice eso.

Justo López exige, como condicionante para que el trabajador pueda retener válidamente su prestación, que el incumplimiento sea grave.⁷

Carlos Pose, en el sentido que la huelga o cualquier medida de acción directa similar, hace perder los salarios por el período de abstención de trabajar, con independencia de la legalidad o ilegalidad de la medida, con excepción de cuando la huelga sea determinada por un grave e injustificado incumplimiento del empleador, que no es del caso, por lo menos, no ha sido acreditado ni se advierte a partir de la especial posición de la recurrente. Con relación al pago de salarios caídos por participación en una huelga legal”⁸.

Deveali “la participación de los trabajadores en una huelga de carácter legal no genera derecho al cobro de salarios por el plazo de inactividad”⁹.

El doctrinario Juan José Etala ha sostenido una posición casuística al sostener que: “Distinta es la situación cuando una medida de fuerza se decreta por incumplimientos del empleador, como por ejemplo por la falta de pago de haberes en tiempo y forma, ya que, en ese caso, el responsable ha sido el empleador por la medida adoptada, pero este supuesto es absolutamente distinto del caso en que el gremio presiona al empleador en una negociación, donde se discuten intereses opuestos, para que a través de la huelga el empleador ceda en sus posiciones y conceda las pretensiones del sector gremial”¹⁰.

El Dr. Vázquez Vialard sostiene una posición, aún más estricta, ya que sólo existiría culpa cuando la huelga es provocada por el empleador: “Aunque

6 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavallia, p. 89.

7 LÓPEZ, Justo, “El Salario”, en DEVEALI, Mario (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1972, T II, pp. 545/546.

8 Nota al fallo en Doctrina Laboral-Mayo 1991-Buenos Aires, Errepar, 1991, p. 405 y ss.

9 DEVEALI, M., *El derecho del trabajo en su aplicación y tendencias*, Buenos Aires, Astrea, 1983, T. II, p. 557; y en *DT*, 1955-167; H.A.O.V., Sobre el pago de los salarios de los días de huelga, *La Ley*, 98-52, comentario crítico a fallo de la Cám. 2º Trab. de Córdoba del 7/12/1959; KROTOSCHIN, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1962, T. II, 419; del mismo autor, “Soluciones jurídicas de la huelga”, en obra colectiva, *La huelga*, Santa Fe, Instituto del Derecho del Trabajo, Universidad Nacional del Litoral, 1951, T. I, pp. 105/108; LÓPEZ, Guillermo, “La huelga y sus efectos en el contrato de trabajo”, *DT* 1990-A-539; LÓPEZ, Justo, *El salario*, Buenos Aires, Jurídica, 1988, p. 113; POSE, Carlos, “El fondo de desempleo y las denominadas remuneraciones graciables por huelga”, *DT*, 1994-B-1976; del mismo autor, “Con relación al pago de salarios caídos por participación en una huelga legal”, en *Doc. Laboral*, T. V, 1991, p. 405; VÁZQUEZ VIALARD, A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, T. 2 p. 238 N° 170; conf. CNTrab., sala VIII, 28/4/1995, “Zambrino c. Universidad Tecnológica”, *DT*, 1996-1-430.

10 ETALA (h.), Juan José, “Descuento de haberes por huelga”, *La Ley*, *DT*, 2010 (diciembre), 3333.

la decisión del grupo justifica la actitud del trabajador que no presta su labor [...] no existe obligación del empleador de abonar el salario durante los días en que se aplique la medida [...] Como excepción, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la procedencia de ese pago cuando la huelga ha sido provocada intencionalmente por el empleador (por ejemplo, para liberarse del pago del salario durante un lapso en que tiene exceso de mercaderías, por lo cual el movimiento no le provoca ninguna consecuencia gravosa –al contrario– Corte Suprema de Justicia LT XI -253, Suprema Corte de Buenos aires DT XXV-411”¹¹.

Cabanellas, en una posición más radical sostiene que: “El pago de los salarios correspondientes a los días de huelga conduce a fomentar los conflictos de trabajo, transformándolos en mal endémico, pues precisamente la pérdida de la retribución puede ser un freno para que los trabajadores eviten la repetición de huelgas poco justificables”. Cabanellas plantea la distinción entre huelgas justificables o no justificables, concepto que nos lleva a la cuestión de la tipificación de la conducta del empleador para poder efectuar dicha valoración, en función de la jurisprudencia de la CSJN, como seguidamente veremos¹².

5. JURISPRUDENCIA SUPREMA

5.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

La CSJN¹³ tiene resuelto que, en principio, la imposición del pago de los salarios correspondientes a los días en que se desarrollan medidas de acción directa, en ausencia de precepto legal o convencional explícito que contemple el caso, requiere la comprobación de una conducta culpable del empleador.

De lo cual se deduce la regla general, cual es que la comprobación de la culpa del empleador no sería necesaria, si existiera un precepto legal explícito. Aquí entonces cobra sentido la modificación de la Ley de Bases.

La Corte ha establecido que la culpa no necesariamente constituye una conducta “ilegal” y el incumplimiento constituye “culpa” aun cuando no sea “arbitrario”. Así se ha resuelto que una justa interpretación de la controversia, parte de reconocer que ha sido ampliamente valorado que el ejercicio lícito del derecho de huelga cuando así se plantea inicialmente, legítima el accionar sindical, en razón de la cual la no prestación de servicios a cargo de los trabajadores no supone el abandono o cesación de la relación de empleo por sí mismo, sino que la suspende e implica la suspensión de ciertos efectos de la relación laboral, respecto a la concreta obligación de prestar servicios y por ende, de pagar la remuneración

11 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, T. 2, p. 199 y ss.

12 CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, Bibliográfica Omeba, T. II, año 1968, p. 359 y ss.

13 CSJN Fallos: 256:305, entre otros.

correspondiente, y así lo ha reiterado la *CSJN* en razón del carácter suspensivo que generalmente se reconoce a la huelga, por lo que la falta de prestación de servicios no justifica el pago de la remuneración¹⁴.

Y esto no es novedad. La Corte Federal¹⁵ resuelve desde antiguo que “el carácter suspensivo que generalmente se reconoce a la huelga no justifica la subsistencia de la obligación del pago de salarios, pues estos tienen carácter de contraprestación”. Consecuentemente, la imposición del pago de los llamados salarios caídos, en ausencia de precepto legal o convencional explícito que contemple el caso, requiere la comprobación de conducta culpable patronal en la emergencia.

Un punto a tener en cuenta, es la falta de regulación –hasta la Ley de Bases–, de este derecho en general, y del temas salarios en huelga en particular. Esta falta de regulación, impide el descuento? La Corte Suprema de Justicia de la Nación “Que en lo relativo a la calificación administrativa de la huelga interesa agregar a mayor abundamiento, una reflexión complementaria. Si bien es cierto que el derecho de huelga puede ser invocado y ejercido aunque no medie ley reglamentaria del Congreso a su respecto, también lo es que la misma posibilidad debe reconocerse a la potestad del Estado destinada a tutelar los intereses públicos o privados susceptibles de ser afectados por el uso abusivo o ilícito de aquel derecho. La omisión del legislador no priva a los gremios de la posibilidad de emplear los medios previstos por la Constitución Nacional para la defensa de sus intereses profesionales. Pero tampoco priva al Estado del ejercicio de las atribuciones que inviste y que le han sido confiadas con vista al resguardo de las garantías constitucionales y a la protección y promoción del bien común”, agregando que “por tanto el principio de que no hay derechos absolutos, que también puede expresarse diciendo que el derecho de cada uno debe ser conciliado con el de los demás y con las pertinentes facultades estatales, justifica ciertas limitaciones razonablemente impuestas por la autoridad como lo son por ejemplo las relacionadas con las resoluciones administrativas dictadas durante el curso de una huelga con el objeto de encausarla. De otro modo debería admitirse que todo derecho de base constitucional que no se encuentra reglamentado por el Congreso, tiene carácter absoluto o ilimitado. Lo cual significaría tanto como consagrar una concepción antisocial”¹⁶.

5.2. Cortes y Cámaras provinciales

Como veremos seguidamente, los tribunales siguen sin excepción a la *CSJN*. Sin pretensión de agotar el tema, mencionamos:

14 *CSJN* Fallos: 243-84; 254-65; 256-305; 312-318; 318-349.

15 *CSJN*, 15/10/1962, Unión Obrera Molinera Argentina c. Minetti, con nota de Pinto, Manuel, El problema del cobro de los salarios correspondientes a los días de huelga, *DT*, 1963-19; 5/8/1963, Aguirre, Ernesto y otros c. Céspedes SRL. *ED* 6-425.

16 *CSJN* Fallos: 254:56.

(i) *Tribunal de Trabajo de La Plata*¹⁷

En el caso aquí tratado, el art. 1° del acto administrativo puesto en crisis dice textualmente: “Establecer que las inasistencias de los agentes de la Administración Pública Provincial motivadas en el ejercicio del derecho de huelga y que no fueren justificadas por algunas de las causales previstas por la normativa vigente, serán descontadas del haber del mes correspondiente, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente”.

El Tribunal, para resolverlo, sostuvo que “más allá de cualquier objeción de tipo político que se le pueda adjudicar al acto administrativo en cuestión, el mismo consagra una obviedad jurídica: que los días en los que los trabajadores estatales no prestan servicios por adherir a una medida de acción sindical –huelga– no se remuneran... Y es que la deducción salarial por participar de una huelga no puede considerarse una sanción, ni siquiera una represalia”.

Como bien lo ha dicho Superior Tribunal de Buenos Aires¹⁸, “el artículo 103 de la Ley de Contrato de Trabajo define a la remuneración, con un concepto que excede al de ventaja patrimonial, como una contraprestación que el trabajador debe percibir como consecuencia del contrato de trabajo, aún en el caso que no prestara servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador”. Ergo, a contrario sensu, no devenga su salario aquel trabajador que, en ejercicio de su libertad sindical individual, decide adherir a una huelga y que, por ende, no *pone* su fuerza de trabajo a disposición de su empleador.

Esto nada tiene que ver con la calificación que se haga de la huelga: lo dicho es válido tanto para una huelga legítima, como para una ilegítima. La diferencia –en todo caso– radica en que, en el primer caso, el empleador está constitucionalmente obligado a *soportar* las ausencias del trabajador y no puede ni debe compelerlo a que retome tareas; en la segunda hipótesis, en cambio, el principal puede intimar al trabajador a que retome sus tareas, bajo apercibimiento de aplicarle una sanción si no lo hiciera. Pero, en ninguno de los dos supuestos, el dependiente tiene derecho a percibir sus salarios por los días no trabajados.

Como certeramente lo ha señalado el doctor José Alejandro Sudera, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 57 “... la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, cuyo ejercicio no puede ser considerado agresión u ofensa al empleador. Y el descuento de la remuneración indebidamente abonada por no haberse devengado derecho a ella, al no haber puesto el trabajador la fuerza de trabajo a disposición del empleador, no puede ser considerado castigo o venganza...”¹⁹.

17 Tribunal del Trabajo Nro. 1 de La Plata “Asociación Trabajadores del Estado y Otro/a c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo sindical” - 02/02/2016 Cita: TR LALEY AR/JUR/7347/2016.

18 CSBA, L 107420, Sent. del 19/02/2015.

19 Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro 57, “ATE c. Hospital de Pediatría SAMIC Dr. Prof. J.P. Garrahan s/Cobro de Salarios”, sentencia del 08/04/2013.

Este Tribunal más afín con el derecho privado, ha dejado incluso unas palabras en orden a la moralidad del descuento. Ha sostenido que “la percepción de remuneración por un día en que no se prestaron tareas en virtud del acatamiento a una huelga no sólo violenta lo más elemental del sinalagma contractual laboral, sino que ofende a la dignidad, integridad e independencia de los trabajadores, quienes en tal caso permitirían que el empleador solviente su lucha, desvirtuando así la naturaleza activa y combativa de la misma para degenerarla en holganza, pero no entendido el vocablo como raíz del sustantivo huelga, sino como sinónimo de ociosidad o pereza”.

En reenvío a la CSJN²⁰, sostiene que “en tanto la responsabilidad del empleador no se funde en ley que razonablemente la imponga ni en su conducta culpable en la emergencia o en una convención, la prestación exigida...” (pago de salarios correspondientes a servicios no prestados durante la huelga) ... carece de causa y vulnera los derechos que garantizan los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que no pueden desconocerse con base en lo prescripto en el art. 14 nuevo de la Constitución”. Recuerda más adelante que en el mismo sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza al resolver que es procedente el descuento de los haberes por días de huelga cuando la medida no haya sido provocada por la conducta dolosa o culposa de la patronal, siendo irrelevante que “la huelga no se haya declarado ilegítima”²¹.

Finalmente, hasta se focaliza para su decisión en la OIT al recordar que la misma se ha pronunciado al respecto, sosteniendo que es dable autorizar la deducción de los salarios correspondientes a los días de huelga, al señalar que esa práctica no plantea objeciones desde el punto de vista de la libertad sindical²².

(ii) *Cámara de Trabajo de Mendoza*²³

Se trató de un conflicto donde, además de la huelga, se dio que algunos trabajadores no pudieron acceder al lugar de trabajo por impedimento de sus compañeros en huelga.

Esta cámara entendió que bajo la interpretación del alcance y de los límites del derecho de huelga, cabe entender que ésta suspende todos los efectos de los

20 CSJN., 05/08/1963, “Buhler, Erico y otros c. Talleres Gale y Cia. S.R.L.” L.T. XI, p. 253.

21 SCJ de la Provincia de Mendoza, Sala I, 26/12/2000, “Sindicato Único de Trabajadores de la Educación de Mendoza c. Dirección General de Escuelas” DT 2001-B, p. 2135) y también el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Sala “A”, 21/09/1988, “Abalo de Martínez, Norma”, además CNTrab, sala VIII, 15/12/1986, “Tabbakh, Fadel y otros c. Vicente Robles S.A.” DT 1987-A, p. 370.

22 OIT, La libertad sindical, 5ª ed., Ginebra, 2006, párr. 654º, p. 140.

23 Cámara 5ª del Trabajo de Mendoza. “Asociación Trabajadores del Estado (A.T.E.) c. Iscamen (Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria Mendoza) s/ amparo sindical” - 30/08/2013 Cita: TR LALEY AR/JUR/49415/2013.

contratos de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración sin afectar la subsistencia del vínculo laboral. Lo contrario implicaría abonar salarios por tareas no prestadas, extremos expresamente prohibidos por la CSJN al sostener que “...en la relación de empleo público no corresponde abonar salarios por trabajos no realizados” o sea, “cuando no existe efectiva prestación de servicios”²⁴.

Como explicábamos al inicio, este Tribunal también basa sus decisiones en los reenvíos a la Corte Federal. Recuerda en el fallo que, su parte desde antiguo la CSJN²⁵ sostuvo que “la legitimidad de la huelga no impone el pago de los salarios correspondientes a los períodos no trabajados, en ausencia de precepto legal o convencional explícito que contemple el caso, el pago requiere la comprobación de una conducta culpable en el empleador”.

Sobre la falta de regulación por el Estado para el descuento, recordó que el mismo Supremo Tribunal Nacional posee la doctrina que considera que: “Los derechos constitucionales, el de huelga entre ellos, no se afecta por la imposición de condiciones impuestas a su ejercicio que guardan adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido...”²⁶.

*(iii) Corte Suprema de Justicia de Mendoza*²⁷

Este fallo nos deja en claro ver la línea de la CSJN sobre que, ante la ausencia de ley expresa, se debe analizar la conducta del empleador para definir el pago o no de los salarios. Sostiene el Tribunal que no corresponde la anulación de la resolución administrativa –en el caso, emanada del Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia de Mendoza– mediante la cual se dispone descontar los haberes por los días de huelga dispuestos por los trabajadores si la patronal no provocó culposa o dolosamente la medida. Por ello, es procedente descontar a los trabajadores, los haberes por los días de huelga que hubieren dispuesto, cuando la medida no haya sido provocada por la conducta culposa o dolosa de la patronal, siendo irrelevante que la huelga no se haya declarado ilegítima.

Habiendo sido planteado por la parte actora que la huelga no había sido declarada ilegítima para reclamar el pago de los haberes no percibidos, el Tribunal concluyó que: “Es irrelevante que la huelga no haya sido declarada ilegítima, pues lo que motiva el pago del salario es la conducta culposa o dolosa de la patronal que provoca la huelga, conducta que en autos no ha sido probada”.

24 CSJN Fallos 312-1382; 313-62; 473; -319-2507 y sus citas.

25 CSJN 5/8/63; E.D. T. 16, p. 424, KEMELMAJER DE CARLUCCI cita de PRITZ, Osvaldo A. en *Huelga en la Función Pública, Servicios Públicos y Actividades Esenciales*, Edic. Dike 2004, p. 88.

26 CSJN: 313-149, 27/02/90.

27 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I “Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación de Mendoza c. Dirección Gral. de Escuelas” - 26/12/2000 Cita: TR LALEY AR/JUR/3742/2000.

(iv) *Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la ciudad de Santa Fe*²⁸

Este fallo, si bien repite el esquema hasta aquí desarrollado, trata factores importantes, como es la posibilidad del descuento de todos los rubros laborales vinculados a los días no trabajados, además del salario.

El caso se presta para ello porque la modalidad de la protesta fue la de huelga, pero con concurrencia a los lugares de trabajo. La Administración pública descontó salarios y además, presentismo y las asignaciones familiares vinculadas.

Para la Cámara santafesina, siendo que la medida de fuerza de la cual participara el trabajador fue adoptada con asistencia a los lugares de trabajo, resulta improcedente el descuento del suplemento por presentismo, pues para su percepción es condición indispensable la asistencia y puntualidad en el período tomado como base, circunstancia acreditada en la especie. En este sentido, la no prestación efectiva de servicios –aún bajo la modalidad de “paro con asistencia a los lugares de trabajo”–, releva a la Administración de pagar salarios.

Aclara que distinta es la conclusión respecto del suplemento por *presentismo*, pues, siendo que la medida de fuerza fue adoptada con asistencia a los lugares de trabajo, no se advierte motivo que autorice a su deducción, cuando es condición indispensable para la percepción de este suplemento “la asistencia y puntualidad perfecta en el período tomado como base” (art. 72, Anexo II, Ley 9.286). En efecto, aunque estrechamente vinculados, el deber de prestar servicios no se identifica con el de asistencia y puntualidad; prueba de ello es que el cumplimiento de este último (al que coadyuva el deber de residencia²⁹) justifica la percepción de un suplemento especial, en tanto que su incumplimiento puede dar lugar a sanciones disciplinarias aun cuando haya existido prestación de tareas.

Además la Cámara rechazó el descuento de los descuentos del *complemento remunerativo* y de la *asignación familiar*, aunque por razones diversas a las esgrimidas por el recurrente.

En cuanto a la legitimidad de los descuentos por falta de prestación de servicios durante medidas de fuerza, es coincidente, no sólo con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias que allí se citan, sino también con el criterio reiteradamente seguido –respecto del personal judicial– por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia (incluso en su actual integración) en ejercicio de sus funciones materialmente administrativas³⁰.

28 Cámara de lo Contencioso administrativo N° 1 de Santa Fe “Kappes, Bernardo J. c. Municipalidad de Esperanza” - 13/06/2006 Cita: TR LALEY AR/JUR/3875/2006.

29 ver DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, T. III, 1979, p. 573.

30 Acta 84, punto 2, de fecha 9/8/89; Acta 11, punto 1, del 28/2/90; Acta 50, punto 6, de fecha 3/11/93; Acta 31, punto 3, de fecha 6/9/95; Acta 40, punto 13, de fecha 11/9/96; Acta 35, punto 4, de fecha 27/8/97; Acta 35, punto 16, de fecha 8/9/99; Acta 18, punto 7, de fecha 10/5/2000; Acta 25, punto 4, de fecha 22/6/2000; Acta 50, punto 7, de fecha 29/11/2000; Acta 11, punto 16, de

(v) *Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2 de la ciudad de Rosario*³¹

En el fallo bajo análisis si se pagaron los días de huelga, pero la razón es que luego de un conflicto Estado-trabajadores, se firmó un acta acuerdo entre el gremio y la ciudad de Capitán Bermúdez, siendo incumplido, luego por esta última. Sin embargo, la Cámara reitera la posición de la CSJN que sostiene que debe irse primero a la letra de la ley, y en su ausencia, a examinar la conducta de las partes.

Este fallo no presenta novedades, pero nos da pie al análisis de las conclusiones que seguirán a este punto, y son qué pasa si las convenciones post conflicto, en la eventual presencia de una ley que impida el pago, *pueden acordar desatenderlas*. ¿Habrá allí un acto nulo por violación a la ley?

En referencia al fallo, el mismo hace lugar a la demanda promovida, por empleados municipales, a fin de que se condene a la municipalidad demandada a abonar los salarios caídos correspondientes a los días que los actores ejercieron el derecho de huelga en reclamo de salarios adeudados si, la huelga se desencadenó en virtud de la falta de adopción por parte de la Administración de las medidas pertinentes para cumplir lo convenido en las actas acuerdo suscriptas por las partes pues, ello permite concluir que medió culpa de la municipalidad demandada en el desencadenamiento de la medida de fuerza. “De la integralidad de su lectura, del objeto del convenio y teniendo en cuenta su relación con el anterior acuerdo celebrado, puede concluirse que las partes reconocían el pago de salarios, aun durante la vigencia de la medida de fuerza dispuesta. Luego corresponde reconocer el pago de los salarios durante dicho período, cuyo monto resultará de la determinación de la deuda, que surgirá del análisis de la prueba pericial efectuada y en su caso de la liquidación que oportunamente se disponga”.

No obstante ello –relata la Cámara–, en nuestro ámbito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde larga data se ha expedido, aun en el ámbito del Derecho Privado, en el sentido de que “el carácter suspensivo que generalmente se reconoce a la huelga no justifica la subsistencia de la obligación de pago de salarios, pues éstos tienen carácter de contraprestación. Consecuentemente, la imposición del pago de los llamados salarios caídos, en ausencia de precepto legal o convencional explícito que contemple el caso, requiere la comprobación de conducta culpable patronal en la emergencia”. “Asimismo la jurisprudencia tiene dicho que aun cuando la huelga no haya sido declarada ilegal por la autoridad administrativa o judicial, no se justifica el pago de los salarios caídos, que sólo sería procedente en la hipótesis de que la medida de fuerza fuera la respuesta a un acto de incumplimiento del empleador. Y que con respecto a la deducción salarial de los días de huelga el Comité de

fecha 4/4/2001; Acta 23, punto 12, de fecha 13/6/2001; Acta 29, punto 5, de fecha 1/8/2001; Acta 56, punto 12, de fecha 19/12/2001; etc.

31 Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2 de Rosario, “Aguirre, Francisco c. Municipalidad De Capitán Bermúdez” - 29/03/2010 Cita: TR LALEY AR/JUR/19614/2010.

Libertad Sindical de la OIT ha estimado que “no plantea objeciones desde el punto de vista de la libertad sindical” (OIT 1996). La Comisión de Expertos de la OIT por su parte, no ha criticado las legislaciones de Estados Miembros que prevén deducciones salariales en caso de huelga y, sobre el pago de los salarios correspondientes, ha señalado que “como regla general las partes deberían determinar libremente el contenido de los temas objeto de negociación (OIT 1198)”³².

Es que el descuento de los días no trabajados no importa una sanción, sino una consecuencia del carácter sinalagmático de la relación de empleo público, que provoca la interdependencia de las obligaciones (prestación trabajo-abono de salario); y el ejercicio legítimo del derecho de huelga, impide que el empleado sea despedido por dicha causa, o privado de los derechos que derivan de la seguridad social, porque estos últimos importarían medidas sancionatorias como consecuencia del ejercicio de un derecho, pero no implica que deba abonársele los días en que no prestó servicios en igualdad de condiciones de quienes prestaron su fuerza laboral no adhiriéndose a la medida de fuerza, ejercitando también su derecho de trabajar, máxime teniendo en cuenta la calidad de empleados públicos de los recurrentes que les imponía adoptar medidas razonablemente proporcionales al derecho que ejercían a los fines de no resentir la prestación de los servicios públicos.

Dicho lo que antecede, corresponde analizar si ha existido injuria grave por parte de la empleadora, supuesto en el que, aun sin contraprestación corresponde el pago de salarios.

Para poder cobrarlos se requiere un plus: que la responsabilidad del empleador se funde en la ley que razonablemente la imponga, o en una convención, o que concorra una culpa de la empleadora.

Como venimos marcando, este Distinguido Tribunal se recuesta en la jurisprudencia de la Corte Nacional: “Así lo ha considerado una vieja jurisprudencia que conviene recordar. En un ya lejano precedente “Erico F. Buhler y Otros v. S.R.L. Talleres Galc y Cía.” la Corte Federal –integrada a la sazón por los Dres. Villegas Basavilvaso, Colombres, Imaz y Bidau– revocó un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que había condenado al pago de los días de huelga. El más alto Tribunal, en lo que constituye la almendra de la sentencia, sostuvo: “Pues en tanto la responsabilidad del empleador no se funde en la ley que razonablemente la imponga ni en su conducta culpable en la emergencia o en una convención, la prestación exigida carece de causa y vulnera los derechos que garantizan los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que no pueden desconocerse con base en lo prescripto en el art. 14 nuevo de la Constitución -confr. Fallos: 250:418 y jurisprudencia citada más arriba- ...”³³. Esa vieja doctrina

32 Conf. SUÍSSIS, Hernán, “Tutela sindical. Derecho de Huelga. Descuento de Salarios” LL, 2008-F, 207.

33 Fallos: 256: 307.

aparece sostenida también más recientemente por prestigiosos Superiores provinciales. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Mendoza, el 26/12/2000, en autos “Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación de Mendoza c. Dirección General de Escuelas”, a través del erudito voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, sostuvo que “... lo que motiva el pago del salario es la conducta culposa o dolosa de la patronal que provoca la huelga...”³⁴.

(vi) *Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15 de CABA*³⁵

Este fallo lo traemos en función que de una lectura rápida parecería ser una excepción a la regla de la CSJN al reconocerse la obligación del pago de los salarios de los días no trabajados, pero esto ocurre porque se descontó selectivamente a los sindicalistas que organizaron la huelga. Ello fue tachado de ilegal por significar una persecución gremial. Así, este Tribunal sostuvo que: “El procedimiento del GCBA para descontar los días de huelga sobre el total del Adicional Salarial va directamente en detrimento del derecho de huelga, porque configura un mecanismo abusivo, confiscatorio y disciplinante de la posibilidad de ejercer la huelga, pues cada parte del salario del trabajador es parte de su dignidad y de la forma de construir sus proyectos en una realidad que casi siempre les resulta adversa...” Cuando se trata del Estado en su rol de empleador, *al que le es indisociable su condición de garante de los derechos reconocidos* constitucionalmente y convencionalmente, la prudencia y la buena fe con la que debe ser interpretado el derecho de huelga resulta todavía de mayor exigencia para que este derecho no resulte menoscabado. Incluso en materia de empleo público la huelga puede ser vista como una forma colectiva de petitionar a las autoridades (cfr. art. 14, CN). *Esa conducta estatal resulta desproporcionada y constituye un abuso de derecho* (cfr. art. 11, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

(vii) *Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo (Juzgado del Trabajo N° 2)*³⁶

Este fallo, que sigue la posición de la CSJN, se adentra al estudio de la situación de falta de ley que regule la Constitución Nacional en torno al art. 14 *bis*, por los descuentos. Recuerda que: “Si el derecho de huelga puede resultar ejercido sin ley reglamentaria local, no es menos cierto que idéntica tesitura debe adoptarse respecto de la incontestable potestad puesta en práctica a través del impugnado Acuerdo... Dicho en otros términos, la omisión del legislador infraconstitucional no privó que

34 Consid. 6°, LL Gran Cuyo 2001, 611 -DT 2001-B, 2135.

35 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E) c. GCBA s/ Impugnación de actos administrativos” • 04/06/2020 Cita: TR LALEY AR/JUR/18140/2020

36 Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo, “Asociación Judicial de Entre Ríos c/ Estado de la provincia de Entre Ríos” -Sumarísimo (Amparo sindical) -Apelación de sentencia -Recurso de Inaplicabilidad de Ley”. Expte. 3856 -Capital, Sala I, Cámara Tercera de Apelaciones del Trabajo (Juzgado del Trabajo N° 2).

AJER convocara a la huelga en defensa de sus intereses profesionales pero, por vía del mismo argumento, *tampoco prohíbe al STJER el ejercicio de las atribuciones que le son propias...* La postura en contrario –tal como se desprende de la inteligencia del agravio puntual– conduce, llanamente, a postular que todo derecho constitucional no reglamentado tiene carácter absoluto e ilimitado y, ello, según expresiones de la CSJN, significaría tanto como consagrar una concepción antisocial³⁷.

6. CONCLUSIÓN

Cuando la Ley 27.742 introduce como art. 16 *bis* de la Ley 24.185 el descuento de los días de huelga, llamo la atención *lo aparentemente innecesario* por lo solido de la jurisprudencia dominante en el mismo sentido.

Sin embargo hemos encontrado que *la regla básica judicial* era que “en caso de haber ley que determinara su no pago, esta era de aplicación legal; y que en su ausencia se debía examinar la conducta del empleador”. Entonces, la Ley de Bases viene a consolidar la regla eliminando la excepción, situación que tendría que eliminar cualquier tipo de consideraciones adicionales.

Sabemos que si la huelga es legal, no da derecho a despido del trabajador, pero si al *no pago* de salario. Si es ilegal, tampoco da lugar al salario por el día no trabajado, pero si el derecho al empleador a intimar el reinicio de las tareas, bajo apercibimiento de extinción del vínculo laboral.

También aprendimos que paro tras paro, suelen darse convenios Estadogremios donde se “acuerda el pago de los días no trabajados”. Estas convenciones, luego aprobadas por autoridades administrativas ya no pueden darse, ya que las partes no pueden disponer la “*no aplicación de la ley que establece el no-pago de los días no trabajados*”. Entonces los futuros conflictos no pueden terminar *negociando el pago*, porque ya no depende del Estado. Sería un convenio nulo, porque uno de los elementos esenciales del acto, sería contrario a derecho, tornando en nulo absoluto el mismo.

Por ello es que decimos en el título, que no estamos ante una reforma revolucionaria (4.0) sino, apenas, en un avance más ideológico que conceptual (un modesto 0.5, si se quiere).

Consideraciones objetivas como las explicadas no importan una valoración moral, sino la descripción de dos derechos e intereses en pugna, y en este caso solo compete a la Justicia la valoración total analizando los intereses de la comunidad representada por el Estado, y los trabajadores y sus representantes.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Manuel, *La huelga y el cierre empresarial*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1979, p. 75.

BIDART CAMPOS, German, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Tomo I-B, pág. 521, Bs. As. 2001.

CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, t. II, Bibliográfica Omeba, año 1968, p. 359 y ss.

CIPOLLETTA, Graciela E. “Las incertidumbres de las consecuencias de la huelga sobre el salario”. Publicado LA LEY 23/02/2011, 11, LA LEY 2011-A, 525 Cita: TR LALEY AR/DOC/478/2011.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, “El derecho de huelga de los funcionarios públicos”, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1990, p.143/151; específicamente para los servicios esenciales, GARCÍA-PERROTE Escartín, El proyecto de ley orgánica de huelga de 1993. La huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1993, p. 97.

ENTRENA CUESTA, Rafael, Reseña de jurisprudencia, en *Revista de Administración Pública* N° 134, 1994, p. 352.

ETALA (h.), Juan José, “Descuento de haberes por huelga”, DT, 2010 (diciembre), 3333, La Ley.

GOERLICH PESET, José M., “Los efectos de la huelga”, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1994, p. 23 y ss.

LÓPEZ, Justo, “El Salario”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario Deveali, Ed. 1972, T II, págs. 545/546.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, pág. 89, Editorial Zavalía.

RAFFAGHELLI, Luis A., “Huelga y salarios caídos”, LLBA, 2008-585, La Ley.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del Trabajo y Seguridad Social* Editorial Astrea, t. 2, segunda edición, p. 199 y ss.

GUSTAVO J. THOMAS

Es Abogado y Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional de Rosario. Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas por la Universidad Austral. Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho Administrativo por concurso y Profesor invitado en el Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Rosario. Profesor Invitado en la Especialización Derecho Laboral, Universidad Católica Argentina. Profesor de la Tecnicatura en Derecho Procedimiento Administrativo Federal en la Universidad Austral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Mérito Jurídico, Mención de Honor 2008, 2010 y 2012, Colegio de Abogados de Rosario. Premio Mérito Jurídico 2013, Colegio de Abogados de Rosario. Autor de libros y publicaciones varias.

EL ESTADO Y LA REGULACIÓN

LEONARDO MARCO TOIA

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. El nuevo orden. 2. Las reformas estructurales. 2.1. La política de privatizaciones. 2.2. Ley de emergencia económica. 2.3. Ley de convertibilidad. 2.4. Desregulación económica. 2.5. Gestión por resultados y profesionalización de la carrera administrativa. 2.6. Debilidades (¿des?)Regulatorias. 3. La industria en los nuevos tiempos. 4. El devenir del sistema promocional. 4.1. La “suspensión” orgánica del sistema. 4.2. La promoción industrial y los beneficios otorgados. 4.3 La regla y las excepciones. 5. Reflexión.*

I. EL NUEVO ORDEN

Hacia el final del gobierno de Alfonsín, se habían tornado mayoritarias las corrientes de opinión a favor de un Estado limitado en sus funciones, caracterizado, además, por una política comercial abierta. Desde esta perspectiva, la experiencia del intervencionismo había concluido con déficit fiscal estructural, hiperinflación y estancamiento¹.

* El presente trabajo constituye una nueva publicación, con modificaciones menores de neto orden editorial y expresa autorización del autor, del Capítulo VI de Leonardo Marco TOIA, *Promoción industrial La proyección de su crisis histórica en la configuración de su situación jurídica*, Prólogo de ROSATTI, Horacio, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ábaco, pp. 165 a 195.

¹ Un dato describe el desempeño del modelo sustitutivo: el PBI *per cápita* argentino hacia 1900 equivalía al 63 % del norteamericano; a fines de la década de 1980 cayó al 30 % (GERCHUNOFF, Pablo y LLACH, Lucas, *El ciclo de la ilusión y el desencanto. Un siglo de políticas económicas argentinas*, Buenos Aires, Ariel, 1998, p. 423).

El mercado pasó a ser revalorizado frente al Estado. Este fenómeno se apoyaba en factores endógenos (crisis del modelo sustitutivo) y en el contexto mundial².

En la década de 1990 se produjo la expansión del comercio mundial³. El fenómeno de la *globalización*⁴ imponía regímenes financieros globales abiertos⁵, lo que fomentaba, al mismo tiempo, la integración regional y los mecanismos de coordinación a nivel global.

Estas corrientes se imponían con énfasis en los países en desarrollo. Por una parte, para atraer capitales extranjeros; y por otra, porque los organismos internacionales de crédito valoraban con particular entusiasmo el librecambio y condicionaban la ayuda externa a la implementación de políticas de apertura económica⁶.

El cambio estructural también era alentado por el Consenso de Washington⁷, cuyos puntos salientes consistían en alcanzar la estabilidad de las variables

2 Una visión crítica en THWAITES REY, Mabel y CASTILLO, José, “La paradójica euforia privatizadora. Apuntes sobre la reforma del Estado en la Argentina”, en *América Latina Hoy*, 2ª época, Nº 5, Madrid, Universidad Complutense, 1992. Para estos autores, el supuesto del que partía el “...esquema neoconservador latinoamericano era la imposibilidad de tornar gobernable el sistema (y por lo tanto promover el siempre postergado desarrollo) con la sobrecarga de demandas sobre el Estado [...]. La ‘lectura’ latinoamericana tenía [...] elementos [además de los que habían aportado los gobiernos de Reagan y Thatcher] para explicar los problemas de la valorización internacional de nuestro capital industrial: ello se debía al proteccionismo excesivo, que evitaba la competencia de productos externos y hacía que los empresarios ‘cedieran’ fácilmente aumentos salariales, que después trasladaban a precios [...]. Esto explicaba la alianza ‘perversa’ que había dado lugar al modelo redistributivo del populismo, culpable de la crisis fiscal y, en clave monetarista, del proceso de inflación repicante”.

3 La tasa de exportaciones mundial aumentó del 4 % anual en el período 1973-1989 a casi el 6% entre 1989 y 1996, y los países en vías de desarrollo incrementaron su participación, entre 1985 y 1995, del 23% al 29%. Asimismo, la inversión extranjera directa aumentó seis veces su valor respecto de 1983-1989 (GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 437).

4 Sobre las asimetrías y las desigualdades estructurales entre los Estados desarrollados y en vías de desarrollo que el proceso de *globalización* no contempló en su magnitud, ver STIGLITZ, Joseph, *El malestar en la globalización*, México, Taurus, 2002; ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho constitucional*, T. II, Cap. V.

5 Cfr. THWAITES REY y CASTILLO, ya cit. Para ellos, la reforma del Estado –que en esta perspectiva comprende no sólo la política de *privatizaciones* sino el ajuste y reorganización de las administraciones públicas, las reestructuraciones de la relación *capital-trabajo* y el sistema tributario– no se puede comprender si no se atiende al contexto internacional, que entrecruzaba “...perversamente fenómenos como la reconversión tecnológica con la lógica del ajuste producto de la deuda externa...”. En estos términos, agregan que “...las leyes de acumulación se expresan en un plano mundial y llegan a los Estados-nación mediatizadas por el comercio internacional...”.

6 *Ibidem*, pp. 437 y 438.

7 CAVALLO, Domingo, “América Latina y el ‘Consenso de Washington’”, disponible en <http://www.cavallo.com.ar/wp-content/uploads/2011/08/Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Consenso-de-Washington.pdf>; MARTÍNEZ RANGEL, Rubí y SOTO REYES GARMENDIA, Ernesto, “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, *Revista de Política*

macroeconómicas, la desregulación (que incluía la liberalización de los mercados domésticos y el fomento de la inversión extranjera) y la política de privatizaciones. La reforma del Estado, de igual modo, exigía un trabajo quirúrgico sobre el aparato *burocrático-administrativo*, propiciando la reducción de organismos y de personal (y formas de contratación flexibles), junto con un nuevo modelo de gestión que, dejando atrás el weberiano, se encaminara hacia uno centrado en la eficiencia, eficacia y economicidad en la obtención de resultados⁸.

Por cierto que para llevar adelante estas transformaciones, que modificaban sustancialmente el papel del sector público, se requería contar con el suficiente respaldo político. Y ese consenso, precisamente, estaba dado por diversas razones, a saber: *a*) el descrédito en el que estaban inmersas las Fuerzas Armadas, que llevó a desarticular su papel de actores políticos de la vida institucional; *b*) la gestión de la Unión Cívica Radical –interrumpida en el medio del caos económico y social– posibilitó que el presidente electo, Carlos Menem, contara con el respaldo de diversos sectores de poder, entre ellos, el político –principalmente, el Partido Justicialista–, el sindical y el económico⁹; y *c*) las reformas contaban con el beneplácito de la comunidad internacional (del mundo occidental, claro está).

2. LAS REFORMAS ESTRUCTURALES

De acuerdo con el Consenso de Washington, el programa de gobierno inaugurado en la década de 1990 llevó a cabo reformas estructurales dirigidas al repliegue del Estado de la vida económica, a través de un conjunto de políticas que comprendían la estabilidad económica, privatizaciones, la reestructuración de la matriz productiva en búsqueda de eficiencia y competitividad internacional (apertura económica y desregulación) y la integración regional¹⁰.

y *Cultura*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, 2012 (37), disponible en <https://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>.

8 Amplíese en Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), “Una nueva gestión para América Latina”, 1998, disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Una-Nueva-Gestion-Publica-para-America-Latina.pdf>; RODRÍGUEZ, Héctor, “La Administración Pública y las nuevas formas de gestión: El contrato de gestión, un caso práctico”, México, UNAM, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/oper-prima-derecho-admin/article/view/1386/1288>.

9 Para la cartera económica, fueron convocados economistas del grupo empresario Bunge y Born (GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 440). En igual sentido, FERRER, Aldo, *La economía argentina, desde sus orígenes hasta el siglo XXI*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 405.

10 Recuerda Juan LLACH que la reforma del Estado se complementaba con otros instrumentos, como el Plan Bonex, el Decreto 435/90 –de freno temporal al gasto público–, “...la ley penal tributaria, la generalización del IVA y la creación del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa...” (*Otro siglo, otra Argentina. Una estrategia para el desarrollo económico y social nacida de la convertibilidad y su historia*, Buenos Aires, Ariel, 1997, p. 145).

Se debe anotar, asimismo, otra reforma de trascendencia. Para 1992, el Gobierno Nacional transfirió a las provincias los servicios de salud y educación sin la correspondiente contrapartida de

Este ciclo, que importaba dejar atrás el modelo *autarquizante*, se apoyó, principalmente, en las siguientes normas: la Ley 23.696 de Reforma del Estado; la Ley 23.697 de Emergencia Económica; la Ley 23.928 de Convertibilidad; el Decreto 2.284/91 de Desregulación; el Tratado de Asunción (aprobado por la Ley 23.981) y el fomento de la inversión extranjera mediante la suscripción de diversos tratados internacionales.

Pasamos, entonces, a revisar dichas medidas y algunas de sus cuentas pendientes.

2.1. *La política de privatizaciones*¹¹

La ingeniería jurídica desarrollada a partir de la Ley 23.696 fue una de las vigas maestras para definir el nuevo papel del Estado¹², a punto tal que la Corte Suprema¹³ la ha considerado como una parte esencial para enfrentar la crisis estructural del sector público por intermedio, entre otras medidas, de las privatizaciones.

El programa de privatizaciones implicó mucho más que atender el déficit estructural que generaban las empresas públicas. En efecto, según el análisis de la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales¹⁴, aquel programa era una decisión estratégica del gobierno de retirarse de la actividad económica directa.

recursos. Si bien esto alivió las cuentas nacionales, diezmó las finanzas provinciales, y con ello vieron sensiblemente disminuida su autonomía política, a punto tal de desdibujar uno de los principios arquitectónicos de nuestro texto constitucional: el federalismo.

11 Lo que comúnmente se engloba dentro del genérico concepto de privatización describe, en realidad, un conjunto diverso de instituciones y técnicas jurídicas. En primer lugar, ciertas empresas y sociedades públicas, con fines industriales o comerciales, que para el Estado subsidiario se consideraban, por regla, ajenas a los cometidos de éste, se transferían, por los procedimientos definidos en la ley, al sector privado y quedaban comprendidas en las regulaciones jurídicas generales o particulares del sector. La gestión de otras actividades, que incluso para el principio de subsidiariedad eran consideradas cometidos públicos, se derivaba al sector privado por medio de técnicas jurídicas de derecho público, como el contrato de concesión (de obra o servicio) público o a través de la licencia. En estos casos, la injerencia del Estado era mayor, en atención al interés público comprometido y, de acuerdo con ello, la actividad debía quedar sujeta a un estricto control y regulación por entes reguladores (art. 42, CN). Otro ejemplo de atribuir cometidos públicos al sector privado se encuentra en el art. 60 de la Ley 23.696. Amplíese en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, T. 3, cap. XXIX, p. 485 y ss.

12 Para BARRA, la Ley de Reforma del Estado hizo mucho más que "...diseñar un acabado régimen para las privatizaciones de empresas [...]. Se trató de sentar las bases para una profunda reforma de la Administración Pública, en su papel social, su funcionamiento, su racionalización, sin descuidar cuestiones coyunturales como las relativas a la renegociación de los contratos administrativos y de la deuda pública interna no financiera..." (ya cit., p. 493).

13 CSJN, Fallos: 316:2624.

14 ONGARO, Marina; CENA, Mariano y CARLUCCIO, Juan Francisco, "El proceso de privatizaciones en la Argentina desde una perspectiva del balance de pagos", Buenos Aires, Dirección

En ese estudio expresamente se señala que las políticas adoptadas en nuestro país se apoyaban en las iniciadas a fines de los 70 en el Reino Unido, a través de un extenso programa de privatizaciones para reducir la intervención y ampliar la participación del sector privado. El ejemplo en América Latina era el programa de privatizaciones llevado adelante, a partir de 1974, por la República de Chile durante el gobierno militar.

Dicha experiencia se generalizaría en el continente a fines de los ochenta y comienzos de los noventa. Estas políticas perseguían objetivos de largo plazo, como la redefinición de la relación entre el sector público y el privado, y también de corto plazo: aliviar el déficit presupuestario que derivaba en presiones inflacionarias por la emisión monetaria o el endeudamiento externo (agotado como instrumento)¹⁵.

El proceso de privatización –o más bien el traslado de la iniciativa económica al sector privado– constituyó uno de los lineamientos principales de la nueva política económica, cuyo primer objetivo residía en lograr la estabilización de precios, paso primordial para lograr la confianza de los inversores y el ingreso de capitales para el crecimiento de la economía¹⁶. En este escenario, se consideraba que con la venta de activos estatales o la transferencia de su gestión (por su concesión o licencia) se incrementarían los recursos del Tesoro Nacional por los ingresos derivados de la enajenación de activos y por el cobro de cánones e impuestos¹⁷; además, se fortalecería la inversión en dichas actividades y el avance tecnológico¹⁸.

Nacional de Cuentas Internacionales, Subsecretaría de Programación Macroeconómica, Secretaría de Programación Económica y Regional, del Ministerio de Economía, 2001.

15 Amplíese en ONGARO, CENA y CARLUCCIO, ya cit. Para Juan LLACH, los objetivos de las privatizaciones eran aumentar la calidad y cantidad de los servicios públicos, eliminar fuentes de corrupción sistémicas y la principal causa del déficit público (ya cit., p. 183).

16 Amplíese en ONGARO, CENA y CARLUCCIO, ya cit.

17 Las empresas públicas deficitarias se convertirían en contribuyentes.

18 GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 447. Como aspectos principales del proceso, corresponde tener en cuenta que, según el análisis de ONGARO *et al.* arriba citado, las privatizaciones, en una primera etapa, aliviaron la situación financiera del gobierno porque sirvieron como fuente de financiamiento cuando el acceso al crédito era escaso. También al aceptarse papeles de deuda pública como forma de pago (se calcula que en todo el período el 20% fue con títulos y en efectivo el 77%) se mejoraron las cuentas externas, se generó confianza en los inversores y se logró refinanciar la deuda externa con el Plan Brady en 1992. En los noventa los ingresos fiscales (nacionales y provinciales) en concepto de privatizaciones ascendieron a 23.849 millones de dólares (correspondiendo el 81% a la Nación y el resto a los gobiernos provinciales). Las privatizaciones llevadas a cabo durante aquella década estuvieron caracterizadas por su apertura al capital extranjero, a punto tal que el 67% de los fondos totales que ingresaron en el período 1990-1999 fue extranjero. El gobierno nacional se desprendió de casi la totalidad de las empresas en que tenía participación, abarcando una gran cantidad de sectores de la actividad económica. Las áreas que han concentrado casi la totalidad de los ingresos originados en las ventas de esas empresas fueron: petróleo (39%), seguido por energía eléctrica (25%), comunicaciones (13%) y gas (12%).

Cabe señalar que al hacer eclosión la crisis, en 2002, la deuda externa privada habría sido de US\$ 50.000 millones. Según Mabel THWAITES REY y Andrea LÓPEZ, cerca del 50% correspondía a

2.2. *Ley de Emergencia Económica*

En sintonía con la política de privatizaciones y reordenamiento administrativo estatuido por la Ley de Reforma del Estado se sancionó la Ley 23.697, que, en una aproximación superficial, se podría confundir con un programa para atender cuestiones coyunturales, pero que en su sentido sustancial integraba otro de los capítulos principales de la reforma del sector público.

En esta norma, se tomaron medidas que, para Gerchunoff y Llach¹⁹, fueron un golpe al *capitalismo asistido* propio del modelo sustitutivo. Por su intermedio, el legislador suspendió temporalmente los regímenes de promoción industrial²⁰ de las exportaciones, así como los *compre nacional* (art. 23)²¹. A su vez, se reestructuraron los esquemas salariales en el sector público y se autorizó la desvinculación de empleados públicos (arts. 42 a 47).

Bajo la premisa de la apertura económica, se modificó la Ley 21.382 de Inversiones Extranjeras en todas aquellas disposiciones “... por las que se requiere aprobación previa del Poder Ejecutivo Nacional o de la Autoridad de Aplicación para las inversiones de capitales extranjeros en el país” (art. 15).

2.3. *Ley de Convertibilidad*

La estabilización de las variables macroeconómicas era clave para el desarrollo²². La Ley 23.928 estableció un tipo de cambio fijo entre el peso y el dólar estadounidense. El Banco Central contaba con la atribución de comprar divisas a precio de mercado, que podían ser invertidas y debían garantizar la totalidad de la base monetaria. Por otra parte, se eliminaron las restricciones para pactar obligaciones en moneda extranjera y se suprimieron los mecanismos de indexación.

empresas privatizadas en los noventa. Estas autoras sostienen que esas empresas generaron el 38% de las utilidades y dividendos totales que, al remitirse al exterior, contribuyeron a elevar el déficit de la cuenta corriente (*Fuera de control: La regulación residual de los servicios privatizados*, Buenos Aires, Temas, 2003, p. 57).

19 GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 440.

20 Aunque luego veremos que esa inicial suspensión temporal luego devino en definitiva (con algunas excepciones).

21 Tras la caótica situación planteada en la crisis de la convertibilidad, se volvieron a ensayar, para incentivar el mercado interno, algunas políticas en tal sentido como la Ley 25.551 Ley de Compre Trabajo Argentino (modificada por la Ley 27.437).

22 Véase LLACH, Juan, *Otro siglo...*, ya cit., cap. VI, p. 130. La estabilidad, traducida en el nominalismo, era central para que los actores económicos pudieran tomar sus decisiones sin temor a equivocarse y, de ahí, para que se concretaran las inversiones como parte del programa de desarrollo. Amplíese en RAPOPORT, Mario, “El Plan de Convertibilidad y la economía argentina”, en *Historia Económica política y social de la Argentina, 1880-2000*, Buenos Aires, Macchi, 2000.

El plan de convertibilidad alcanzó sus objetivos estabilizadores²³; también mantuvo un tipo de cambio apreciado que, con el tiempo, dificultó la competitividad de la economía nacional.

El plan de estabilización, al basarse en la estricta disciplina fiscal, vedaba la emisión como variable para el financiamiento. Por ello, requería un manejo cuidadoso del gasto público y un eficaz sistema de percepción de la renta pública.

Con respecto al gasto público, algunas medidas fueron regresivas²⁴ y se agudizaron con la primera crisis externa que afectó al programa económico, conocida como el *efecto tequila*²⁵. Según Juan Llach, el “peso muerto” del Estado, en inversiones y subsidios, se redujo entre 1989 y 1996 al 3,4% del PBI²⁶. Sin embargo, el gasto público aumentó entre 1991 y 1996 un 51,1%²⁷; ese incremento se originó en la carga del sistema de la seguridad social y por la coparticipación federal, en tanto se establecía que la mayor recaudación derivaba automáticamente en un incremento del gasto²⁸. Con la *crisis mexicana* se intentó adoptar medidas integrales de contención del gasto público²⁹. No obstante ello, en materia social el gasto se habría incrementado³⁰; el problema, por tanto, no se ubicaría en la magnitud del gasto sino en su eficiencia.

23 Según los datos de GERCHUNOFF y LLACH los índices de precios al consumidor fueron: 1989, 4924%; 1990, 1344%; 1991, 84%; 1992, 17,5%; 1993, 7,4%; 1994, 3,9%; 1995, 1,6%; 1996, 0,1%; 1997, 0,3% (ya cit., p. 442). RAPOPORT (ya cit.) agrega que la inflación minorista de 1998 fue del 0,7% y de -1,8% en 1999.

24 Se puede mencionar, entre otras, la Ley 24.463 de Solidaridad Previsional; el descuento de haberes de empleados públicos (cuya validez fue sostenida por la Corte en Fallos: 323:1566), luego invalidado por el cambio de circunstancias en Fallos: 325:2059.

25 La crisis mexicana importó que la Bolsa de Comercio cayera para 1995 más del 50%. Asimismo, hubo *fuga de capitales*, lo que llevó a que el BCRA perdiese una cuarta parte de sus reservas y que el indicador conocido como *riesgo país* aumentase del 8% al 55%. En ese estado de cosas, se adoptaron medidas de austeridad fiscal y se suscribió un acuerdo con el FMI que llevó sosiego al mercado. Sin embargo, para 1995 hubo una retracción del producto del 4,5% y el desempleo llegó al 18,6% (GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 455).

26 LLACH, Juan, ya cit., pp. 149 y 150, quien también apunta que disminuyeron las compras corrientes de bienes y servicios de un 7,1% del PBI (promedio de la década de 1980) a un 1,4% (1995). Se redujo, además, la carga de intereses de la deuda para esa época en 2,6% del PBI (ya cit., pp. 150 y 151).

27 *Ibidem*, p. 151.

28 Señala Juan LLACH que para 1992 se había intentado adoptar políticas integrales de contención del gasto; las dos principales –dice– fueron la eliminación o reducción de impuestos por unos \$ 11.000 millones, y la suscripción del primer pacto fiscal con las provincias, que permitió asignar a la seguridad social el 15% de la masa de impuestos coparticipables (*ibidem*, p. 152).

29 Que también se intentarían en la fase terminal de la convertibilidad durante el gobierno de la Alianza, con la Ley 25.453 de Déficit Cero.

30 Según las estimaciones de Juan LLACH (ya cit., p. 154) el gasto social (integrado por previsión social, salud, educación y cultura, urbanismo y vivienda, trabajo, promoción y asistencia social,

El rediseño del papel del Estado exigía, en paralelo, una política estricta en la percepción de la renta pública, pues la estabilidad macroeconómica se hallaba subordinada al financiamiento *genuino* (no inflacionario) del gasto público. Al respecto, nuestro país se enfrentaba a una débil cultura tributaria, en la que proliferaban prácticas de evasión y elusión fiscal. Los regímenes promocionales eran incluso entendidos como *mecanismos institucionalizados de evasión*³¹. Al ser ello así, en este campo, la reforma apuntó a reducir los impuestos distorsivos, atacar el *impuesto inflacionario*³² y eliminar el déficit estructural. Para 1995, la recaudación de impuestos nacionales había aumentado del 3% al 4,5% del PBI, pero luego, por el fracaso de la Ley Penal Tributaria³³ y las conductas de los grupos económicos organizados, la evasión impositiva se habría incrementado³⁴.

Con la crisis mexicana, la recesión económica y el incremento del gasto público se comenzó a gestar un ciclo de déficit fiscal³⁵.

2.4. Desregulación económica

El papel subsidiario del Estado en esta época se apoyó, además, en la desregulación del comercio exterior –vía apertura económica³⁶– e interior. Tales políticas eran parte vital del programa de gobierno que presuponía una economía competitiva en un mercado *globalizado*.

ciencia y técnica, agua potable y saneamiento) habría observado el siguiente incremento: 1980-1983 = 44,8%; 1984-1988 = 49,5%; 1989-1990 = 4 %; 1991-1995 = 63,2%, y 1996 = 67,9% (PBI).

31 *Ibidem*, p. 157; GENOUD, José, *Nuevo régimen de promoción industrial para la República Argentina*, Honorable Senado de la Nación, Buenos Aires, 1989, pp. 12 a 14. Sobre el sistema impositivo argentino en general, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *El sistema impositivo argentino*, Buenos Aires, Manantial, 1991, en especial p. 300 y ss.

32 Una de las cuestiones centrales en términos de justicia distributiva del sistema impositivo es su carácter regresivo, habida cuenta de que una de las principales matrices del sistema recaudatorio es el Impuesto al Valor Agregado. Para Juan LLACH, sin embargo, la eliminación del *impuesto inflacionario* permite sostener que el sistema era menos regresivo que el existente con anterioridad (LLACH, ya cit., pp. 162 y 163).

33 La norma primigeniamente vigente fue la Ley 23.771, modificada en 1997 por la Ley 24.769, luego por la Ley 26.735 y hace poco tiempo por la Ley 27.430.

34 LLACH, Juan, ya cit., pp. 157 a 163. En 1997 se dictó el Decreto 617, que crea la Administración Federal de Ingresos Públicos como ente autárquico que reúne en sí las atribuciones impositivas vinculadas tanto al comercio exterior (DGA) como interior (DGI).

35 *Ibidem*, pp. 178 a 180.

36 El comercio exterior, entre 1990 y 1996, se habría expandido en un 50% a precios constantes (*ibidem*, p. 196). Las importaciones también se incrementaron por tres razones, una por la apertura económica (la eliminación de restricciones cuantitativas), la segunda porque las importaciones habían estado deprimidas, y la tercera por el crecimiento de la inversión (*ibidem*, p. 202).

Por intermedio del Decreto 2.284/1991 se impulsó un cambio profundo en la estructura económica³⁷.

Entre sus fundamentos, esta norma expresó que "... la crisis económica de los años 30, dio lugar al establecimiento de un sinnúmero de restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales de comerciar, trabajar y ejercer industria lícita" y que esas regulaciones "... hicieron necesaria una organización administrativa específica, juntas, entes reguladores y organismos descentralizados por doquier".

Sin embargo, el modelo de Estado empresario resultaba incompatible con el programa económico iniciado. En tal sentido, esa norma entendió que "...los logros obtenidos en el campo económico [se debían consolidar] mediante la eliminación de la mayor cantidad de restricciones [que existían para ese entonces]". Además se señaló que "...los principios de convertibilidad monetaria, sancionados por la Ley 23.928, requieren el funcionamiento de mercados fluidos y transparentes donde los precios se formen como consecuencia de la interacción espontánea de la oferta y de la demanda, sin intervenciones distorsionantes y generalmente contrarias al interés de los consumidores".

En fin, según los fundamentos que inspiraron a dicha norma, "[las] intervenciones injustificadas en los mercados, tanto interno como externo, no permiten el

37 *Ibidem*, pp. 210 y 211. LLACH reseña, entre otros instrumentos de la desregulación: la Comunicación A 1822/91 (que había derogado la obligatoriedad de ingresar y negociar las divisas por exportaciones); el Decreto 150/92 (sector de los medicamentos); el Decreto 171/92 (sector de los seguros), el Decreto 525/92 (sector cemento); el Decreto 815/92 (inversiones mineras; luego se dictó la Ley 24.196 de Promoción Minera); el Decreto 1.493/92 (sector pesquero); el Decreto 1.494/92 (transporte y carga terrestre, luego abrogado por la Ley 24.653); el Decreto 958/92 (transporte de pasajeros de media y larga distancia); el Decreto 817/92 (actividades portuarias); el Decreto 2.293/92 (actividades profesionales, art. 12, Decreto 2.284/91); la Ley 24.432 (honorarios profesionales; art. 11 del Decreto 2.284/91); el Decreto 1.187/1993 (correos) y las Leyes 24.065 y 24.076 (marcos regulatorios de la electricidad y del gas).

Según este autor, para ese entonces subsistían aún sectores con fuertes o confusas regulaciones. Entre ellos: salud; correo (que no contaba con un marco regulatorio claro; luego, en 2003, a través del Decreto 1.075 sería rescindido el contrato de concesión); telecomunicaciones (en el año 2000 se dicta el Decreto 764 que, en lo sustancial, pretendió desregular en ciertos aspectos uno de los servicios con mayor dinamismo y avance tecnológico); medicamentos (problemas por las patentes); industria automotriz y sectores con derechos específicos; mercado del trabajo (según LLACH, se encontraba parcialmente desregulado con las Leyes de PyME y Fomento al Empleo). La apreciación de la moneda restaba competitividad y las altas tasas de desempleo han sido un problema central que afectó a estas políticas, con la consiguiente exclusión social, recesión y depresión del mercado interno. La necesidad de competitividad y la imposibilidad de afectar la paridad entre el dólar y el peso, que además vinculaba diversos precios de la economía, encontraba como respuesta las medidas de flexibilización laboral que fueron, asimismo, características en el gobierno de la Alianza con la sanción de la Ley 25.250. Véase también GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2015, T. 11, secc. V, cap. IX; CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

afianzamiento de la estabilidad, perpetuando la existencia de precios de bienes o servicios notoriamente superiores a los que resultarían del mercado libre y competitivo”.

Y su finalidad fue establecer “... normas de carácter general que amparen el ejercicio de los principios básicos de la libertad de comercio, como son el libre acceso a los mercados por parte de productores y consumidores, de fluida y libre circulación de información útil para los mismos y la ausencia de intervenciones distorsionantes, no fundadas en el resguardo del interés general”.

Sobre tales bases, en punto al comercio interior (Capítulo I), en lo central, se dejaron sin efecto las restricciones a la oferta de bienes y servicios y “... todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y de la demanda...”³⁸, salvo las atinentes a defensa nacional, seguridad interior y la provisión de servicios públicos (art. 1°). También se suspendió la Ley 20.680 de Abastecimiento³⁹, “...que solamente

38 En especial, la norma se encarga de: *a*) liberar y desregular el transporte automotor de cargas por carretera, como así también la carga y descarga de mercaderías y la contratación entre los transportistas y los dadores de carga en todo el territorio nacional (art. 5°); *b*) dejar sin efecto las restricciones al comercio mayorista de productos alimenticios perecederos de modo de propender al libre juego de la oferta y demanda (art. 7°); *c*) derogar las declaraciones de orden público en materia de aranceles o escalas que fijen honorarios profesionales, en cualquier actividad, excepto la legislación laboral o comprendida en convenio colectivos de trabajo (arts. 8°, 9° y 11); *d*) establecer que la retribución de los peritos designados de oficio para intervenir en un proceso judicial o arbitral de cualquier naturaleza queda sujeta exclusivamente a los honorarios regulados en dicho procedimiento (art. 10); *e*) desregular para ser propietario de farmacias, en el expendio de ciertas especialidades medicinales y en la importación de medicamentos (arts. 13, 14, 15 y 16); *f*) suprimir restricciones a la prestación de servicios de carga y descarga y toda otra tarea en los puertos (art. 17); y *g*) eliminar “...toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador” (art. 18).

Según ROUGIER y SCHORR, el impacto de la desregulación sobre los mercados vinculados a la industrialización de bienes primarios, derivó en su creciente imperfección o en acentuar la posición de las empresas agroindustriales; ello por la posición oligopsónica de éstas con relación a los productores de sus insumos básicos, atomizados y con escaso poder de mercado (ROUGIER, Marcelo y SCHORR, Martín, *La industria en los cuatro peronismos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2012, p. 59 y ss.).

39 Sobre la Ley de Abastecimiento y el nuevo programa económico resulta ilustrativa la disidencia de Rodolfo Barra en CSJN, Fallos: 316:3077. Allí, el entonces juez del Alto Tribunal expresó que “[l]a ley 20.680 –promulgada con el propósito primordial de proteger el abastecimiento y luchar contra el agio y la especulación [...]– puso en marcha un conjunto de políticas que ‘no resultan ya compatibles con el afianzamiento de la libertad económica y la desregulación’, originadas a partir del dictado de las leyes 23696, 23697 y 23928, motivo por el cual las autoridades nacionales se autolimitaron en su ejercicio, suspendiendo su aplicación...”.

Tras la crisis del programa económico de los noventa, para septiembre de 2014, se sancionó la Ley 26.991, que reestablece ciertos lineamientos de la Ley de Abastecimiento. A nivel político, esa norma precedió a la aplicación de la Ley 20.680 y a discusiones sobre su vigencia. Tal acción

podrá ser reestablecida [...] previa declaración de emergencia de abastecimiento por el [Honorable Congreso de la Nación]...”.

En su Capítulo II, la norma se encargó de la desregulación del comercio exterior. Principalmente, suprimió “...todas las restricciones, los cupos y otras limitaciones cuantitativas a las importaciones y a las exportaciones para mercaderías, de acuerdo a lo que disponga la autoridad de aplicación” (art. 19)⁴⁰. A la suspensión del “compre nacional”, que se había establecido en el art. 23 de la Ley 23.697, esta norma añadió la derogación de las preferencias adicionales que se habían previsto en los arts. 3º y 11 del Decreto 1.224/1989, que “...solo subsistían a igualdad de precios entre los productos de origen nacional respecto a los importados o a igualdad de ofertas de obras o servicios entre empresas de capital nacional o extranjeras” (art. 21).

En su momento expresamos que el Estado interventor descansaba en una frondosa y compleja organización administrativa (con juntas reguladoras, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc.). Por el contrario, el Estado regulador (más allá de su funcionamiento empírico), al confiar la iniciativa económica y prestacional en el sector privado –reservando para el sector público un papel subsidiario–, trajo consigo la simplificación de la estructura organizacional de la Administración y de los procedimientos administrativos para dotarla de mayor dinamismo y eficacia⁴¹.

A través del Decreto aludido, pues, se eliminaron diversos entes y organismos administrativos propios de la intervención económica⁴² y quedaron relegadas a un plano marginal las organizaciones societarias y empresarias del Estado por la política privatizadora. Esta significativa reforma, sin embargo, exigía para preservar el papel regulador del Estado (y las variables de eficacia y equidad) el funcionamiento efectivo de mecanismos de control y regulación del mercado, como los de defensa de la competencia y defensa de usuarios y consumidores,

gubernamental, más allá de su mérito, en su momento, pareció dirigirse al control en la conformación de precios en el mercado interno frente al problema inflacionario.

40 También la norma eliminaba, bajo ciertas pautas, las intervenciones, autorizaciones o cualquier acto administrativo previo a las operaciones de exportación y a las importaciones (arts. 20 y 25). La norma se encargaba además de dejar sin efecto toda restricción a las importaciones por origen y procedencia de las mercaderías, y simplificaba, entre otras cosas, la inscripción en el registro de importadores y exportadores (arts. 26 a 29).

41 En este sentido, ver las reformas introducidas al Procedimiento Administrativo mediante los Decretos 1.883/91 y 722/96.

42 En el art. 34 se dispuso disolver “todas las unidades administrativas, de rango inferior a Dirección Nacional, General o equivalente, responsables del cumplimiento de las intervenciones y controles suprimidos por el presente. El personal de las mencionadas unidades deberá ser reasignado a otras funciones dentro de las jurisdicciones respectivas”. Entre los organismos que se disolvieron, tal vez, los más significativos para marcar el cambio de época sean las Juntas Reguladoras (art. 36, Anexo I) y las Comisiones Reguladoras (art. 45, Anexo II).

los *antidumping* y, en el caso de los servicios públicos, de entes reguladores imparciales e independientes.

2.5. *Gestión por resultados y profesionalización de la carrera administrativa*

Entre las reformas al sector público orientadas a restablecer el equilibrio fiscal y la balanza de pagos, se proponía la reducción del *aparato* del Estado. Estas reformas, además, iban acompañadas de una redefinición cualitativa de la gestión pública, en la que el modelo burocrático racional (weberiano) era completado por otro cuyo eje era la eficacia y la responsabilidad por la obtención de resultados (modelo gerencial).

Ahora bien, a diferencia de las naciones desarrolladas, se sostenía que las naciones latinoamericanas no contaban con una burocracia altamente profesionalizada (presupuesto para avanzar hacia la reforma gerencial), al tiempo que el empleo público, en estas latitudes, se había utilizado en términos clientelares, con comportamientos de tipo corporativo⁴³.

En este marco conceptual, la reforma del Estado vino acompañada por un conjunto de normas que se concentraron en *flexibilizar* las relaciones de empleo en el sector público (Ley 25.164, art. 9º y cctes.), la profesionalización y la carrera administrativa (creación del SINAPA por el Decreto 993/91, luego transformado en el SINEP por el Decreto 2.098/2008) y un sistema de administración financiera enfocado en los resultados de la gestión (Ley 24.156).

2.6. *Debilidades (¿des?) regulatorias*

Los desafíos que planteaba el Estado subsidiario en la definición de un sistema institucional con reglas claras de juego, el control del mercado para afianzar la competencia y la estricta regulación de los monopolios legales y naturales (especialmente en el sector de los servicios públicos) parecen haber sido asignaturas pendientes⁴⁴. Repasemos algunos puntos críticos:

a) La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia⁴⁵ (sancionada en 1999) establecía un tribunal administrativo, cuyo rasgo saliente era la independencia

43 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), *Una nueva gestión...*, ya cit. RODRÍGUEZ, Héctor, "La Administración Pública y las nuevas formas de gestión...", ya cit.

44 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Teoría y práctica de la regulación para la competencia", *RDA*, 1995-7, p. 223.

45 Esta norma, en un breve interregno de tiempo, fue modificada primero por la Ley 26.993 y actualmente por la Ley 27.442.

Para un estudio en profundidad de las disfuncionalidades del régimen de Defensa de la Competencia al amparo de la Ley 25.156, ver OCDE-BID, "Derecho y política de la competencia en América Latina. Exámenes interpartes en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú", disponible en <https://web-archiv.e.oecd.org/2012-06-15/129209-40282837.pdf>. Allí, en apretada síntesis, se

de la Administración central, que nunca se constituyó. De este modo, a tenor de lo estipulado en su art. 58, se continuó aplicando, por su vigencia ultraactiva, el esquema de la Ley 22.262, cuyas autoridades se encontraban imbricadas en la Administración central (Secretaría de Comercio y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); es decir, respondían a una filosofía diversa a la que inspiraba a la Ley 25.156 y al papel del Estado en la regulación y control de los mercados (art. 42, CN).

b) Tampoco los entes reguladores funcionaron como instancias autónomas de regulación y control de los servicios públicos concesionados. En este aspecto, Barra cita un informe de la *General Accounting Office* del gobierno de los Estados Unidos, en el que se cuestiona, entre otras cosas, la ausencia de una estructura regulatoria en muchas de las actividades privatizadas⁴⁶.

c) La reforma del Estado tampoco alcanzó sus metas. La *flexibilización* de las formas de contratación del personal del sector público derivó en la lesión a la estabilidad del empleado público (art. 14 *bis*, CN) y en el fraude a la normativa laboral por el propio Estado⁴⁷. La profesionalización de los funcionarios y agentes públicos, aspecto esencial para los desafíos que se abrían en orden a reformular la gestión pública hacia el establecimiento de objetivos concretos y la rendición de cuentas sobre los resultados obtenidos, permaneció ausente⁴⁸.

d) Finalmente, otras posturas⁴⁹ son aún más críticas con relación a la *debilidad regulatoria* con la que operaron en nuestro medio estas políticas públicas.

expusieron las siguientes conclusiones y recomendaciones: a) crear el Tribunal de Defensa de la Competencia y liberarlo de influencias políticas. Para fortalecer la independencia del ente, también se expresó que se debía cumplir con el procedimiento para la designación de sus miembros; b) aumentar el presupuesto del organismo de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, y conceder autarquía para que cuente con atribuciones sobre cómo emplear el presupuesto; c) fortalecer el despliegue de la actividad anticartel; d) aumentar la eficiencia en las investigaciones de conductas anticompetitivas; f) aumentar la eficiencia en el control de las fusiones, g) construir una cultura de la libre competencia en Argentina; h) ampliar la actividad de la autoridad de defensa de la competencia en los sectores regulados, entre otros.

46 BARRA, entre otras cuestiones, apunta a la carencia de una adecuada experiencia sobre el funcionamiento de los entes reguladores. Desde su punto de vista, aun con sus falencias, la experiencia fue positiva (*Tratado...*, T.3, p. 499, nota 18).

47 CSJN, Fallos: 333:311, 330:1989, entre otros.

48 El problema en el empleo público no es novedoso en nuestro medio. Rafael BIELSA realizó un profundo estudio en los años veinte: *El cacique en la función pública. Patología política criolla*, Buenos Aires, Lajouane & Cía., 1928. Ver Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Una nueva gestión...*, ya cit.

49 THWAITES REY, Mabel y LÓPEZ, Andrea, ya cit. Con una postura ecléctica, GERCHUNOFF y LLACH expresan que las privatizaciones ayudaron a mejorar las cuentas públicas y a cerrar la brecha tecnológica y organizativa producto de la desinversión y el desfinanciamiento de las viejas empresas públicas, Mientras que en algunos casos —expresan— se inyectó una saludable combinación de regulación y competencia, “...en otros se conformaron verdaderos monopolios privados que se

Sobre el particular, se señala que en la producción de *bienes públicos* debe quedar explicitado el *costo social de producción*⁵⁰, puesto que una elección determinada importa sacrificar otras posibles combinaciones (*costo de oportunidad*) y, desde esta perspectiva, las prioridades pueden ser fijadas por los procesos democráticos o por el mercado⁵¹. La privatización y la desregulación no conducen automáticamente a una mayor eficiencia y bienestar general⁵², ya que la propiedad privada no implica necesariamente a la competencia. Por ello resulta imprescindible la regulación estatal.

En esta perspectiva se discute el enfoque neoclásico, que limita la actividad regulatoria del sector público únicamente al supuesto en que todo esfuerzo por introducir mayor competencia resulte infructuoso⁵³. Las *fallas* en el mercado –se explica– no son la excepción sino la regla. La teoría neoclásica, desde este enfoque, no toma en consideración las transformaciones estructurales, la complejidad de los procesos políticos y las asimetrías informativas. De este modo, el regulador parte de una posición de desventaja informativa con relación al sector privado que, por lo general, cuenta con una *renta informativa*⁵⁴.

Para las posturas heterodoxas, por tanto, junto a la regulación económica se debe añadir la social, que consiste en “...adoptar entre los principios rectores de la reglamentación estatal la consideración de ‘valores de naturaleza no comercial’, la búsqueda de una redistribución de la riqueza ‘sobre la base de derechos

beneficiaron con rentas extraordinarias. [...] el gobierno pudo concretar su afán privatizador pero otorgando a cambio [en ciertos casos] inusuales ventajas, muchas veces excesivamente generosas, a las empresas concesionarias...”. Ello, según predijeron estos autores, dejó un área de potencial conflicto entre el mercado y el Estado (ya cit., p. 447).

50 Identificado con lo que paga la sociedad cuando sus recursos son utilizados para producir un bien dado.

51 Para que esto ocurra, deben existir redes institucionales para superar la asimetría jurídica, económica e informativa en la que se encuentra el usuario o consumidor. En la dicotomía entre la *eficiencia empresarial* y la *social* señalan que existe una diferencia fundamental entre un mercado competitivo y otro que no lo es. En un mercado competitivo, la mayor eficiencia se traduce en reducir costos y aumentar calidad para ganar posiciones en el mercado, pero naturalmente la *cuasi renta* generada a partir de una mejora en eficiencia no podría ser utilizada en términos improductivos. Esta lógica no opera frente a un mercado monopólico, pues aquí únicamente regulando socialmente la prestación de una actividad se podrá traducir en eficiencia social. No obstante, aun en los mercados con alta concurrencia de oferentes la asimetría informativa vuelve necesaria la regulación (social) para asegurar la transparencia, el acceso a la información, es decir, el resguardo de los intereses de los usuarios y la efectiva competencia en el mercado (THWAITES REY y LÓPEZ, ya cit., pp. 22 a 24).

52 *Ibidem*, p. 25.

53 *Ibidem*, pp. 25 y 26.

54 *Ibidem*, pp. 28 y 29.

sociales y consideraciones equitativas' e incluso 'la reprobación moral de una actividad' (como la contaminación del ambiente)"⁵⁵.

Las políticas de desregulación y privatización de los noventa plantearon, según esta visión, un déficit en el control del sector privado y una regulación social débil e insuficiente⁵⁶.

3. LA INDUSTRIA EN LOS NUEVOS TIEMPOS

La redefinición del papel del sector público trajo consigo la reestructuración del sector industrial. Nuevamente se cuestionaba al modelo *autarquizante* por apoyarse en el excesivo proteccionismo, el cual había conducido a una *hiperregulación* que hacía prácticamente inviable la actividad privada que no se sirviese del auxilio estatal⁵⁷. La resultante de este proceso era la ineficiencia de la industria que, por lo general, subsistía merced a prebendas estatales.

Para estas corrientes, la política industrial debía transitar de la *vana autarquía* –de producir de todo y sin escala– a hacerlo siguiendo la escala, la calidad y las corrientes del comercio internacional⁵⁸. Bajo estas pautas, se trataba, pues, de aplicar un conjunto de medidas tendientes a promover el libre funcionamiento del mercado para garantizar el crecimiento y la modernización de la industria,

55 *Ibidem*, p. 31. La regulación social, según estas autoras, pone "...el énfasis en la posibilidad efectiva de garantizar a la población el acceso a los servicios sin descuidar la reglamentación sobre un conjunto de aspectos como la protección ambiental, la seguridad de los productos, el derecho a la información o la participación ciudadana, que desde los puntos de vista anteriores son meramente 'externalidades' de las actividades económicas [...] el punto más importante del intento de trascender el *corset* del mercado es el reconocimiento de que la lógica mercantil no puede tomar en cuenta a quienes no tienen capacidad de constituirse en clientes y satisfacer a través del mercado sus preferencias individuales. [...] la acción estatal debería incluir la preocupación por la disponibilidad de servicios para los menos favorecidos económicamente o la distribución del producto independientemente de consideraciones de mercado..." (*Ibidem*, p. 30).

56 *Ibidem*, pp. 45 y 63 a 66.

57 ROUGIER y SCHORR, ya cit., pp. 52 y 53.

58 LLACH, Juan, ya cit., p. 105.

insertada en un marco internacional para aprovechar las ventajas comparativas⁵⁹, así como la obtención de ganancias derivadas de la eficiencia⁶⁰.

A tal fin, las políticas de desregulación —especialmente la apertura económica— incidieron con profundidad en el sector industrial. El programa de gobierno se apoyaba, primordialmente, en la recepción de inversiones extranjeras y en el comercio exterior⁶¹.

Para Rougier y Schorr, las medidas de apertura económica se adoptaron con escaso gradualismo⁶² y exhibieron un tratamiento asimétrico, en tanto hubo

59 Básicamente destinada a la agroindustria y la elaboración de algunos *commodities* fabriles (ROUGIER y SCHORR, ya cit., p. 52). Según Juan LLACH la nueva política industrial se afinca en los siguientes puntos, a saber: *a*) en el sector primario (recursos naturales): la creación de las condiciones para la expansión de la frontera de los recursos que resultasen rentables explotar (diversificación); junto a ello, la incorporación de valor agregado a los bienes primarios para configurar racimos o complejos productivos induciendo eslabonamientos hacia atrás (producción interna de insumos y bienes de capital en condiciones económicas) y hacia adelante (*commodities*); *b*) en el sector secundario (manufacturero): el desarrollo de las industrias basadas en los recursos naturales, especializando y aumentando la calidad de la producción industrial (régimen de especialización), mayores incentivos a las industrias de mayor valor agregado (aranceles diferenciales), y la *política espejo* tendiente a emparejar los incentivos para la venta interna y la exportación (a partir de 1996, esta política fue modificada); *e*) en el sector secundario (construcción): el incentivo al ahorro, la reforma gradual del sistema financiero y del mercado de capitales para expandir la actividad; *d*) en el sector terciario: incrementar la cantidad y calidad de los servicios (ya cit., p. 102 y ss.).

60 ROUGIER y SCHORR sostienen que la idea que animaba a estas corrientes consideraba que "... la eliminación de la intervención estatal pondría a las em presas locales en las disyuntivas de presentarse en más eficientes para enfrentar con éxito la competencia externa, o en su defecto verse sustituidas por ésta. Luego de transcurrido un lapso 'razonable' de tiempo, todo ello se derramaría sobre el conjunto de la sociedad bajo la forma de más empleo, mejores condiciones laborales, mayores salarios" (ya cit., pp. 52 y 53).

61 Expresa Juan LLACH que el incremento de las exportaciones obedeció en un 50 % al MERCOSUR, en tanto que la Unión Europea pasó del 30 % al 20 % y con los Estados Unidos del 14 % al 8 %. Por otra parte, el 50 % del aumento de las importaciones argentinas provino de la Unión Europea y de los EE.UU., pero estos no observaron reciprocidad para las exportaciones argentinas (ya cit., p. 201).

62 ROUGIER y SCHORR, ya cit., pp. 56 a 58. Según Juan LLACH, el auge importador era una consecuencia de la eliminación de las restricciones cuantitativas. Asimismo, los aranceles a las importaciones bajaron en promedio del 18,4 % en 1990 al 11,6 % en 1991. Si bien en 1993-1994 hubo un incremento del arancel por el aumento de la tasa estadística, para 1995 se redujo en promedio al 11 %, cuando luego se estableció el arancel externo común para el MERCOSUR (ya cit., p. 202). En el sector industrial, según este autor, aun cuando la apertura no fue gradual, en un principio no se tuvo en cuenta (por la situación en la que se encontraba Brasil) que el MERCOSUR triplicaba el mercado. Y, entre las políticas industriales, hubo algunos incentivos (abandonados en 1996) como el régimen de especialización que permitía importar con un arancel del 2 % si estas se compensaban con un incremento en las exportaciones (ya cit., pp. 203 y 204).

Las importaciones corrientes (sin considerar bienes de capital) fueron del 11,3 % de la producción manufacturera nacional. Y si bien para LLACH dista de ser real la creencia de una apertura

sectores especialmente protegidos (v. gr., automotor) y otros con tratamiento preferencial por su poder de lobby. Asimismo, la sobrevaluación de la moneda y la apertura económica dificultaron el desempeño de las industrias no vinculadas a la actividad primaria o no integrantes del consorcio de los grandes grupos con capacidad de financiamiento interno y externo. En este contexto, las medidas antidumping –fundamentales para conjurar las conductas anticompetitivas a nivel internacional– se comprobaron ineficientes⁶³.

Según Llach⁶⁴ se aplicó un arancel destinado a proteger a las industrias que agregan valor a las materias primas o a los insumos (bienes de consumo y de capital). El arancel no fue uniforme, ya que se estableció el 0 % para las materias primas, 11 % para los insumos intermedios, 15 % para los bienes de capital y el 22 % para los bienes manufacturados finales.

La crisis de competitividad (y las altas tasas de desempleo) condujeron, aunque con carácter limitado, a la implementación de algunas medidas de promoción industrial⁶⁵.

En conclusión, para 1999 el peso relativo de la industria en el valor agregado total fue del 16 %, con relación al 18 % que tuvo a comienzos de la década de 1990⁶⁶. Ese ciclo se agudizó en 2001, en el contexto de la profunda crisis que afectó a la sociedad argentina⁶⁷.

económica indiscriminada, señala que hubo sectores más perjudicados (como el de los bienes de capital, el de los insumos de papel, química y metalúrgicas), así como ciertos textiles, calzados (alguno de ellos protegidos a partir de 1994 por derechos específicos) y juguetes, que no podían competir con las importaciones del Lejano Oriente (ya cit., pp. 204 y 205). Los instrumentos para repeler el dumping fueron ineficientes (ya cit., p. 204).

63 Cf. LLACH, Juan, ya cit.; ROUGIER y SCHORR, ya cit., p. 56.

64 LLACH, Juan, ya cit., p. 205. En estos términos, señala que se redujo significativamente la protección efectiva promedio del 20,3 % al 12,9 %. Para los bienes de consumo, sin embargo, la protección disminuyó del 24 % al 20 %. Sobre los bienes de capital, por su parte, la protección cayó drásticamente con un régimen de protección especial (ya cit., p. 206).

65 Decretos 1125/96 y 69/97, mecanismo objetado por Juan LLACH (ya cit., p. 207). También cabe mencionar el decreto 1439/96, luego modificado por el decreto 1330/04, que estatuyó un régimen de importación temporaria orientado a la perfección industrial y a la expansión de las exportaciones. Este sistema facilitaba importaciones siempre que estuvieran sujetas a futuras exportaciones.

66 Según estimaciones de ROUGIER y SCHORR, ya cit., p. 61.

67 Ministerio de Economía de la Nación, “La economía argentina durante 2001 y evolución reciente”, disponible en <http://www.mecon.gov.ar/informe/informe40/introduccion.pdf>. Según este análisis la evolución macroeconómica del cuarto trimestre de 2001 determinó una variación negativa de la oferta global medida a precios de 1993, de 13,3 % con respecto al mismo período del año anterior. Esta disminución estuvo generada por una variación negativa del PBI de 10,7 % y una disminución de 33,8 % en las importaciones de bienes y servicios reales. Los sectores productores de bienes tuvieron durante el cuarto trimestre de 2001 una contracción del 12,9 %, determinada principalmente por la baja en el nivel de actividad de la industria manufacturera (-15,8%) y la construcción (-24,8 %).

4. EL DEVENIR DEL SISTEMA PROMOCIONAL

4.1. La “suspensión” orgánica del sistema

Para fin de 1988 y comienzo de 1989, por el art. 11 de la Ley 23.658 se suspendió el otorgamiento de nuevos beneficios de promoción industrial. Esa *suspensión* –adoptada pocos meses después de sancionada la Ley 23.614, en el marco de apremiantes necesidades fiscales y de revisión del papel del Estado– desplazó el sistema de promoción industrial como uno de los instrumentos centrales del modelo de desarrollo industrial *autarquizante*.

La Ley 23.697 reafirmaría el nuevo rumbo. En su art. 4º hizo extensiva la situación de emergencia a los regímenes de promoción industrial instituidos por las Leyes 19.640, 20.560, 21.608, 21.635, 22.021, 22.702, 22.973, 23.614 “... y otros de igual naturaleza a los enumerados y sus respectivas modificaciones, decretos reglamentarios, resoluciones y demás normas complementarias, en todos aquellos aspectos que resulten de aplicación exclusivamente a las actividades industriales”.

En función de la emergencia, por una parte, se suspendió temporalmente el goce del 50 % de los beneficios promocionales otorgados y se estableció un régimen de compensaciones (arts. 5º, 6º, 8º y 9º)⁶⁸. Por otra parte, se suspendió por el término de 180 días desde la fecha de vigencia de la Ley el trámite de nuevos proyectos industriales (art. 7º).

Bajo el carácter –en principio transitorio– de la *suspensión* de la promoción industrial, en realidad se abandonó la técnica promocional] a nivel orgánico. La suspensión del otorgamiento de nuevos beneficios promocionales fue prorrogada a lo largo de los años⁶⁹, hasta que con la Ley 25.237, de presupuesto del año 2000, la suspensión temporal devino definitiva; en su art. 43, esa norma estipula: “[a] partir de la fecha de sanción de la presente ley, se considerarán nulos y de ningún valor los actos administrativos que aprueben reformulaciones de proyectos, reasignación de cupos fiscales u otorgamiento de beneficios fiscales de promoción industrial dejando a salvo los derechos adquiridos por trámites legales regulares cualquiera sea la norma promocional en que se funden; con excepción de los correspondientes al sistema de la Ley 19.640”.

68 A través de la Ley 23.669 se suspendió el goce de beneficios referidos al IVA.

69 Decreto 435/90, art. 8º; Decreto 1.930/90, arts. 2º, 4º y 5º; Decreto 1033/91, art. 8º; Decreto 1927/93, art. 1º; Decreto 505/95, art. 1º; Ley 24.624 (Presupuesto de 1996), art. 26; Ley 24.764 (Presupuesto de 1997), art. 33; Ley 24.938 (Presupuesto de 1998), art. 34.

4.2. *La promoción industrial y los beneficios otorgados*

Con la sanción de la Ley 23.658, se introdujo una modificación sustancial al régimen promocional. Por su art. 12, se dispuso sustituir de pleno derecho el sistema de utilización de los beneficios tributarios por bonos de crédito⁷⁰.

Según la Corte Suprema, las modificaciones implementadas con la Ley 23.658 han tenido por objeto reemplazar el sistema entonces vigente de regímenes promocionales por otro explícito, claro y cuantificable, "... que se implementaría mediante la entrega de bonos nominativos, no reintegrables e intransferibles, utilizables exclusivamente para el pago de los impuestos correspondientes. Se buscó, de tal modo, [expresó el Tribunal rememorando el mensaje de elevación del proyecto] mejorar '... la transparencia de las relaciones tributarias entre los particulares y el Estado, haciendo del sistema tributario un conjunto más fácilmente administrable, cerrando vías de elusión y de evasión impositivas y por lo tanto contribuyendo a mejorar la equidad del mismo...'”⁷¹.

En otro precedente, ese Tribunal⁷², haciendo propio el temperamento propiciado por el Ministerio Público Fiscal, ha señalado que en el sistema instaurado a partir de la Ley 23.658 –a diferencia de lo establecido en las regulaciones originales, en las que las deducciones, desgravaciones, liberaciones y exenciones de los tributos se utilizaban sin sujeción a cifras predeterminadas– se acotaron los beneficios y se fijaron los montos máximos utilizables por cada gravamen y cada periodo fiscal. Tales cifras respondían a los denominados *costos fiscales teóricos demeritados*; esto es, los incluidos en los proyectos oportunamente aprobados, limitados según el grado de cumplimiento dado hasta ese momento a los compromisos asumidos por cada beneficiario, todo ello en virtud de las características previstas en el nuevo régimen.

En este último régimen, según lo entendió la Corte Suprema, se ha venido a cuantificar, acotar y explicitar el monto de los beneficios por gozar, revelando así el límite máximo del eventual sacrificio fiscal futuro que asumía el Estado ante cada beneficiario. En tal sentido, los bonos de crédito fiscal contaban con las siguientes características, a saber: *a)* nominativos; *b)* no reintegrables; *c)*

70 De este sistema se exceptuó a los beneficios tributarios otorgados respecto de: *a)* Derechos y demás gravámenes –incluido el impuesto al valor agregado– sobre la importación de bienes de capital y sus repuestos y los derechos de importación contemplados en el Decreto 652/86; *b)* Reembolsos a las exportaciones; *c)* Franquicias para los inversionistas; *d)* Diferimiento de tributos para las empresas titulares de los proyectos promovidos (art. 13). Vale señalar que en la Ley 23.614 ya se había previsto, con diferentes alcances, un sistema de bonos de crédito fiscal.

71 CSJN, Fallos: 322:1926.

72 CSJN, “Foderami S.A. e/ AFIP si ordinario”, F.467.XLVII, del 30/9/2014, con remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal.

intransferibles; *d*) actualizables⁷³; *e*) utilizables sólo para el pago de obligaciones tributarias respecto de las cuales se hubiera calculado el costo fiscal teórico a que se refieren las respectivas normas de promoción, correspondiente a cada proyecto promovido a los efectos de su respectiva imputación en el cupo fiscal de cada jurisdicción⁷⁴; *f*) preimputados por ejercicio comercial, limitando su utilización para el pago de las obligaciones tributarias devengadas durante su transcurso y durante el ejercicio inmediato siguiente, no pudiendo excederse del último ejercicio comprendido en los beneficios promocionales, conforme lo establecido en el inciso anterior; *g*) caducaban automáticamente a los treinta (30) meses de la fecha de otorgamiento si no se utilizaban contra las obligaciones tributarias devengadas en el ejercicio al que fueron preimputados o en el inmediato siguiente, no pudiendo excederse del último ejercicio comprendido en los beneficios promocionales; *h*) su uso no podía generar saldos a favor del contribuyente; *i*) el importe de los bonos recibidos, su actualización y el importe de los que caducasen en las condiciones del inciso *g*, no se computaban para la determinación del impuesto a las ganancias. Asimismo, "... los bonos y su actualización [debían] detraerse del activo a los fines del inciso *a*) del art. 95 de la Ley de Impuestos a las Ganancias,

73 En la causa "Orbis Mertig San Luis e/ AFIP y otros si ordinario", E.C.O.244. LJCLV., del 4/6/2013, se discutió sobre la actualización de los bonos de crédito fiscal, a partir de lo previsto en el art. 10 de la Ley de Convertibilidad y en la Ley 25.561. La Cámara Federal de Mendoza había considerado pertinente la actualización en los términos de la Resolución 1.280/92 del Ministerio de Economía. En su dictamen, la Procuradora Fiscal consideró, en síntesis, que según el Decreto 2.054/92, quienes decidieron permanecer en el régimen promocional lo hicieron aceptando el costo fiscal teórico y los criterios de utilización (art. 6º, inc. *a*), esto es, la imposibilidad de actualizar deudas (cfr. art. 10, Ley 23.928). Sin embargo, la Corte Suprema no ingresó en el análisis del asunto, invocando el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

También se ha planteado el debate sobre el alcance temporal de la reexpresión de los bonos de crédito fiscal. En un caso, la Cámara Federal de Mendoza había hecho lugar, en función de la doctrina de "Orbis", a la actualización de los bonos de crédito fiscal hasta su efectiva utilización. Esa sentencia se encontraba firme. Sin embargo, la AFIP, luego de transcurrido el plazo por el que se había otorgado la promoción, cerró la cuenta corriente computarizada e impidió a la actora gozar de los bonos re-expresados pendientes. En la etapa de ejecución de sentencia, la Cámara Federal de Mendoza entendió que resultaba violatoria de la cosa juzgada la conducta observada por la AFIP; también remarcó que la imposibilidad de utilizar los bonos actualizados dentro del plazo por el que fue acordada la promoción obedeció al incumplimiento de la propia demandada y, por ende, no podía perjudicar al beneficiario (expediente "Válvulas de Presión", FMZ 82231721/2012). La Corte Suprema, en este caso, rechazó el recurso de la AFIP, invocando la atribución conferida por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el 19/3/2019 (causa FMZ 82231721/2012/1/1/RH1).

74 En los casos del art. 21 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t. o. 1986 y sus modificaciones), los bonos de crédito fiscal no se consideraban medios de pago de ese tributo.

t. o. 1986 y sus modificaciones, y no se consideraban activo a los fines del art. 10 de la Ley de Impuesto a los Capitales t. o. 1986⁷⁵.

En 1992 se dictó otra norma fundamental: el Decreto 2.054/92 que cuenta, en lo que aquí interesa, con un primer título destinado a instrumentar la sustitución de los beneficios fiscales por los bonos en cuestión; mientras que en su segundo título se estatuyó un mecanismo para la desvinculación del sistema de promoción industrial, en sintonía con desandar la experiencia del desarrollo industrial basado en el impulso estatal.

En el primer título –Régimen de sustitución de beneficios promocionales Ley 23.658– se fijó el comienzo del régimen de sustitución de los beneficios fiscales por el de Bonos de Crédito Fiscal (Título II, Ley 23.658) a partir del 1º de diciembre de 1992 (art. 1º). En lo sustancial, la permanencia en el sistema de promoción industrial importaba admitir el *costo fiscal teórico* y los criterios de utilización para los años que restaban al proyecto; la aceptación del criterio para la evaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones promocionales (determinado en función del empadronamiento previsto en la normativa)⁷⁶, y el desistimiento de todo reclamo judicial o administrativo (art. 6º). Asimismo, la

75 El otorgamiento de los bonos de crédito fiscal a los beneficiarios de las normas de carácter promocional implicaba, de pleno derecho, la sustitución automática del sistema de utilización de los beneficios tributarios acordados. A su vez, los beneficiarios debían determinar e ingresar los tributos en igual forma, plazo y condiciones que los que correspondían a los contribuyentes o responsables en general, pudiendo para ello utilizar, total o parcialmente, los Bonos de Crédito Fiscal recibidos (art. 15).

Por otro lado, se establecía, en lo sustancial, que el monto máximo del valor nominal total de bonos de crédito fiscal que se otorgara para cada proyecto, por cada año que aún le restase para gozar del beneficio, sería equivalente al monto actualizado de los beneficios tributarios contemplados en el costo fiscal teórico, de terminado en el momento de dictarse los respectivos actos administrativos de fecha anterior a la sanción de esta ley referidos a los proyectos promocionados (art. 16). Finalmente, el monto de los impuestos coparticipables que se cancelaba mediante la imputación de bonos de crédito fiscal no integraba el producido de la recaudación a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 23.548 (art. 17).

76 A tenor de lo establecido en el art. 20 de la Ley 23.658, en su momento, sobre la puesta en marcha y empadronamiento de los proyectos se habían dictado los Decretos 311/89, 1.930/90 y 1.033/91.

En el art. 7º del Decreto 2.054/92 se establecía que el grado de cumplimiento y la escala de demérito tendrían efecto desde la fecha de la puesta en marcha. Sobre este punto, y para determinar estos aspectos, se dictó la Resolución MEyOSP 1.280/92. La implementación del sistema tuvo algunas “complejidades” que condujeron al dictado de sucesivas normas para subsanar los inconvenientes y para establecer los *deméritos*, entre ellas, el Decreto 804/96 y, más cercano a nuestro tiempo, el Decreto 1.295/2003. En el caso “Foderami S.A.” se discutió acerca del momento de la determinación del grado de cumplimiento y del demérito, estableciéndose que las pautas del Decreto 1.295/2003 resultaban aplicables cuando, a la fecha de su entrada en vigencia, no se hubiese determinado el demérito o, de haber sido practicado, no se encontrara notificado o fuese objeto de discusión.

permanencia en el régimen y el cumplimiento de sus términos implicaban la extinción de los procedimientos sumariales, así como la condonación de sanciones (salvo caso de fraude o dolo) y no dar curso a las denuncias efectuadas hasta la fecha de entrada en vigencia de este decreto (art. 6º, dos últimos párrafos); sin embargo dicha extinción no alcanzaba a quienes se les hubiese revocado el beneficio (o hubiesen sido objeto de la pérdida total o parcial de los acordados), a quienes tuviesen una denuncia o querrela penal por obligaciones fiscales o promocionales, y aquellos que no hubiesen dado cumplimiento hasta el 15 de diciembre de 1992 con el empadronamiento exigido (arts. 9º y 10)⁷⁷. Los bonos de crédito fiscal se instrumentaban en una cuenta corriente computarizada administrada por la AFIP y los incumplimientos a las obligaciones asumidas –por lo general– conducían a la pérdida del beneficio, a la obligación de restituir los tributos utilizados con más sus intereses y sanciones (art. 8º)⁷⁸.

Por otra parte, en el Título II del Decreto 2.054/92 se estableció un Régimen optativo de desvinculación del sistema nacional de promoción industrial. En síntesis, podían optar por desvincularse los titulares de proyectos promovidos vigentes o con plazo de prescripción en curso para verificar su cumplimiento (art. 12)⁷⁹. La desvinculación del sistema implicaba: *a*) el desistimiento de los beneficios promocionales que quedaran por utilizar y la renuncia a todo reclamo administrativo y/o judicial; *b*) que los pagos efectuados como consecuencia de la suspensión de los beneficios dispuesta por la Ley 23.697 no darían lugar al reclamo de la entrega de los certificados de crédito fiscal previstos en dicha norma; *c*) que los pagos efectuados como consecuencia de la suspensión de beneficios establecida en la Ley 23.669 no darían derecho a la utilización futura de los niveles porcentuales de beneficios suspendidos; *d*) la constitución de las garantías necesarias para preservar el crédito fiscal derivado de los diferimientos de impuestos de los inversionistas en el proyecto promovido, en la medida que no hubieran sido constituidas por estos; *e*) en el caso de empresas titulares de proyectos promovidos que hubieran hecho uso del beneficio de diferimiento de impuestos, se

77 Recordemos que el sistema implementado a partir de la Ley 23.658 (y demás normas) tuvo por finalidad ordenar y verificar el cumplimiento de los beneficios concedidos, frente al desorden y descontrol administrativo, a la par que persiguió abrir la posibilidad para la desvinculación del sistema en función del nuevo papel regulador que asumía el Estado.

78 Para el caso en que se constataran incumplimientos se aplicaban las pautas de la Resolución MEyOSP 1.280/92 y se debía reintegrar el crédito fiscal utilizado en exceso. En caso que el incumplimiento fuese de la variable *personal ocupado* y lo hubiese sido en un sesenta por ciento (60%) mayor del mínimo exigido en el proyecto, se aplicaban las sanciones del art. 10 del Decreto 2.054/92.

79 Salvo los que se encontrasen en la hipótesis prevista en el art. 9º del Decreto 2.054/92, sin perjuicio del caso en que hubiesen mediado incumplimientos parciales, en cuyo caso podían optar por esta última franja.

aplicaban similares reglas a la enunciada anteriormente y, además, se requería el ingreso de los tributos diferidos; f) el ingreso del cuarenta por ciento (40%) de los montos por impuestos no abonados con motivo de la promoción acordada, actualizados de acuerdo con el índice de precios al por mayor nivel general y de conformidad con las disposiciones de la Ley 23.928⁸⁰; g) continuar efectuando el pago de los salarios y sus correspondientes cargas sociales del personal en actividad (a la fecha del dictado del decreto), durante un período de seis meses contados a partir del primer día del mes inmediato siguiente al de la opción⁸¹ (art. 13). La desvinculación del sistema extinguía los procedimientos sumariales y las sanciones (salvo el caso de dolo y fraude); también implicaba no dar curso a denuncias (art. 14, por remisión a los dos últimos párrafos del art. 6°).

Por último, se había dispuesto que los cupos fiscales presupuestarios que se iban liberando (ya fuera por desvinculaciones del sistema o por incumplimientos al empadronamiento para quienes hubiesen optado por permanecer) no podían ser reasignados total o parcialmente (art. 27).

4.3 *La regla y las excepciones*

Las normas analizadas son concluyentes en punto a desarticular el sistema promocional, a partir del papel subsidiario asumido por el Estado. En efecto, ya

80 Según esa norma, contra dicho monto se podían imputar como pago a cuenta los pagos a que se refieren los incisos b y c, el monto del débito fiscal del Impuesto al Valor Agregado a que se refería el art. 45 del Decreto 435/90, determinado conforme a lo establecido en el Título III (certificados de crédito fiscal - IVA Compras) y el costo fiscal teórico correspondiente a los años restantes del proyecto promovido, luego de aplicada la escala de demérito. Si del cómputo previsto en el párrafo anterior surgía un excedente no absorbido, este no generaba saldo a favor del beneficiario ni era susceptible de devolución o compensación. El pago del saldo resultante podía ser efectuado al contado o en hasta cinco cuotas semestrales, iguales y consecutivas a partir del 15 de abril de 1993, fecha en que operaba el vencimiento del pago al contado o el de la primera cuota. Las cuotas restantes debían ingresarse el día 15 de cada uno de los semestres siguientes con más el uno por ciento (1 %) mensual de interés sobre saldos.

Para el caso de los inversionistas, el art. 15 del Decreto en cuestión preceptuaba que “[l]os inversionistas en empresas cuyos titulares optaran por la desvinculación del sistema nacional de promoción industrial y que [hubiesen] utilizado el beneficio de diferimiento de impuestos [debían] ingresar los tributos correspondientes a dichos diferimientos al contado o en hasta cinco (5) cuotas semestrales, iguales y consecutivas a partir del 15 de abril de 1993, fecha en que [operaba] el vencimiento del pago al contado o el de la primera cuota. Las cuotas restantes [debían] ingresarse el día 15 de cada uno de los semestres siguientes con más el uno por ciento (1 %) mensual de interés sobre saldos”. Las caducidades de planes de facilidades de pago operaban de pleno derecho (art. 16).

81 El incumplimiento de esta obligación determinaba la aplicación de las disposiciones establecidas en el art. 10. Si a la fecha del dictado de este Decreto se hubiera cesado en la actividad promovida, se debía ingresar una multa equivalente al dos por ciento (2 %) del monto de la inversión proyectada, actualizada de acuerdo con el índice de precios al por mayor nivel general y de conformidad a las disposiciones de la Ley 23.928.

fuese por vía de suspender indefinidamente la concesión de nuevos beneficios o por vía de recortar los otorgados y fijar incentivos para desvincularse del sistema, la promoción industrial quedó reducida a un plano marginal, destinada a extinguirse.

Ahora bien, esa regla no describe la complejidad del fenómeno en forma integral. Ello así, pues el poder importa una interacción entre la política y la economía que se expresa, con mayor o menor coherencia, en el derecho objetivo. En tal sentido, los grupos de presión e incluso los conflictos sociales resultaron fenómenos que convergieron para establecer *derogaciones singulares* al planteamiento estructural del papel del Estado en este campo.

Frente al panorama generalizado de suspensión indefinida de la promoción industrial, Jo cierto es que el poder de lobby sectorial o consideraciones de índole social establecieron algunos *nichos* disruptivos con relación al panorama general⁸².

Por caso, el sector automotriz –cuyo auge se originó con fuerza durante la presidencia de Frondizi– ha sido una actividad que ha gozado de incentivos fiscales que llegan hasta nuestros días⁸³.

A las medidas sectoriales se suman otras de promoción regional. En tal sentido, por los Decretos 804/96, 1.125/96 y 69/97⁸⁴ se reabrió la posibilidad de reasignar proyectos para las provincias promovidas⁸⁵.

82 ROUGIER y SCHORR explican el fenómeno de algunos sectores privilegiados, en el contexto general de desarticulación de la promoción industrial, por responder a capitales concentrados con poder de lobby e intereses corporativos (*La industria...*, p. 52 y ss.). Para Juan LLACH la instrumentación de esta política pública, en lugar de ganar en competitividad (eje conceptual del sistema desregulatorio), se traduce en prácticas poco eficientes con efectos negativos y distorsiones para la economía (*Otro siglo...*, p. 207).

83 Ley 21932; Decreto 2.677/91 (entre otros); Decretos 35/99 y 208/99 (Plan Canje); Decreto 778/01 (Sistema de incentivos, modificado luego por el Decreto 1.304/01); Decreto 774/05 (Régimen de Incentivo de las Autopartes Locales); Ley 26.393 (Régimen de Fortalecimiento del Autopartismo); Ley 27.263 (Régimen de desarrollo y fortalecimiento del autopartismo argentino. Beneficios e incentivos). Asimismo, algunos de estos incentivos fiscales, como el Decreto 774/05, se implementaron por decretos de necesidad y urgencia, lo que genera dudas acerca de su validez constitucional a fuer del principio de legalidad que rige la materia, extensible, a nuestro modo de ver, tanto cuando se crean hechos imposables como cuando se establecen franquicias tributarias.

84 Ver también el Decreto 1.553/98, que possibilitó la reasignación de proyectos en la provincia de La Rioja. Por el Decreto 699/10 se volvieron a prorrogar beneficios regionales, ello fundado en razones de emergencia pública, específicamente ocupacional.

85 Esta situación, como lo expusimos en los capítulos anteriores, generó conflictos entre las distintas jurisdicciones (véase “Mendoza, provincia de c/ Estado Nacional si inconstitucionalidad”, S.C.M. 457, XXXIII, ya cit.). En este caso, en síntesis, el Procurador General recordó que a través del decreto 804/96, “... dictado casi cuatro años después de clausurado el régimen [por la Ley 23.658 y el Decreto 2.054/92], significó reinstaurarlo y con ello conferir nuevos beneficios fiscales

Con el Decreto 857/97⁸⁶, también fundado en el efecto *multiplicador* de la promoción industrial sobre el empleo, se estableció que “[l]os proyectos industriales aprobados en el marco de los decretos reglamentarios de promoción regional de las Leyes 20.560 y 21.608, comprendidos en el régimen de sustitución de beneficios promocionales en virtud de las disposiciones del Título I del decreto 2054 de fecha 10 de noviembre de 1992 y sus normas complementarias, que hayan finalizado o finalicen el período de utilización del beneficio durante el año 1997, podrán continuar usufructuando los mismos durante los tres (3) ejercicios comerciales inmediatos posteriores, los que finalicen durante el año 1998 durante los dos (2) ejercicios comerciales inmediatos posteriores y los que finalicen durante el año 1999, por el ejercicio inmediato posterior, quedando condicionada esta franquicia al mantenimiento del nivel de mano de obra comprometido en el acto administrativo particular respectivo ... “. De esta forma, aun frente a la asociación que se establecía entre promoción industrial y la ineficiencia, el poder de presión sectorial y la crisis económica impusieron su propia lógica con relación al panorama general.

Estas medidas, en un principio, se justificaban en el desempleo y en la búsqueda de competitividad sectorial o regional; luego esas razones habrían derivado en excusas, en tanto las promociones regionales se mantuvieron vigentes hasta no hace mucho tiempo atrás y la sectorial (en algunos ramos) hasta el presente. De ahí, la tendencia de estos sistemas (proclives a aceitar mecanismos de captación de rentas regulatorias) a perpetuarse como esquemas de actuación que diluyen el riesgo empresario y la iniciativa privada al tiempo que obstaculizan –si no se articulan con un eficaz y refinado sistema de la defensa de la competencia– el ingreso de otros competidores que no cuentan con tales ventajas.

5. REFLEXIÓN

El programa de gobierno iniciado a fines de los ochenta y comienzos de los noventa indudablemente importó redefinir el papel del Estado hacia uno subsidiario. Sin embargo, subyacen cuestionamientos que se relacionan con la débil función regulatoria y de control asumida.

En un primer momento, el programa de gobierno, tras alcanzar la estabilidad, trajo algunos éxitos. En efecto, reapareció el crédito a tasas accesibles y previsibles, así como el aumento del poder de compra de los salarios reales⁸⁷. El nivel de actividad creció al ocho coma ocho por ciento (8,8 %) anual entre 1990 y 1994. En el mismo período, el consumo y la inversión, en conjunto, se incrementaron un

para empresas que lo habían perdido, así como afectar cupos presupuestarios ya liberados e instituir inesperadas deducciones y exenciones, tributarias y aduaneras... ”.

86 Prorrogado primero por el Decreto 1.297/00 y luego hasta 2007 por el Decreto 2.009/04.

87 La eliminación del fenómeno inflacionario ayudó, según las estimaciones de GERCHUNOFF y LLACH, a que el porcentaje de hogares bajo la línea de la pobreza, que en 1989 había alcanzado un máximo de 38 %, cayera en 1993 a un 14 %.

diez coma siete por ciento (10,7 %) anual. La reforma fiscal apuntó a modificar la endeble cultura tributaria a nivel nacional⁸⁸.

No obstante, para ese entonces, algunos problemas –que luego se manifestarían con virulencia– perjudicaron la sustentabilidad del programa de gobierno. La reestructuración productiva (el abandono del modelo sustitutivo, la apertura comercial y el retiro del Estado productor) derivó en que esa mano de obra no encontrara alternativas laborales, llevando a que la tasa de desempleo se incrementara de modo alarmante. Paradójicamente, el incremento de la productividad no redundó en mayor empleo⁸⁹.

El otro problema era el déficit de las cuentas externas generado a partir del comercio internacional y los pagos al exterior en concepto de servicios de la deuda externa⁹⁰. En tales condiciones, la apreciación cambiaría influya negativamente sobre la competitividad y frente a la imposibilidad de devaluar se ensayaron caminos alternativos (desregulación de varios mercados –incluso el laboral–, la reforma fiscal, fomentar el ahorro interno con la reforma del sistema previsional, etc.); sin embargo ese problema no hallaba vía de solución.

El desequilibrio en el balance de pagos llevaba, pues, al endeudamiento externo. Y con la *crisis mexicana*, que tuvo un profundo arraigo en nuestro país, la situación social se agudizó. Se recurrió a la ayuda externa para mantener el programa de convertibilidad y, si bien el nivel de actividad se recuperó, continuaron los desequilibrios.

En 1998, la *crisis rusa* impactó en las economías emergentes, entre ellas la argentina. A partir de allí, la actividad de sectores productores de bienes transables se deterioró, aminoró el ingreso de capitales extranjeros y en el último trimestre de 1999 la entrada neta de aquellos comenzó a traducirse en salida neta⁹¹. Esta situación tornaba cada vez más dificultoso el programa de convertibilidad. La economía se encontraba en un círculo vicioso que se agravaba con la recesión, la caída de la recaudación, el incremento de déficit, el endeudamiento público, la reducción del crédito, ello en el marco de un tipo de cambio apreciado⁹².

88 GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 443.

89 El producto medio del trabajo del sector urbano creció a razón del 7,3 % anual entre 1990 y 1994. En el aumento de la productividad hubo una amplia incidencia del capital extranjero, con una participación diversificada en ciertos sectores industriales, empresas privatizadas, actividades mineras, el área de los servicios y la tecnificación del sector rural. A pesar de ello, la tasa de desempleo en esta primera etapa pasó del 7 % en octubre de 1992 al 12,2 % en octubre de 1994 (GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 445).

90 GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p. 444; RAPOPORT, Mario, “*El Plan de Convertibilidad...*”, ya cit.

91 Ministerio de Economía de la Nación, “*La economía argentina durante 2001...*”, ya cit.

92 *Ídem*. Según FERRER, en 1999 la deuda externa alcanzaba casi los 150.000 millones de dólares; el 60 % correspondía a la pública y el 40 % a la privada. Los intereses devengados sobre ella representaban más del 40 % del valor de las exportaciones y las utilidades pagadas de la inversión

El programa desarrollado durante la década de 1990 tuvo su colapso en 2001, durante el gobierno de la Alianza⁹³. Para esa época, la desconfianza sobre la convertibilidad era generalizada y las medidas adoptadas por el gobierno, frente a la dificultad de desandar la paridad cambiaria, se aferraron a tratar de encontrar la salida dentro de ese mismo esquema. Las principales acciones fueron la Ley de Déficit Cero y reestructurar la Deuda Pública⁹⁴.

Sin embargo, el país atravesaba una crisis económica y social de extrema profundidad⁹⁵, con una contracción de la actividad económica del cuatro coma cinco por ciento (4,5 %) en 2001⁹⁶; la tasa de desempleo había alcanzado para octubre de ese año el dieciocho coma tres por ciento (18,3 %), la Encuesta Permanente de Hogares había arrojado que el veinticinco por ciento (25 %) de los hogares (y el treinta y cinco por ciento (35 %) de las personas del conglomerado Gran Buenos Aires) se encontraban por debajo de la línea de la pobreza, y los indicadores del mercado financiero (que comprobaban la ausencia de confianza) establecían un riesgo país que para diciembre había llegado a picos de 5.400 puntos básicos⁹⁷.

Este contexto caótico implicaba la huida de los depósitos bancarios y de capitales, que colapsó en diciembre de 2001 con el *corralito financiero* implementado por el Decreto 1.570/2001, que después de la crisis institucional–renuncia del presidente De la Rúa incluida– inauguró un conjunto de normas de

privada extranjera el 8 %. Los intereses de la deuda absorbían el 15 % de los ingresos del Tesoro y las prestaciones de la seguridad social el 30 %, desfinanciados por la reforma previsional. Todo esto con un incremento del indicador del riesgo país frente a la vulnerabilidad en las cuentas públicas (ya cit., p. 411). Sobre las implicancias de la reforma previsional de los noventa, ver ARZA, Camila, *The Limits of Pension Privatization: Lessons from Argentine Experience*, World Development, vol. 36 [2008], pp. 2696 a 2712; Banco Mundial, “Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth”, Oxford University Press, 1994; BASUALDO, Eduardo (coord.), *La evolución del sistema previsional argentino*, 2009, CIFRA (Centro de Investigación y Formación de la República Argentina); MESA LAGO, Carmelo, “Evaluación de un cuarto de siglo de las reformas estructurales de pensiones en América Latina”, *Revista de la CEPAL*, vol. 84 [2004]

93 Amplíese en FERRER, ya cit., p. 410 y ss.

94 De hecho, los primeros nueve meses de 2001 se cumplieron las metas comprometidas con el FMI a costa de asignar menos fondos a las provincias (Ministerio de Economía de la Nación, “La economía argentina durante 2001...”, ya cit.).

95 Así reconocido por la Corte Suprema en Fallos: 328:690, entre otros, con remisión al dictamen del Ministerio Público Fiscal.

96 Desde el inicio de la fase recesiva, a mediados de 1998, hasta fines de 2001, el PEI acumulaba una caída del 14 % y la inversión había caído el 44 %. Los precios al consumidor seguían retrocediendo para diciembre de 2001 por debajo de 1,5 % de igual período del año anterior y los precios mayoristas habían caído en un 5,3 % (Ministerio de Economía de la Nación, “La economía argentina durante 2001...”, ya cit.).

97 Ídem.

emergencia⁹⁸ que dieron fin al programa de gobierno inaugurado en los noventa y generaron un amorfo *derecho de la emergencia*, en el que las reglas sistémicas fueron reemplazadas por excepciones que perduraron por años.

En resumidas cuentas, los noventa definieron un nuevo patrón en la actuación del Estado, en el que el éxito económico inicial se fue desvaneciendo por la vulnerabilidad externa. En el plano institucional, la hegemonía del Poder Ejecutivo desarrolló un papel crítico en punto a la división de poderes, con marcados abusos en la utilización de mecanismos excepcionales (como los decretos de necesidad y urgencia). El predominio del Poder Ejecutivo, por momentos, operó sobre los restantes departamentos de gobierno y, además, ejerció un fuerte poder de presión para hacer sucumbir la autonomía política de las provincias, apremiadas por sus cuentas públicas.

En dicho escenario, la promoción industrial, como técnica orgánica, quedó desarticulada sobre la base del argumento coyuntural de que su deficiente implementación había consistido en puro derroche fiscal⁹⁹; sin embargo, a ese argumento lo acompañaba un cambio estructural en el rol del Estado, que abandonaba el modelo sustitutivo y se afincaba en uno ceñido, principalmente, en aprovechar las ventajas comparativas¹⁰⁰. Este fenómeno, bien sea por razones sociales o por presiones corporativas sectoriales, no fue homogéneo, pues algunos sectores y regiones mantuvieron sistemas de incentivos.

LEONARDO MARCO TOIA

Es Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

98 Decreto 214/2001, Ley 25.561, Decreto 471/2002, entre otras.

99 GERCHUNOFF y LLACH, ya cit., p.448.

100 ROUGIER y SCHORR, ya cit., pp. 49 a 64.

EL IMPACTO DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE BASES A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

SUSANA E. VEGA

Profesora de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las modificaciones introducidas. 2.1. Aplicación de la LPA a los contratos. (i) El caso de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La ampliación del alcance de la indemnización. 2.2. La excepción de la obligatoriedad del reclamo administrativo previo para los reclamos de daños y perjuicios contractuales. 2.3. La impugnación de los actos administrativos dictados durante la ejecución contractual. La teoría de los actos coligados. (i) Algunas consideraciones respecto de la nueva previsión de la LPA. 3. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.742 de Bases (en adelante Ley de Bases) ha introducido, en lo que al procedimiento administrativo se refiere, importantes modificaciones a la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (en adelante LPA), incluyendo lo referido al ámbito de los contratos públicos, que constituye materia específica de este comentario.

Desde mi consideración, no ha sido feliz haber mantenido el mismo número de ley que corresponde a una norma dictada en un gobierno de facto, así como también mantener la misma estructura del texto legal dictado hace más de cincuenta años, en lugar de haber diseñado una estructura normativa mucho más creativa en cuanto a la distribución de títulos y capítulos (sin perjuicio de lo que hace al contenido de sus disposiciones) que también pudiera centralizar en uno de ellos, las medidas específicas referidas a los contratos, donde el legislador regule el tratamiento de los distintos aspectos que, desde el procedimiento administrativo y acceso a la vía judicial corresponda otorgar a los mismos.

En lo que hace al contenido de las modificaciones efectuadas en materia contractual que aquí se analizan, adelanto mi opinión favorable a las mismas por

los motivos que en el presente se explicitan; pudiendo no obstante haberse aprovechado esta ocasión para introducir algunos otros aspectos también de relevancia.

2. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

Se señalan a continuación las siguientes modificaciones operadas, en materia contractual, en el ámbito específico de la LPA.

2.1. *Aplicación de la LPA a los contratos*

La Ley de Bases eliminó el párrafo final del art. 7° que establecía en su último texto, que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional (SPN) se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III, en cuanto fuere pertinente.

Al respecto, es necesario aquí recordar que la versión originaria refería a una aplicación analógica del Título III de la LPA si ello fuere procedente respecto de los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas.

Esto, con las modificaciones producidas con motivo del dictado del Decreto 1023/01¹, se transformó en aplicación directa –en lugar de analógica– del mismo Título, eliminándose la referencia expresa a los permisos y concesiones administrativas.

Con la eliminación ahora del párrafo aludido a los contratos, parece surgir la intención de diferenciar de manera explícita el régimen aplicable al acto y al contrato, excluyendo a éste de toda mención expresa en cuanto al tipo de aplicación a efectuar respecto de la LPA. Sin embargo, otras disposiciones que aquí más abajo se analizan refieren especialmente a los contratos.

La eliminación del párrafo aludido, puede interpretarse que implica considerar la vuelta a la aplicación analógica del Título III de la LPA (aunque no se lo diga expresamente) tal como ya lo ha sostenido la doctrina, en los casos que exista identidad, similitud y proporcionalidad de razón en el marco de una interpretación coherente con la naturaleza jurídica de los contratos, como tampoco excluye, de ser procedente, la aplicación analógica del derecho privado². Asimismo, la aplicación analógica tiene sustento en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de interpretación de las leyes³.

1 Norma que regula el régimen de contrataciones de la Administración Nacional.

2 En este sentido, CASSAGNE y PERRINO entienden que en definitiva, la situación es similar a la imperante con anterioridad a la reforma producida por el Decreto 1023/01. Ver CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E. “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *La Ley* 17/09/24 p.1 – TR LALEY AR/DOC/2299/2024.

3 El art. 2 del CCyCN establece en materia de interpretación legal, que deberá estarse a sus palabras, finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Sin embargo, cabe también considerar otra interpretación que llevaría a la aplicación supletoria de la LPA a los contratos públicos, en función de lo establecido en el texto de la propia ley con las modificaciones introducidas por la Ley de Bases en su art. 1º referido al ámbito de aplicación, en cuanto señala la aplicación supletoria de los Títulos I, II y III (es decir, de toda la ley menos el Título IV referido a la impugnación judicial) a los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollan ante los órganos y entes de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada y órganos del Poder Legislativo y Poder Judicial y Ministerio Público cuando ejerzan función materialmente administrativa.

Pues bien, en este contexto es de señalar que el régimen de contrataciones constituye un procedimiento especial⁴, regido por ley especial, que en el caso es el Decreto Delegado 1023/01, que tiene como tal rango legal.

Por lo que en este contexto, y salvo que una norma determine contrariamente que el régimen de contrataciones no constituye uno de los procedimientos especiales regidos por ley especial a los que alude el acápite (ii) del inc. b) del art. 1º del actual texto de la LPA, puede sostenerse que si bien se ha eliminado de esta ley la referencia expresa en cuanto a la aplicación directa del Título III a los contratos (en cuanto fuere pertinente) sin haberse sustituido por otra previsión expresa al respecto; se ha introducido de manera implícita la aplicación supletoria de los Títulos I, II y III a los contratos, a través de las previsiones establecidas respecto de los procedimientos especiales, en la nueva normativa citada.

Ello así, la aplicación supletoria del Título I a los contratos, resulta muy valiosa por cuanto allí la Ley de Bases ha incorporado normativamente, entre otras cuestiones, la aplicación de principios que conceptúa de *fundamentales*, como ser especialmente la confianza legítima, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración con el derecho a un plazo razonable⁵, etc. todo lo cual es muy importante en el ámbito de las relaciones contractuales.

De igual manera, las nuevas previsiones en materia de plazos contenidas en dicho Título, como ser especialmente las referidas a los efectos suspensivos de todos los plazos para presentar descargos, interponer recursos o reclamos administrativos, promover acciones judiciales, etc. con motivo de la solicitud de vista de las actuaciones⁶; el plazo máximo para resolver cuando las normas no fijen un

4 En este sentido, el Decreto 722/96, lista una serie de procedimientos considerados especiales respecto de los cuales se determinó la aplicación supletoria de la LPA, entre los cuales se encuentra el régimen de contrataciones del SPN (además del régimen de minería, procedimientos sumariales, audiencias públicas, tribunales administrativos, etc.). En este mismo sentido, ya el régimen anterior del Decreto 9101/72 (derogado por el Decreto 722/96), también determinaba la aplicación supletoria de la LPA a lo referido al régimen de contrataciones.

5 Art. 1º *bis* del texto reformado de la LPA.

6 Acápite (vii) del inciso g) del art. 1º *bis*.

plazo especial a dicho efecto⁷; la interrupción de los plazos por articulación de recursos o acciones judiciales⁸, resultan de relevante aplicación al ámbito contractual; dado que de esta manera a falta de previsión expresa o específica en materia contractual que pudiere establecer una solución diferente sobre estas cuestiones; se aplicaría este conjunto de nuevas disposiciones de la LPA.

Ahora bien, sin perjuicio de todo ello, es de señalar que posteriormente a la Ley de Bases, la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dictó la Disposición 62/24 que aprobó el nuevo Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, en donde se establece la aplicación directa, en cuanto fuere pertinente, de las normas que integran el Título III de la LPA⁹, manteniendo así el criterio de la LPA anterior a la modificación operada por la Ley de Bases, y fijando consecuentemente una suerte de criterio contrario a las modificaciones introducidas por esta nueva ley en cuanto ha eliminado precisamente dicha previsión anterior existente, que aparece no obstante mantenida en el marco de estas previsiones específicas.

Asimismo, este nuevo Pliego establece también la aplicación directa a lo referido en materia recursiva contenida en el Reglamento de la LPA.

(i) El caso de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La ampliación del alcance de la indemnización

La Ley de Bases introduce en la LPA en materia de revocación del acto administrativo con motivo de razones de oportunidad, mérito o conveniencia y en lo referido al alcance de la indemnización a abonar al particular (sin perjuicio de la cuestión en torno al tipo de acto a que la norma refiere¹⁰), el pago de lucro cesante debidamente acreditado; estableciendo la procedencia de la indemnización de los perjuicios producidos de conformidad con la metodología dispuesta en la reglamentación¹¹.

Esta solución también es aplicable, no sólo a la revocación sino también a la sustitución o suspensión del acto administrativo por dichas razones de interés público, conforme lo establecido expresamente en la norma en cuestión.

7 Previsto en sesenta (60) días una vez que esté en condiciones de ser resuelto por el órgano competente, conforme acápite (viii) del inciso g) del art. 1° bis de la LPA reformada).

8 Inc. i) del art. 1° bis.

9 Art. 2 de la Disposición ONC 62/24, que sustituye el Pliego Único anterior aprobado por Disposición 63/16.

10 Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando “Los límites a la potestad revocatoria de la administración en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *La Ley* del 4/10/24, p.1 – TR LA LEY AR/DOC/2429/2024; en donde señala que el texto vigente mantiene en su opinión, la regla según la cual sólo los actos regulares y por tanto lícitos, pueden ser objeto de revocación en sede administrativa por razones de interés público, sin que esta facultad se extienda a la revocación de los actos irregulares, que sólo puede hacerse por razones de legitimidad.

11 Último párrafo del art. 17 de la LPA.

Por su parte, dicha reglamentación hasta ahora sólo ha establecido que frente al reclamo indemnizatorio por revocación, sustitución o suspensión por razones de oportunidad/mérito, procederá a opción del interesado, la vía administrativa o directamente en sede judicial¹²; con lo cual también se habilita la procedencia de la vía administrativa para este tipo de reclamo de daños y perjuicios a opción del particular; lo que podría implicar la derogación o inaplicación del Decreto 28.211/44, bajo cuyo sustento la Administración no ha reconocido en general, el pago de sumas de dinero en esta sede¹³.

Esto así, se traduce en un tratamiento absolutamente diferente en materia de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sea que se trate de un acto administrativo o de un contrato, dado que mientras que en el acto la ley admite ahora el pago del lucro cesante acreditado, en el ámbito del contrato permanece la exclusión expresa a modo general, estableciendo por su parte el Decreto 1.030/16, que se pagará en esos casos, únicamente el daño emergente debidamente acreditado¹⁴.

Igual situación se receipta en el marco de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, en cuanto establece que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional, no procediendo en ningún caso el pago del lucro cesante¹⁵.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, en el marco de ciertos contratos específicos, como ser los de concesión de obra e infraestructura pública, con apoyatura en criterios jurisprudenciales existentes¹⁶, la Ley de Bases en sus modificaciones al régimen de la Ley 17.520 introdujo, de manera similar que en los contratos de participación

12 Art. 82 *bis* del Decreto 1.759/72, modificado por Decreto 695/24.

13 A lo largo del tiempo, se han dictado sobre la vigencia y alcance del Decreto 28211/44, distintos y numerosos dictámenes por parte de la PTN (122:358; 123:19; 123:80; 128:516; 130:20; 133:34; 129:34; entre muchos otros); incluyendo también los más actuales en el tiempo: 298:292; 302:484; 303:297; 304:460; 311:090, entre otros.

14 Art. 95.

15 Art. 5° de la Ley 26.944 que sobre la base de la ley de expropiaciones, establece que la indemnización en estos casos comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

16 Pronunciamientos de la CSJN en donde ha reconocido la procedencia del lucro cesante en materia contractual (como ser el célebre caso “Sánchez Granel” - Fallos: 306:1409 de 1984; el caso “IMCA MICA” Fallos: 332:3801 de 2009), como en casos que sin reconocerlo en el caso puntual se ha expresado que no debe ser excluirlo a priori (como en el caso “El Jacarandá” - Fallos: 328:2654 de 2005; y el caso “Zonas Francas” - Fallos: 332:1367 de 2009). En el caso “El Jacarandá” (revocación por oportunidad, mérito, de una licencia de radiodifusión) se señaló que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas.

público privada¹⁷, el pago de compensaciones al concesionario en caso de extinción del contrato incluyendo expresamente las razones de interés público, en cuyo caso no resulta de aplicación ni directa, ni supletoria ni analógicamente, normativa alguna que establezca limitación de responsabilidad, como la contenida especialmente en las Leyes de Expropiación (21.499); de Responsabilidad Estatal (26.944) y en el Decreto 1.023/01¹⁸. En el marco de estos contratos, el Decreto 1.023/01 resulta además directamente excluido a modo general, no siendo de aplicación ni de manera directa, ni supletoria ni analógica a las disposiciones de la Ley 17.520¹⁹.

Posteriormente, la reglamentación de la Ley de Bases en materia de concesiones de obra e infraestructura pública, delegó a los Pliegos de la licitación respectiva a cada contrato, la determinación de la metodología de cálculo a los fines de fijar el monto de dichas compensaciones, a través de fórmulas u otros mecanismos reglados que permitan cuantificar en forma fehaciente las inversiones no amortizadas realizadas por el concesionario²⁰.

Por lo que no resultaría irrazonable esperar, que ante una modificación del régimen general de las contrataciones, actualmente presidido por el Decreto 1.023/01, se modifiquen ciertos criterios imperantes, entre los cuales podría incluirse el alcance de la indemnización en caso de extinción de los contratos por razones de interés público, eliminándose o limitándose la actual cláusula que excluye expresamente y de manera absoluta, de la indemnización a abonar en estos casos, el pago del lucro cesante²¹.

Por el momento, el nuevo Pliego Único de Bases y Condiciones Generales recientemente sancionado y arriba aludido, siguiendo el criterio de los Decretos 1.023/01 y 1.030/16 vigentes al respecto, establece la improcedencia del derecho al reconocimiento de la indemnización por lucro cesante en los casos de revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia²².

Sin perjuicio de ello, y como aquí se ha señalado, toda vez que dicho Pliego por otro lado dispone expresamente la aplicación directa a los contratos involucrados en su normativa, del Título III de la LPA, en cuyo contexto se encuentra el art. 17 con la nueva previsión analizada, que autoriza el pago del lucro cesante debidamente acreditado, en caso de revocación del acto administrativo por iguales razones; podrían generarse situaciones equívocas, no obstante que se establece la salvedad que dicha aplicación directa será *en cuanto fuere pertinente*.

17 Inc. p) del art. 9º de la Ley 27.328 y normativa reglamentaria.

18 Inc. e) del art. 7º del actual texto de la Ley 17.520. Por su parte, y asimismo en el art. 12 bis del actual texto de la Ley 17.520, se excluye la aplicación del Decreto 1.023/01, no siendo de aplicación al régimen de dicha ley, ni en forma directa, supletoria ni analógica.

19 Art. 12 bis del nuevo texto de la Ley 17.520.

20 Art. 31 del Anexo II del Decreto 713/2024.

21 Inc. b) del art. 12 del Decreto 1.023/01 y art. 95 del Decreto 1.030/16.

22 Inc. b) del art. 59 de la Disposición ONC 62/24.

2.2. *La excepción de la obligatoriedad del reclamo administrativo previo para los reclamos de daños y perjuicios contractuales*

La Ley de Bases introduce nuevamente entre las excepciones al reclamo administrativo previo del art. 32 de la LPA, la vinculada al reclamo de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual; que ya estaba en la versión original de la LPA y fue derogada con motivo de las modificaciones introducidas por la Ley de Emergencia Pública 25.344.

De esta manera, actualmente con motivo de estas modificaciones que nos ocupan, tanto que se reclamen daños y perjuicios de origen contractual como extracontractual, los particulares podrán acudir directamente a la Justicia sin tener que verse obligados a transitar la vía reclamatoria en sede administrativa; quedando así a opción del particular elegir el camino a seguir al respecto.

Ello por cuanto, al mantenerse en el texto del art. 32 que el reclamo administrativo previo *no será necesario* en los casos que allí se listan, ello no implica que esta vía resulte improcedente frente a los supuestos de excepción allí mencionados—como es el caso del reclamo de daños y perjuicios de origen contractual—, sino que la misma deja ya de ser obligatoria para los proveedores, contratistas o concesionarios del Estado.

Por lo señalado, la modificación en comentario (incluyendo asimismo el resto de las excepciones nuevamente incorporadas al texto del art. 32, legal) constituye una medida beneficiosa para el particular, abriendo nuevamente la alternativa a su elección, para que según los casos y circunstancias, pueda escoger la vía que considere más conveniente a los fines del reclamo de su crédito, sin dilatar—muchas veces inútilmente— el acceso al reclamo judicial.

En este mismo sentido, la inclusión también en el nuevo listado de excepciones al reclamo administrativo previo fijado por la Ley de Bases, del ritualismo inútil ante la existencia de una clara conducta de Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento²³, resulta en mi consideración, muy positiva dado que no sólo su anterior exclusión obligó luego a los jueces a considerar-la igualmente vigente por constituir un principio del derecho administrativo²⁴, sino porque en la práctica muchas veces en materia contractual, en determinadas situaciones la Administración ya tiene postura tomada y reiterada en varios precedentes consecutivos; por lo que también por aplicación de este supuesto (que según los casos podrá sumarse a la excepción por daños y perjuicios por responsabilidad contractual del Estado), el particular puede ahora acudir directamente a la justicia sin verse obligado a agotar vía administrativa.

23 Inc. c) del art. 32 de la LPA.

24 CN Fed. Contencioso administrativo en pleno: “Córdoba, Salvador y otros c/ EN Dirección General de Fabricaciones Militares s/ empleo público”, 2011/05/18.

2.3. *La impugnación de los actos administrativos dictados durante la ejecución contractual. La teoría de los actos coligados*

Otra de las modificaciones importantes en materia contractual introducidas en el ámbito de la LPA, es la referida a la impugnación de los actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato.

Esta temática fue motivo de distintas posturas y de diferentes criterios con idas y vueltas en el tiempo, en el marco de las Salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal y la jurisprudencia de la Corte Suprema, con inicio en el célebre caso “Mevopal”²⁵.

En esta causa, la Corte ya refería de alguna manera al concepto de la teoría de la coligación, propiciada con anterioridad por la doctrina²⁶, al afirmar básicamente que el contrato es un complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato, en la que cada uno es consecuencia del precedente, sin perder por ello su individualidad, pero cuya existencia se justifica *en y para* el contrato administrativo.

Apenas meses después, la Corte Suprema se vuelve a pronunciar en la causa “OKS”²⁷, donde remitiéndose a “Mevopal” concluye en la improcedencia de la aplicación de la caducidad decretada, por resultar extraña al ámbito del litigio en el que la actora pretendía la actualización monetaria de un crédito por mayores costos.

Tiempo después del Plenario “Petracca”²⁸, en virtud del cual la mayoría sienta el criterio que la impugnación de los actos definitivos que agotan la instancia administrativa, dictados durante la ejecución del contrato, están sujetos al plazo de impugnación judicial del art. 25 de la LPA –criterio ratificado poste-

25 En el caso “Mevopal SA y otro c/ Banco Hipotecario”- Fallos: 307:2210 de 1985 básicamente la Corte estableció que los actos administrativos, aún unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25 de la LPA. El máximo Tribunal señaló en este contexto que la solución contraria acarrearía un dispendio jurisdiccional inusitado y un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato, al generar la carga de litigar contra cualquier acto unilateral emitido por la administración; viéndose el contratista del Estado obligado a cuestionar en sede administrativa los actos administrativos contractuales mediante la interposición de los recursos que marca la ley.

26 Ver BARRA, Rodolfo, *Contrato de Obra Pública*, Buenos Aires, Ábaco, T. 1, 1984, p.218; y *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989.

27 “OKS Hnos. y Cia SACI y Financiera c/ Yacimientos Mineros de Aguad de Dionisio” Octubre de 1986, no publicado en colección de Fallos.

28 Plenario “Petracca” (Petracca e Hijos SACIFI y otros c/ Estado Nacional (ente autárquico mundial ‘78) s/ cobro de pesos - CN Apelac. en lo Contencioso Administrativo Federal, del 24 de Abril de 1986.

riormente por la CSJN²⁹–; se empezó a intensificar las distinciones entre la vía impugnatoria y la reclamatoria, a través de distintos pronunciamientos emitidos por la CSJN³⁰.

En el marco de estos vaivenes, la Corte volvió sobre el criterio de la coligación en el caso “Serra”, reiterando la postura ya expuesta en “OKS” y señalando que en el caso la negativa de pago de la ex MCBA sólo exterioriza una circunstancia incidental y accesorio en la relación entre las partes; siendo el contrato y no la negativa de pago la que debe ser guía de la decisión en su momento tome el juez de la causa. Por lo que no es necesaria la deducción de la acción dentro del plazo de caducidad, sino de la prescripción ordinaria³¹.

Finalmente, en el caso “Gypobras”³², la Corte deja de lado la teoría de la incorporación en pos de la doctrina de la separación, siguiendo en buena medida el razonamiento expuesto por la mayoría en el fallo plenario Petracca³³.

29 “Alcántara Diaz Cordero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476, del 20/08/1996; “Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, del 24/09/2013.

30 En este sentido, en los casos “Pensavalle” (Fallos: 296:730) y “Mackentor”, ambos de 1989 y referidos a reclamos en el ámbito de contratos de obra pública, la Corte distinguió estos supuestos donde no se persigue la impugnación de acto administrativo alguno y consecuentemente no debe estar sujeto a las disposiciones de los arts. 23 y 25 de la LPA (en “Mackentor” se trataba de un reclamo de daños y perjuicios por revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, y remitiéndose a “Pensavalle” revoca el fallo de Segunda Instancia que había aplicado el plenario “Petracca”) de aquellos en que sí se intenta la nulidad de acto administrativo, y consecuentemente resulta aplicable el plazo del art. 25 para su impugnación judicial.

31 “Serra Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 1993, Fallos: 316:2454. La causa se originó por una demanda por cobro de honorarios por dirección e inspección de una obra contratada y no ejecutada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ésta opuso la excepción de caducidad de la acción contencioso administrativa, toda vez que no era aplicable al caso el plazo de caducidad, sino el de prescripción. El actor había deducido recurso administrativo que fue resuelto negativamente por el intendente y que la acción la dedujo fuera del plazo previsto en el art. 100 de la Ley Orgánica Municipal N° 19.987. La Corte señaló allí nuevamente la existencia de un complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo; en la que cada uno es consecuencia del precedente sin perder por ello la individualidad, pero cuya existencia se justifica en y para el contrato.

32 “Gypobras SA c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia), 1995, Fallos: 318:4411.

33 Con remisión expresa al ya citado caso “Serra”, el Máximo Tribunal se pronuncia acerca de la constitucionalidad del plazo de caducidad del art. 25 de la LPA, y declaró que el art. 7° de dicha norma, en cuanto determina que los contratos administrativos se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las disposiciones del Título III del mencionado cuerpo normativo, no permite sostener que la misma pauta –aplicación analógica y no directa– se extienda al Título IV, en el que se regula la impugnación judicial de los actos administrativos.

Ello igualmente fue interpretado, en el sentido que este criterio no necesariamente resultaría incompatible con el criterio sentado por el propio Tribunal en la causa “Serra” y bien podría

En todo este contexto, subsistió el interrogante acerca de si el particular debía impugnar judicialmente cada acto dictado durante la ejecución contractual, o sólo el último acto de extinción del contrato; lo que encuadraba en las teorías de los *actos separables* o de los *actos coligados*, respectivamente.

En este sentido, la doctrina ha entendido que esta segunda interpretación es la más razonable –criterio que comparto–, dado que garantiza con mayor nitidez los derechos de los particulares siempre que éstos demuestren que el acto de cierre está ligado (en términos de antecedente y consecuente) con el acto objeto de impugnación³⁴.

La Ley de Bases que nos ocupa, incorpora ahora a la LPA la previsión que establece que los actos administrativos dictados durante la ejecución de los contratos contra el Estado Nacional como de entidades autárquicas y órganos incluidos en el inc. a) del art. 1º, que el contratista haya cuestionado en forma expresa dentro de los treinta (30) días de notificado, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos los ciento ochenta (180) días de extinción del contrato, sin perjuicio de la prescripción que corresponda³⁵.

En materia específica de contratos de concesiones de obra e infraestructura pública, con motivo de las modificaciones introducidas también por la Ley de Bases a la Ley 17.520, se establece con mayor precisión la aplicación de la teoría de los actos coligados al fijarse que se podrá impugnar un acto anterior a través del posterior siempre que compartan los mismos elementos relevantes para la impugnación y que los efectos del acto anterior no exijan su inmediato cuestionamiento; aplicándose esta normativa hasta la extinción del contrato, conforme lo establecido en el inc. e) del art. 23 de la LPA³⁶.

(i) Algunas consideraciones respecto de la nueva previsión de la LPA

a) Requisito de cuestionamiento en el plazo fijado

La LPA alude a los actos dictados durante la ejecución del contrato, sin precisar su carácter (definitivos, interlocutorios o de mero trámite); por lo que independientemente del tipo de cuestionamiento administrativo que corresponda

interpretarse que la Corte Suprema tiene a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LPA es constitucional y se aplica a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato pero no respecto de cualquier decisión, sino de aquellas que revistan naturaleza de acto administrativo propiamente dicho y que alteren o modifiquen la relación jurídica subyacente: MERTEHIKIAN, Eduardo: “La impugnación judicial de actos administrativos contractuales”, en AA.VV *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP 2006, p. 558 y ss.

34 BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, T. IV, Cap. XXI, 2015, pp. 863/864.

35 Inc. e) del art. 23 de la LPA.

36 Penúltimo párrafo del art. 35 del Anexo II del Decreto 713/24.

efectuar según el tipo de acto que se trate³⁷, dicho cuestionamiento, en el plazo fijado de treinta (30) días desde la notificación, constituye el requisito de procedencia a cumplimentarse a los fines de poder luego cuestionar judicialmente el acto, en el plazo de hasta ciento ochenta (180) días de extinguido el contrato; independientemente del tiempo que esto pueda implicar.

Ello a los fines de no tensionar la relación contractual con demandas judiciales entre las mismas partes que deben continuar con la ejecución del acuerdo, en pos de la continuidad del mismo.

b) No exigencia de mantener la impugnación administrativa o promovido la judicial, o la denegatoria expresa o tácita de este cuestionamiento, durante dicha ejecución

Esta previsión introducida por la modificación a la LPA con motivo de la Ley de Bases, apunta a evitar la caducidad del cuestionamiento efectuado, por el paso del tiempo que dure la ejecución contractual, así como la obligatoriedad de tener que iniciar la demanda judicial en los plazos de caducidad fijados³⁸, en caso de haber impugnado y haber obtenido un pronunciamiento adverso.

Por lo que en función de esta nueva normativa específica bajo análisis, las previsiones en materia de caducidad del procedimiento administrativo no serían entonces de aplicación a la impugnación de los actos administrativos dictados durante la ejecución de los contratos, así como tampoco otras previsiones que puedan conducir igualmente a la extinción del reclamo, por no haber mantenido vivo el mismo³⁹.

c) Extinción del contrato

La ley alude de manera general a la posibilidad que tiene el particular de efectuar la impugnación judicial de los actos administrativos dictados durante la ejecución contractual, hasta cumplidos los 180 días de extinción del contrato.

37 Recurso de reconsideración si se trata de cualquier tipo de actos, o recurso jerárquico si se tratare de un acto definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del particular.

38 Plazos que ahora con la Ley de Bases se han extendido, pasando de noventa (90) días hábiles judiciales a ciento ochenta (180) días (art. 25, LPA).

39 No hay que olvidar que ciertas previsiones legales impusieron en su momento, plazo de caducidad y prescripción de acciones para reclamar créditos contra el Estado Nacional (con vencimiento el 30 de Junio de 1995), de causa o título anterior al 1º de abril de 1991; estableciendo además que los procedimientos administrativos que no fueren impulsados por los interesados durante un plazo de sesenta (60) días hábiles desde la última actuación útil, caducaban automáticamente sin necesidad de intimación al interesado para su impulso, ni resolución expresa de la autoridad administrativa competente, no siendo aplicables las disposiciones del art. 1º, inc. e), ap. 9º de la Ley 19.549 (Cfr. arts. 25 a 27 de la Ley 24.447 de Presupuesto del ejercicio 1995, que luego pasaron a integrar e integran la Ley Permanente de Presupuesto 11.672, en sus arts. 171 y 172).

No haciéndose distinción alguna a la causa de extinción del acuerdo, es claro que la previsión rige tanto para situaciones de extinción por cumplimiento de objeto, como para causales de extinción anticipada, como ser los supuestos de revocación, rescisión, caducidad, etc.

Una particularidad podría generarse en el caso de rescisión de mutuo acuerdo, dado que en este contexto, las partes ponen cierre al contrato dejando generalmente a salvo en forma expresa, que no tienen nada que reclamarse y/o que renuncian a los reclamos efectuados y/o a efectuarse en sede administrativa, judicial o arbitral; salvo el caso que expresamente se fijara lo contrario en el acuerdo rescisorio firmado entre las partes.

Por lo que en función de esta nueva previsión en comentario, se permite continuar con la ejecución del contrato sin tener que verse obligado el particular a acudir a la justicia para impugnar cada acto administrativo que se considere ilegítimo dictado durante la ejecución contractual, o bien verse obligado a desistir de ese derecho en pos de la continuidad del acuerdo.

Por estos motivos, entre varios otros, es que también se fue imponiendo la necesidad de pactar cláusulas de arbitraje, especialmente en los contratos de mayor envergadura y montos involucrados; haciendo que estos acuerdos en los hechos, no lleguen a los estrados judiciales.

d) La cuestión de la prescripción

d.1) La habilitación de la impugnación judicial, hasta 180 días de extinguido el contrato, no impide la prescripción de la acción

La previsión bajo análisis del inc. e) del art. 23 de la LPA de poder impugnar judicialmente los actos administrativos dictados durante la ejecución contractual hasta ciento ochenta (180) días de la extinción del acuerdo, deja no obstante expresamente a salvo la aplicación de los plazos de prescripción, al señalar: "...sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan...".

De esta manera, y sin perjuicio del cuestionamiento que pueda hacerse en sede administrativa en el plazo de treinta (30) días del acto administrativo dictado durante la ejecución del contrato, para poder impugnarlo luego judicialmente hasta ciento ochenta (180) días después de su extinción; tratándose en muchos casos de contratos de larga duración (especialmente las obras públicas y las concesiones) sería probable que primero ocurra la prescripción de la acción que el transcurso de ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato.

Por lo que ello así, si bien la norma establece el plazo de caducidad de hasta ciento ochenta (180) días de extinguido el acuerdo para impugnar judicialmente el acto administrativo nulo que fuera ya cuestionado en sede administrativa, en los casos en que el plazo de la prescripción opere primero, la acción judicial

deberá interponerse antes que transcurra dicho plazo, independientemente que el contrato siga en ejecución.

Por lo que claramente en definitiva, lo que la Ley de Bases eliminó es la aplicación del plazo de caducidad para accionar judicialmente la nulidad de actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato, difiriendo el inicio del cómputo de tal plazo (hoy de ciento ochenta (180) días) a la extinción del acuerdo; pero manteniendo a su vez vivo y aplicable el plazo de prescripción de la acción correspondiente; de manera tal que habrá que estar a lo que ocurra primero.

d.2) Plazos de prescripción en juego

La Ley de Bases introduce también en el ámbito de la LPA, plazos de prescripción para la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular, fijando diez (10) años para la nulidad absoluta y dos (2) años para la nulidad relativa, a contar desde la notificación del acto⁴⁰; siendo esta previsión de aplicación también para el Estado⁴¹.

Por lo que aplicando ello al ámbito de la previsión legal aquí bajo análisis, tendríamos que para la impugnación judicial de un acto administrativo dictado durante la ejecución del contrato que se considere nulo, regirían los plazos precedentemente señalados, según que la nulidad sea absoluta o relativa.

Por otro lado está la cuestión del reclamo indemnizatorio que pudiere corresponder como consecuencia del acto administrativo nulo; y finalmente la situación del reclamo de créditos o daños y perjuicios contractuales que no exija impugnación previa de acto administrativo.

En materia de reclamos de daños y perjuicios, la Ley de Bases no introduce plazos de prescripción; por lo que se mantiene el de tres (3) años establecido tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación⁴² (ante la inexistencia de plazos de prescripción diferentes sobre el particular en la normativa específica aplicable), como asimismo en la ley de responsabilidad estatal⁴³, que si bien regula el ámbito de las relaciones extracontractuales, también establece su aplicación supletoria, a falta de previsión específica en materia contractual⁴⁴. Por lo que, tanto de la aplicación del CCyCN como de la ley de responsabilidad estatal, y dado que la Ley de Bases no introdujo modificaciones al respecto, rige el plazo de 3 años para reclamar daños y perjuicios derivado de la responsabilidad estatal.

Ahora bien, la distinción entre ambos supuestos referidos a reclamos indemnizatorios, está dado en la vía legal que corresponda seguir según cada

40 Art. 22, LPA.

41 Art. 27, LPA.

42 Art. 2561.

43 Art. 7º de la Ley 26.944.

44 Art. 10 Ley 26.944.

situación, y consecuentemente el momento a partir del cual inicia el cómputo del plazo de prescripción:

d.2.i) Si se trata de daños y perjuicios derivados de un acto administrativo nulo, el particular tendrá que impugnar dicho acto por la vía de los recursos administrativos correspondientes, y en su caso, obtener un pronunciamiento judicial favorable y firme, con la declaración de nulidad de dicho acto.

Al respecto, la Ley de Bases establece: “La acción contra el Estado Nacional y las entidades autárquicas por los perjuicios ocasionados por sus actos ilegítimos comenzará a correr, para el actor, a partir de la fecha en que quede firme la sentencia que declara su nulidad”⁴⁵.

En primer lugar es de señalar, que la norma alude a que la acción contra el Estado *empieza a correr*; cuando lo que empieza a correr no es la *acción* sino el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios (3 años).

En segundo lugar, con este criterio se estaría reafirmando el carácter accesorio de la acción de daños y perjuicios respecto de la nulidad de acto administrativo cuando el reclamo resarcitorio se origina en el dictado de un acto que se considera viciado; lo que reviste consecuencias prácticas especialmente en materia de prescripción.

En tercer lugar, y sin perjuicio de dicha salvedad, la previsión en cuestión otorga mayor precisión que lo establecido al respecto en la Ley de responsabilidad estatal 26.944 (que como se ha señalado, resulta de aplicación supletoria en materia contractual a falta de disposiciones expresas en la regulación específica), dado que si bien se fijó allí que el interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento⁴⁶, nada se establece respecto del inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Por lo que, haciendo una integración normativa, y en función de la coligación introducida en el inc. *e*) del art. 23 de la LPA, y salvo que se establezca alguna previsión específica que pudiere establecer una solución diferente, surge que:

1. Cuestionado en el plazo de 30 días de notificado, el acto que se considere nulo dictado durante la ejecución contractual, el particular deberá impugnar judicialmente dicho acto en un plazo de:

(i) hasta ciento ochenta (180) días desde la extinción del contrato, o

(ii) en el plazo de prescripción que corresponda (diez (10) años o dos (2) años según se trate de nulidad absoluta o relativa, respectivamente) si este plazo ocurre primero que la extinción contractual.

2. Al momento de la impugnación judicial, el particular podrá a su opción:

45 Segundo párrafo del art. 26 de la LPA.

46 Art. 8°, Ley 26.944.

(i) interponer demanda judicial de nulidad de acto administrativo dictado durante la ejecución del contrato conjuntamente con el reclamo de daños y perjuicios.

(ii) interponer demanda judicial de nulidad de acto administrativo dictado durante la ejecución del contrato, y una vez obtenida sentencia firme favorable de nulidad, interponer acción judicial por daños y perjuicios, en el plazo de tres (3) años de prescripción correspondiente a esta última acción.

En el caso del primer supuesto de demanda conjunta de nulidad de acto administrativo más daños y perjuicios, dada la previsión establecida por la Ley de Bases en el art. 26 de la LPA arriba señalada, el carácter accesorio de la acción resarcitoria a la de nulidad de acto administrativo, el principio constitucional y convencional de tutela judicial efectiva y el consecuente principio *in dubio pro actione*, en caso de tratarse de una nulidad absoluta (que constituye la gran mayoría de los casos), como el plazo de prescripción de la acción de nulidad (10 años) es mayor que el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios (3 años), si se interpusiera la acción conjunta pasados los tres (3) años pero dentro del plazo de 10 años de la nulidad absoluta, la acción de daños y perjuicios no estaría prescrita, por cuanto según la letra expresa del nuevo art. 26 de la LPA, el plazo de prescripción de la acción resarcitoria empieza a correr a partir de la fecha en que quede firme la sentencia que declara su nulidad.

En el supuesto de tratarse de una nulidad relativa, como aquí el plazo de la acción de nulidad de acto administrativo es más breve (2 años) que el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios (3 años), de no haberse interpuesto ambas acciones conjuntamente en el plazo de los 2 años; la acción resarcitoria podrá igualmente iniciarse en el plazo de tres (3) años a contar desde que quede firme la sentencia que declara la nulidad.

Claramente lo que la nueva norma en cuestión persigue, es amparar los derechos de los particulares brindando seguridad jurídica sobre el cómputo de los plazos de prescripción en estos casos, a la par de proteger a través de una mayor cobertura jurídica, el principio de tutela judicial efectiva, por lo que en este contexto es que corresponderá a los jueces aplicar los plazos de prescripción de las acciones judiciales bajo un criterio de interpretación restrictiva.

d.2.ii) Si se trata de reclamos indemnizatorios que no exijan previamente impugnación de acto administrativo alguno, se ha señalado aquí más arriba, la incorporación efectuada por la Ley de Bases de la excepción a la vía del reclamo administrativo previo para estos casos, pudiendo el particular consecuentemente optar por acudir directamente a la justicia sin tener que agotar la vía administrativa a través del reclamo previo; pero habrá de tenerse en cuenta el plazo de prescripción correspondiente.

Finalmente, es de destacar que si el particular interpone igualmente reclamo administrativo previo, dicho reclamo produce ahora en forma expresa, con la reforma de la Ley de Bases, la interrupción de los plazos de prescripción⁴⁷; resultando así esta modificación también claramente beneficiosa a la seguridad jurídica y los derechos del particular; poniendo fin a la discusión en torno a si la interposición del reclamo administrativo previo suspendía o interrumpía los plazos de prescripción.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En general, las modificaciones aquí analizadas introducidas por la Ley de Bases a la LPA, son beneficiosas para los particulares y para la protección y resguardo de sus derechos: tanto desde el punto de vista sustancial como procesal.

Los aspectos procesales (prescripción, caducidad, vías a seguir, etc.) son importantísimos: muchos procedimientos y especialmente procesos judiciales, se ganan o se pierden por cuestiones procesales.

Especialmente con la excepción al reclamo administrativo previo en caso de reclamo de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual y en caso de ritualismo inútil, como con la posibilidad de demandar judicialmente los actos administrativos dictados durante la ejecución del contrato, hasta 180 días de extinguido el mismo o en el plazo de prescripción que corresponda (si esto ocurre primero); se introducen previsiones (algunas ya existentes en la versión original de la LPA) que tienden a eliminar obstáculos al particular para el acceso a la justicia, con la posibilidad asimismo de acudir a ella sin violentar la ejecución contractual.

En efecto, no es razonable que el particular se vea obligado a demandar judicialmente por cada acto administrativo dictado durante la ejecución de un contrato, con las consecuencias que ello genera, máxime tratándose de contratos de larga duración, cuando tiene que continuar la relación contractual con el Estado; y consecuentemente con riesgo no sólo de resentirse el vínculo de necesaria colaboración entre las partes, sino de convertirse en fuente de conductas disvaliosas.

Por lo que las previsiones introducidas por la Ley de Bases en la LPA de aplicación a los contratos administrativos a modo general, conducen a procurar una tutela administrativa y judicial efectiva y el resguardo de los derechos de los particulares, en aplicación del principio general de buena administración.

Sin perjuicio de lo dicho, es de lamentar que la elaboración de una modificación tan importante, transversal y necesaria como lo es la reforma a la LPA de hace más de cincuenta (50) años de su sanción (sin perjuicio de las modificaciones muy puntuales que fueran previamente efectuadas), haya carecido de la necesaria y beneficiosa participación de los distintos actores involucrados, incluyendo

47 Acápite (i) del inc. g) del art. 1° bis del nuevo texto legal.

especialmente la voz de las Universidades, y en especial la de la Universidad de Buenos Aires, donde prevalece y se fomenta el pluralismo de ideas y criterios; que como tal hubiera efectuado un muy valioso aporte colaborativo en la materia.

SUSANA E. VEGA

Es Abogada y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Académica de la Maestría y de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública, Subdirectora Departamento Derecho Público II y Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL: GARANTÍAS EN LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO DEL REFUGIADO A LA LUZ DE LA LEY DE BASES

MARÍA FLORENCIA ZICAVO

Jefa de Gabinete del Ministerio de Justicia.

SUMARIO: 1. Introducción a la definición y el marco legal. 1.1. Contexto actual de la protección internacional. 1.2. Importancia del debido proceso en la determinación del estatuto de refugiado y los cambios al procedimiento de la Ley de Bases. 1.3. La estructura administrativa de la CONARE y sus modificaciones a partir de la Ley de Bases. 2. Marco normativo internacional y nacional. 2.1. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y su receptación legal en la Argentina. 2.2. Rol de las instituciones internacionales y nacionales en el proceso de refugio. 2.3. Rol de las instituciones nacionales en el proceso de refugio. 3. El concepto de debido proceso en el derecho internacional de los refugiados. 3.1 Definición y principios fundamentales del debido proceso. 3.2. Aplicación del debido proceso en procedimientos administrativos y judiciales, las modificaciones a la ley mediante el Decreto 942/2024. 3.3. Derechos procesales esenciales para los solicitantes de Refugio. 4. Garantías procesales en la determinación del estatuto de refugiado. 4.1. Derecho a la asistencia letrada y representación, la incorporación de la Ley de Bases del art. 1 bis de la Ley 19.549. 4.2. Protección contra la devolución (principio de *non-refoulement*). 5. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN A LA DEFINICIÓN Y EL MARCO LEGAL

1.1. *Contexto actual de la protección internacional*

La protección internacional en materia de refugio enfrenta en los últimos años desafíos significativos, a la luz del aumento en las solicitudes de asilo y de las diversas respuestas por parte de los Estados receptores.

Esta situación ha provocado defensas y opiniones por parte de las organizaciones que propenden a la defensa de los derechos de las personas refugiadas como de la propia sociedad que advierte con preocupación el incremento

poblacional en sus territorios, asociando dicha problemática a cuestiones de inseguridad o problemas económico¹.

En 2023, la Unión Europea registró aproximadamente 1.129.800 solicitudes de protección internacional, extremo que representa un incremento del 18% del año 2022. Este aumento se atribuye a conflictos armados, persecuciones políticas y crisis humanitarias en diversas regiones del mundo². La respuesta de los Estados miembros ha sido heterogénea. España, por ejemplo, registró en 2023 un total de 163.220 solicitudes de protección internacional, un 37% más que en el año 2022, alcanzando un máximo histórico. Sin embargo, la tasa de reconocimiento de protección internacional en España se redujo al 12%, muy por debajo de la media europea del 42%³.

La creciente demanda ha puesto de manifiesto deficiencias en los sistemas de asilo, incluyendo retrasos en la tramitación de las solicitudes y dificultades en la integración de las personas refugiadas. Además, la implementación del Pacto Europeo de Migración y Asilo, aprobado en el año 2024, ha generado grandes controversias debido a su enfoque en la externalización de fronteras y las implicaciones para los derechos de las personas migrantes y refugiadas⁴.

En América Latina, la crisis de las personas refugiadas venezolanas continúa siendo una preocupación central. Millones de personas venezolanas han buscado refugio en países vecinos debido a la crisis política y económica imperante. La Argentina ha sido uno de los destinos para estos refugiados, implementando políticas de acogida y de regularización migratoria para facilitar su integración⁵.

En nuestro país en un contexto de cambios de paradigmas políticos, se sancionó la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), que busca reformar, y por qué no, refundar muchas de las instituciones jurídicas, tocando –directa o indirectamente como se verá– aspectos fundamentales del régimen de refugio.

1 Si bien la problemática del refugio es una cuestión compleja, existe, cada vez, una mayor crítica por parte de medios de comunicación o sectores políticos que asocian la falta de control y gestión ordenada de las migraciones, con el delito y la economía. Sin pretender agotar la cuestión ver <https://www.infobae.com/america/agencias/2024/09/27/oim-flujo-migratorio-aeuu-plantea-la-necesidad-de-respuestas-coordinadas-entre-paises/> también <https://repositorioinstitucional.buap.mx/items/5d02dbad-fec1-4284-8261-e755914b2c3f> y https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992009000200004 entre muchos otros.

2 <https://www.accem.es/consulta-el-informe-personas-refugiadas-2024-elaborado-por-accem/>.

3 <https://www.cear.es/noticias/informe-anual-cear-2024-personas-refugiadas/>.

4 <https://www.cear.es/informes/>.

5 Así, recientemente en fecha 5 de septiembre de 2024 por Disposición 388/2024 la República Argentina lanzó el Régimen especial de regularización migratoria para nativos de la República Bolivariana de Venezuela <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/313426/20240906>.

En ese contexto actual la protección internacional en materia de refugio se encuentra caracterizada por un aumento en las solicitudes de asilo y respuestas dispares por parte de los Estados receptores.

1.2. *Importancia del debido proceso en la determinación del estatuto de refugiado y los cambios al procedimiento de la Ley de Bases*

La Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Ley 26.165) establece un marco integral para la protección de los derechos de los refugiados en Argentina. En este contexto, la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) es el órgano clave creado por la ley, encargado de coordinar y aplicar las políticas de reconocimiento y protección al refugiado, asegurando un acceso adecuado a los derechos y la seguridad para quienes huyen de persecuciones y conflictos en sus países de origen.

En ese marco la Ley 27.742 hizo algunas modificaciones generales al Régimen de Procedimientos Administrativos de la Ley 19.549⁶ tanto en lo que hace al debido proceso como en lo que hace al derecho de los administrados. De esta manera los arts. 24 y 25 definen principios fundamentales, como el derecho al debido proceso, la tutela efectiva, la celeridad, la transparencia y la economía, que también aplican en los procedimientos administrativos para refugiados. En ese aspecto el derecho a ser oído y a ofrecer pruebas incorporado al art. 1° *bis* de la Ley 19.549 por el art. 25 de la Ley de Bases son esenciales en las audiencias de refugio y deben cumplirse estrictamente.

En ese sentido el principio de *celeridad y eficiencia* del art. 1° *bis*, inc. c) establece la gratuidad en los trámites administrativos, que en concordancia con el Decreto 942/1995⁷ beneficia a los refugiados al no imponerles costos adicionales para la tramitación de su estatus.

Por otro lado, la Ley de Bases hizo modificaciones importantes en materia de tutela judicial modificando el instituto del amparo por mora⁸ con una mirada más protectora de los derechos del administrado. Ello es así ya que otorga la posibilidad de solicitar una orden de pronto despacho ante demoras administrativas y permite que un refugiado o solicitante de asilo exija celeridad si la Administración no cumple con los plazos razonables. Este *pronto despacho* es esencial en contextos de urgencia en los que el solicitante necesita una resolución rápida para la declaración del estatuto y en definitiva su protección internacional.

En materia de nulidad de los actos administrativos, los arts. 34 a 39 de la Ley de Bases detallan circunstancias en las cuales un acto administrativo es nulo, incluyendo el dolo o la violación de procedimientos. La falta de un procedimiento

6 Arts. 24 a 36 de la Ley 27.742.

7 <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=31687>.

8 Arts. 28 y 29 de la Ley 19.549 modificado por los arts. 47 y 48 de la Ley 27.742.

reglado implica en algún punto la falta de garantías de un solicitante al no saber de manera certera los criterios de elegibilidad para la obtención del estatuto de refugiado. Este detalle no resulta menor en materia de refugio sobre todo tomando en cuenta que al día de hoy, a casi veinte (20) años de la sanción de la Ley de Refugio no cuenta con una reglamentación⁹.

No obstante ello, el ACNUR en tanto agencia de las Naciones Unidas a través de su Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional, en virtud de la Convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados¹⁰ elaboró un documento clave que proporciona directrices y criterios específicos para interpretar la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Dicho manual forma parte del bloque normativo de refugio conforme lo estatuido en el art. 35 de la Ley 26.165¹¹.

Este manual aborda en detalle criterios para la determinación de la condición de refugiado, explicando quiénes califican para ser reconocidos como refugiados bajo el marco legal internacional, desglosando los elementos necesarios para identificar situaciones de persecución, motivos específicos de temor, (como raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas), y el concepto de *temor fundado*.

Además proporciona lineamientos para las etapas del proceso de determinación de refugio, destacando la importancia de la evaluación individual de cada caso y las metodologías para las entrevistas con los solicitantes.

En ese mismo sentido, define los casos en los que una persona, aunque haya huido de su país, no pueda ser reconocida como refugiada, como aquellos involucrados en crímenes de guerra, delitos graves o acciones contrarias a los objetivos de las Naciones Unidas. Pero centralmente el manual hace énfasis en los principios de no devolución (*non-refoulement*), integración local, y la responsabilidad de los Estados de proteger y no rechazar a los refugiados por motivos que no sean los estricta y excepcionalmente previstos en la Convención.

En definitiva, estos procedimientos que hacen claramente al debido proceso del solicitante de refugio forman parte del acto administrativo (conf. art. 7º inc.

9 Véase en ese sentido lo advertido ya en su momento en la publicación de ZICAVO, María Florencia y Luis Alejandro GUASTI “El Refugio en Argentina y su marco interno” disponible en ,Dial.com https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?base=50&id=15520&t=d.

10 <https://www.acnur.org/media/manual-sobre-procedimientos-y-criterios-para-determinar-la-condicion-de-refugiado-y>.

11 Artículo 35. – En el cumplimiento de las funciones que les son asignadas en la presente ley, la Secretaría Ejecutiva y la Comisión tendrán presente los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.

d) de la Ley 19.549, modificada por la Ley de Bases) y no pueden sortearse sin incurrir en nulidad.

En ese marco no puede soslayarse, en lo que respecta a las modificaciones del art. 14 de la Ley de Procedimientos Administrativos agregadas por la Ley de Bases para la nulidad absoluta e insanable de los actos administrativos: “Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado”¹². Dicho vicio se encuentra dentro de los vicios de la voluntad de la administración y juega de manera directa e inmediata en el régimen de refugio en tanto el órgano decisor es un órgano colegiado como la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

1.3. La estructura administrativa de la CONARE y sus modificaciones a partir de la Ley de Bases

La Comisión Nacional de los Refugiados, conforme lo establece el art. 18 de la Ley de Refugio que se vio modificado en su integración mediante Decreto Delegado 819/2024 de fecha 11 de septiembre de 2024.

La CONARE se estructura integralmente con cinco miembros principales, cada uno de los cuales representan diferentes carteras ministeriales del gobierno nacional.

En dicha integración, se incluyen miembros sin derecho a voto, como un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y un representante de organizaciones no gubernamentales (ONG) sin fines de lucro, ambos con amplia experiencia en la defensa de los derechos humanos de personas refugiadas.

Respecto de los integrantes con derecho a voto se encuentran:

- un representante de la Vicejefatura de Gabinete del Interior de la Jefatura de Gabinete de Ministros,
- un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto,
- un representante del Ministerio de Justicia,
- un representante del Ministerio de Capital Humano,
- un representante del Ministerio de Seguridad.

Todos los miembros deben contar con una reconocida trayectoria en la materia y una elevada autoridad moral, cumpliendo con el requisito de actuar con independencia funcional.

En ese aspecto, la CONARE posee un abanico amplio de funciones, entre las que destacan:

- Protección de Derechos: Garantizar los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo en territorio argentino, así como de sus familiares.

¹² Artículo 14: El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: “(v) Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado...”

- Determinación de la Condición de Refugiado: Resolver, en primera instancia, sobre el reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado.
- Reunificación Familiar y Reasentamiento: Autorizar solicitudes de ingreso por razones familiares y facilitar procesos de repatriación voluntaria o reasentamiento.
- Coordinación Interinstitucional: Convocar a autoridades nacionales y provinciales para coordinar acciones en favor de los refugiados, así como elaborar planes de acción y contingencia en casos de aumento sustancial de los pedidos de refugio.
- Informe Anual: Presentar un informe anual al Presidente de la Nación detallando los casos resueltos y pendientes, junto con un análisis de las situaciones tratadas.

Este órgano cuenta con una Secretaría Ejecutiva, encargada de apoyar la gestión administrativa y técnica en los expedientes de reconocimiento de condición de refugiado. La Secretaría se encarga, entre otras funciones, de iniciar expedientes, entrevistar solicitantes, expedir permisos de residencia provisoria y gestionar el acceso de los solicitantes a derechos fundamentales como educación y salud.

Previo a la Ley de Bases y el Decreto que modificó la estructura de la CONARE sus integrantes se dividían entre el ex INADI, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Justicia.

Con la nueva conformación los estamentos del Poder Ejecutivo si bien tienen una visión mayoritariamente recostada en la cuestión social y de Derechos Humanos, con el representante del Ministerio de Seguridad agrega una mirada preventiva en materia de salvaguarda y resguardo de la población ante peligros cada vez más acuciantes como el crimen organizado y el terrorismo.

En definitiva, quien siempre define el otorgamiento de la protección es el poder ejecutivo a través de sus estamentos y será la evolución y los controles judiciales y legales que verán que siempre se haga de acuerdo a los criterios internacionales y de derechos humanos.

En todo caso, la declaración de emergencia estipulada en la Ley de Bases otorga amplias facultades al Poder Ejecutivo para reorganizar aspectos administrativos.

De esta manera los arts. 2 y 3 otorgaron al Poder Ejecutivo la facultad para modificar o reorganizar organismos, excluyendo los entes expresamente mencionados en la ley. Esa fue la base mediante la cual la CONARE vio afectada su estructura.

2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL

2.1. Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y su receptación legal en la Argentina

El marco normativo que rige la protección de las personas refugiadas a nivel internacional se establece principalmente en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Esta Convención representa el pilar fundamental del derecho internacional en la materia y constituye un hito histórico en el desarrollo de los derechos humanos, reconociendo la necesidad de

proteger a quienes, debido a fundados temores de persecución, se ven forzados a abandonar sus países de origen.

Es importante remarcar que esta Convención fue adoptada luego de acaecida la Segunda Guerra Mundial, donde millones de personas se encontraban desplazadas debido a conflictos y persecuciones políticas, surgiendo como una respuesta de la comunidad internacional para abordar la grave crisis de desplazamiento y establecer un marco jurídico común que permitiera a los Estados coordinar esfuerzos en la protección de las personas refugiadas.

En sus disposiciones, la Convención reconoce como refugiado a toda persona que, “debido a fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de origen y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de dicho país”.

La definición contenida en la Convención fue limitada inicialmente en cuanto a su ámbito temporal y geográfico, restringiéndose a personas que hubieran sido víctimas de eventos ocurridos en Europa antes de 1951¹³. Sin embargo, este enfoque inicial de carácter limitado fue ampliado posteriormente con la adopción del Protocolo de 1967, permitiendo una aplicación universal y atemporal de los principios establecidos en la Convención¹⁴, lo que consolidó su carácter como la principal herramienta normativa a nivel internacional en la protección de refugiados.¹⁵

En ese sentido, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 establecen principios rectores que son fundamentales en la protección de los refugiados. Entre ellos, se destacan:

a) Principio de No Devolución (*Non-Refoulement*): Este principio prohíbe a los Estados expulsar o devolver a una persona refugiada a un territorio donde su vida o libertad puedan estar en riesgo por motivos de persecución.

Considerado este principio una norma de *ius cogens* en el derecho internacional, implica el carácter obligatorio de su aplicación por parte de los estados, el cual no puede ser derogado por ningún país siquiera en situaciones excepcionales.

b) Derecho a No Ser Penalizado por Entrada Irregular: La Convención reconoce que, dadas las circunstancias de persecución y huida, las personas refugiadas a menudo no pueden cumplir con los requisitos legales de ingreso a un país, y en consecuencia, prohíbe su penalización por ingresar de forma irregular.

13 Art. 1º(A)(2), que define a las personas refugiadas como aquellas que, debido a fundados temores de persecución, “se encuentren fuera del país de su nacionalidad” y añade la limitación de los eventos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, otorgando a los Estados la posibilidad de limitar la aplicación a eventos en Europa. https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf.

14 Para mayor detalle, ver GOODWIN-GILL, Guy S., y McADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2007.

15 <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>.

c) Protección de los Derechos Humanos de las Personas Refugiadas: La Convención garantiza un conjunto de derechos a las personas refugiadas, incluyendo el derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la libertad de religión y a la protección contra tratos inhumanos y degradantes. Estos derechos buscan asegurar una integración digna y plena en la sociedad que les acoge.

d) Documentación y Facilitación de Documentación para la migración y Naturalización: La Convención establece que los Estados deben proporcionar documentación a las personas refugiadas y facilitar su naturalización, permitiéndoles eventualmente adquirir una nacionalidad y gozar de los derechos plenos que esta implica.

El procedimiento para la determinación de las personas refugiadas se basa en los estándares internacionales y respeta los principios de confidencialidad, acceso a la información, y derecho de apelación. Asimismo, (y conforme se explicó previamente), se creó la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), encargada de evaluar las solicitudes de asilo y coordinar la implementación de políticas de integración para quienes son reconocidos como refugiados en el país.

De esta manera y en consonancia con la Convención de 1951, la Ley 26.165 establece el principio de no devolución, garantizando que ninguna persona reconocida como refugiada será retornada a un territorio donde su vida, seguridad o libertad puedan estar amenazadas. Este principio también se aplica durante el proceso de evaluación de la solicitud de asilo, garantizando la protección temporal hasta que se determine su situación definitiva.

Nuestra Ley de Refugio garantiza que las personas refugiadas en Argentina gocen de los mismos derechos civiles y sociales que los ciudadanos argentinos, en la medida de lo posible. Esto incluye el derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social, así como acceso a servicios de salud y programas de integración, facilitando, además, los trámites de documentación, permitiendo que las personas refugiadas puedan obtener una residencia y eventualmente solicitar la ciudadanía¹⁶.

La normativa incluso protege situaciones donde una persona no cumple estrictamente con la definición de refugiado de la Convención, contando con mecanismos de protección complementarios, que permiten otorgar protección temporal a personas en situaciones de vulnerabilidad que necesitan protección frente a riesgos graves en sus países de origen, como conflictos armados o situaciones de violencia generalizada.

16 Art. 57 de la Ley 26.165: “Las disposiciones y alcances de esta ley serán interpretadas y aplicadas de acuerdo a los principios y normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra de 1951 y el correspondiente Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y todas aquellas disposiciones o convenciones aplicables de los Derechos Humanos y sobre refugiados ratificados por la República Argentina y/o contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional e instrumentos de asilo vigentes en la República Argentina”.

Así por ejemplo el art. 23 inc. *m*) de la Ley 25.871 establece la posibilidad de obtener una residencia en el país por *razones humanitarias* para el caso de extranjeros que invoquen razones humanitarias que justifiquen un tratamiento especial. Pero incluso en casos de extranjeros con órdenes de expulsión se puede dispensar el impedimento de residencia por razones humanitarias¹⁷.

En definitiva, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 constituyen la piedra angular del sistema de protección internacional para personas refugiadas. La implementación de estos instrumentos en Argentina, a través de la Ley 26.165 y el establecimiento de la CONARE, más allá de reflejar un compromiso con los principios de protección y no devolución, así como con la provisión de derechos y facilidades para la integración de las personas refugiadas en el país, significan un instrumento internacional fundamental en materia humanitaria para poder gestionar las poblaciones que huyen de la persecución política y las guerras en tanto fenómeno de las luchas geopolíticas lamentablemente muy comunes y normales en el orden mundial.

Es en este contexto global donde las crisis de desplazamiento forzado se han intensificado en los últimos años la reafirmación de estos compromisos y el fortalecimiento de las estructuras nacionales de protección resultan esenciales para brindar una respuesta humanitaria adecuada y eficaz, en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

2.2. Rol de las instituciones internacionales y nacionales en el proceso de refugio

En el proceso de refugio el rol de las instituciones internacionales y nacionales es clave para la implementación efectiva de este proceso, asegurando que se respeten los estándares internacionales y se brinde la protección adecuada a los solicitantes de refugio y personas ya reconocidas como refugiadas.

De esta manera corresponde examinar de manera exhaustiva los organismos internacionales y nacionales implicados en el proceso de refugio y los documentos fundamentales que guían sus actuaciones y principios en materia de protección internacional.

(i) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es el organismo internacional clave en la protección de personas refugiadas a nivel mundial. Fundado en 1950 por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

¹⁷ Art. 29 *in fine* de la Ley 25.871 indica en su parte pertinente: “La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

ACNUR tiene el mandato de proteger los derechos y el bienestar de los refugiados, así como de promover soluciones duraderas para ellos.

Entre los principales documentos de ACNUR se encuentran:

- 1) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Este instrumento define quién es un refugiado y establece los derechos y las obligaciones de las personas refugiadas y de los Estados. La Convención de 1951 introduce el principio de *non-refoulement* o no devolución, que prohíbe devolver a una persona a un país donde su vida o libertad esté en peligro.
- 2) Guías y manuales del ACNUR sobre la protección internacional. ACNUR publica guías para la determinación del estatus de refugiado¹⁸, entre las más conocidas se encuentran:
 - a) El “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado (Guía de 1992)”. Ayuda a los Estados en la implementación de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967¹⁹.
 - b) La “Guía de Actuación en la Asistencia Jurídica a Solicitantes de Protección Internacional”. Elaborada en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, esta guía proporciona pautas para la asistencia jurídica a solicitantes de asilo en España.²⁰
 - c) El “Manual para Situaciones de Emergencia”. Este manual aborda la respuesta del ACNUR en situaciones de emergencia, incluyendo la protección de refugiados y desplazados internos.²¹
 - d) Las “Directrices sobre Protección Internacional N.º 9”. Estas directrices se centran en las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género.²²
 - e) El “Manual sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado (Edición de 2019)”. Actualización del manual que proporciona orientación sobre la determinación de la condición de refugiado.²³

18 Son muchas las guías y directrices que publica periódicamente la ACNUR, a modo de ejemplo también podemos mencionar, las Directrices sobre Protección Internacional N.º 5: “Aplicación de las Cláusulas de Exclusión, las Directrices sobre Protección Internacional N.º 7”. La “Aplicación del Artículo 1A(2) en Relación con las Víctimas de la Trata de Personas”, las “Directrices sobre Protección Internacional N.º 8”: Solicitudes de Asilo de Niños y muchas otras.

19 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983.pdf>

20 <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/8257.pdf>.

21 <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/1643.pdf>

22 <https://www.refworld.org/es/pol/posicion/acnur/2012/es/89548>.

23 <https://www.refworld.org/es/docid/5d9e13214.html>.

f) Las “Publicaciones de ACNUR en España”. Esta página recopila diversas publicaciones del ACNUR relacionadas con la protección internacional en España, incluyendo guías y manuales²⁴.

- 3) “Conclusiones del Comité Ejecutivo de ACNUR”. Este Comité, que representa a los Estados miembros, emite recomendaciones y guías interpretativas no vinculantes, conocidas como conclusiones. Ejemplos clave son las Conclusiones N.º 79 (1996) sobre la Protección Internacional y N.º 103 (2005) sobre Niños y Niñas Refugiados.
- 4) “Directrices del ACNUR sobre protección de género y protección infantil”. Estas incluyen pautas para abordar las necesidades específicas de las mujeres, niños y personas LGBTIQ+ en el proceso de refugio, como las Directrices sobre Protección Internacional N.º 1 de 2002.

El ACNUR colabora estrechamente con los gobiernos para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones bajo el derecho internacional y brinda asistencia técnica, capacitación y monitoreo a los Estados en la implementación de políticas de refugio.

(ii) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y juega un rol fundamental en la supervisión del cumplimiento de los derechos humanos en el continente americano, incluyendo el derecho de las personas refugiadas y solicitantes de asilo. La CIDH ha trabajado para proteger a las personas en movilidad forzada, tanto refugiadas como desplazadas internas.

De esta manera la CIDH fue elaborando documentos y resoluciones clave que incluyen entre muchos otros:

a) “Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas (Resolución 04/2019)”. Este documento sistematiza la posición de la CIDH sobre la protección de derechos humanos en el contexto de movilidad humana, incluyendo el derecho al refugio²⁵.

b) “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado (2000)”. Este informe es un ejemplo de las investigaciones de la CIDH sobre los sistemas nacionales de refugio y sus desafíos en términos de protección²⁶.

²⁴ <https://www.acnur.org/es-es/acnur-en-espana/publicaciones-de-acnur-en-espana>

²⁵ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/principios%20ddhh%20migrantes%20-%20es.pdf>.

²⁶ <https://www.cidh.org/countryrep/Canada2000sp/indice.htm>.

c) “Observación General N.º 15 (1988) y Observación General N.º 20 (2009)”. Estas observaciones desarrollan estándares y recomendaciones sobre la protección de las personas extranjeras, incluyendo las personas refugiadas, en el continente americano²⁷.

Dentro del sistema Interamericano de Derechos Humanos, la CIDH tiene además la capacidad de presentar casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que esta determine la responsabilidad de los Estados en violaciones a los derechos de personas refugiadas y migrantes.

(iii) *Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con sede en San José, Costa Rica, interpreta y aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los casos que se presentan ante ella, emitiendo sentencias vinculantes para los Estados partes.

Sus decisiones y opiniones consultivas han sido relevantes en materia de extranjeros y refugiados. Aquí, algunas de los más relevantes:

a) Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003): Esta opinión consultiva establece que todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, gozan de los derechos establecidos en la Convención Americana, y señala que el principio de no discriminación se aplica a los refugiados²⁸.

b) Caso “Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia” (2013): La Corte IDH resolvió sobre la obligación del Estado de otorgar un debido proceso en el contexto de la deportación de solicitantes de asilo y de respetar el principio de no devolución²⁹.

c) Opinión Consultiva OC-21/14 sobre los Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional (2014): Establece que los Estados tienen la obligación de proteger a los menores migrantes y refugiados de la detención migratoria y de respetar el principio de unidad familiar³⁰.

d) Debido Proceso en los Procedimientos para la Determinación de la Condición de Persona Refugiada y Apátrida: Este documento es un informe exhaustivo de la CIDH que analiza los estándares de debido proceso aplicables en los procedimientos de reconocimiento de personas refugiadas y apátridas en las Américas. El informe destaca la importancia de garantizar procedimientos justos, accesibles y adaptados a las necesidades específicas de personas en movilidad humana. Aborda cuestiones como el acceso a información y asesoría jurídica, la

27 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf>.

28 https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

29 https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf.

30 https://biblioteca.corteidh.or.cr/blobs/cidh/199/2021/39/seriea_esp.pdf.

posibilidad de apelar decisiones adversas y la necesidad de contar con procedimientos de determinación de estatus que respeten el principio de no devolución y otras normas de derechos humanos³¹.

e) Informe sobre Movilidad Humana: Derechos Humanos de Migrantes, Refugiados, Apátridas, Víctimas de Trata de Personas y Desplazados Internos: Este informe presenta un análisis integral de la situación de movilidad humana en las Américas, destacando las obligaciones de los Estados para proteger a personas migrantes y refugiadas. Incluye estándares y buenas prácticas en el trato a personas en movilidad humana, con especial atención a la protección de personas refugiadas y a la aplicación del principio de no devolución (*non-refoulement*), además de recomendaciones específicas para mejorar los sistemas de protección³².

f) Resolución 2/18 sobre Migración Forzada de Personas Venezolanas: La Resolución 2/18 es un pronunciamiento específico sobre la situación de personas migrantes y refugiadas venezolanas en el continente americano. La CIDH analiza el éxodo venezolano y ofrece directrices para garantizar la protección de los derechos humanos de estas personas, especialmente a través de la implementación de mecanismos de protección complementaria y el acceso a derechos básicos³³.

g) Principios Interamericanos para la Protección de los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de Trata de Personas (Resolución 04/2019): Este documento contiene un conjunto de principios y estándares que sintetizan la posición de la CIDH respecto a la protección de derechos humanos en contextos de movilidad humana. Abarca el derecho de las personas migrantes y refugiadas a acceder a procedimientos de asilo y refugio justos y transparentes, el derecho a la no discriminación y el derecho a la no devolución, entre otros³⁴.

h) Informe sobre Violencia y Discriminación contra Mujeres, Niñas y Adolescentes en Contextos de Movilidad Humana: Este informe aborda las situaciones de violencia y discriminación que enfrentan las mujeres, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana en las Américas. La CIDH examina cómo la violencia de género y las prácticas discriminatorias influyen en el acceso de estas personas a procedimientos de asilo y refugio y formula recomendaciones para que los Estados integren una perspectiva de género en sus políticas de refugio³⁵.

31 <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53062>.

32 <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

33 <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>.

34 <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.

35 <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/informe-movilidad-humana-y-obligaciones-de-proteccion-C3%B3n-hacia-una-perspectiva-subregional>.

(iv) Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Al otro lado del océano el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, Francia, es el órgano judicial del Consejo de Europa encargado de supervisar el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Su jurisprudencia ha sido fundamental en la interpretación del principio de no devolución y de los derechos de las personas refugiadas.

Las sentencias y resoluciones más importantes del TEDH en la materia incluyen:

a) caso “Soering vs. Reino Unido (1989)”: El TEDH estableció que la extradición de una persona a un país donde corre el riesgo de ser sometida a tratos inhumanos o degradantes viola el art. 3 del CEDH, lo que representa un precedente fundamental para el principio de no devolución³⁶.

b) caso “M.S.S. vs. Bélgica y Grecia (2011)”: Esta sentencia reafirmó que los Estados deben garantizar condiciones dignas para los solicitantes de asilo y respetar sus derechos fundamentales bajo el CEDH³⁷.

c) caso “Hirsi Jamaa y Otros vs. Italia (2012)”: Este fallo impidió la práctica de rechazo en frontera (pushback) de solicitantes de asilo, estableciendo que cualquier acción de devolución en el mar debe cumplir con el principio de no devolución³⁸.

(v) Consejo de Derechos Humanos de la ONU y Comité de Derechos Humanos

El Consejo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU supervisan el cumplimiento de tratados clave, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y emiten observaciones y recomendaciones vinculantes para los Estados.

Entre las observaciones y resoluciones relevantes se incluyen:

a) Observación General N.º 31 del Comité de Derechos Humanos: Señala que los derechos del PIDCP aplican a todas las personas dentro de la jurisdicción de un Estado, incluyendo personas refugiadas y solicitantes de asilo.

b) Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Refugiados: Estas resoluciones abordan los derechos de las personas refugiadas y su protección en contextos de emergencia humanitaria y conflicto armado.

Todo este complejo entramado de organismos internacionales lo que busca sobre todo es la protección de los migrantes más vulnerables entre los vulnerables como son los refugiados.

36 <https://www.refworld.org/es/jur/jur/crm/1989/es/132772>.

37 <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/echr/2011/en/77079>.

38 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?TID=ehxgzcrao&filename=002-102.pdf&id=002-102&library=ECHR>.

2.3. Rol de las instituciones nacionales en el proceso de refugio

Conforme el entramado internacional explicado más arriba, los Estados son responsables de implementar y cumplir con sus obligaciones internacionales a nivel nacional mediante leyes, políticas, y estructuras administrativas. Los organismos nacionales juegan un rol crucial en el reconocimiento de personas refugiadas, la gestión de solicitudes de asilo y la implementación de soluciones duraderas.

(i) Oficinas nacionales de refugio y asilo

Las oficinas nacionales de refugio y asilo son responsables de recibir, procesar y evaluar las solicitudes de asilo y de reconocer la condición de refugiado conforme al marco legal nacional e internacional. Estas oficinas trabajan en colaboración con ACNUR para recibir capacitación y asistencia técnica que garantice la adherencia a estándares internacionales. En el caso de Argentina como se explicó el órgano rector es la CONARE y su brazo administrativo es la Secretaría Ejecutiva.

(ii) Órganos administrativos y judiciales

Los órganos administrativos y judiciales tienen un papel vital en el proceso de refugio, ya que son responsables de revisar decisiones de las oficinas de asilo y resolver apelaciones de solicitantes cuya solicitud ha sido denegada. Estos órganos jurisdiccionales deben garantizar el acceso a un proceso justo, con asesoría legal adecuada, y el derecho a la apelación, en consonancia con el principio de debido proceso.

(iii) Defensorías del pueblo y comisiones nacionales de derechos humanos

Las Defensorías del Pueblo y Comisiones Nacionales de Derechos Humanos también desempeñan un papel en la supervisión de los derechos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo. Estas instituciones monitorean que los procedimientos sean acordes a los derechos humanos, denuncian violaciones y promueven reformas en el sistema de refugio y asilo en caso de detectar irregularidades.

En definitiva, el rol de las instituciones internacionales y nacionales en el proceso de refugio es fundamental para asegurar la protección de personas que huyen de la persecución y la violencia. A través de normas, jurisprudencia y colaboración con los Estados, instituciones como el ACNUR, CIDH, Corte IDH, TEDH y organismos nacionales contribuyen a fortalecer el sistema de protección internacional y garantizar el respeto a los derechos humanos de todas las personas en situación de desplazamiento forzado.

(iv) Declaración de Cartagena de 1984: Un instrumento regional para la protección de refugiados en América Latina

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 representa un hito en la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas en América

Latina. Adoptada en un contexto marcado por conflictos armados y crisis humanitarias en Centroamérica, la Declaración surgió como una respuesta de los Estados de la región a los desplazamientos masivos de personas que huían de la violencia y la persecución en sus países de origen. Aunque no es un tratado vinculante, la Declaración de Cartagena ha influido profundamente en el desarrollo de políticas de asilo en América Latina y se ha convertido en un marco de referencia para la protección regional.

La Declaración de Cartagena fue adoptada en una conferencia realizada en Cartagena de Indias, Colombia, en 1984, con la participación de expertos y representantes de diversos países latinoamericanos. El documento fue una respuesta a las condiciones específicas que enfrentaba América Latina, en un momento donde los conflictos en países como El Salvador, Guatemala y Nicaragua generaban un flujo constante de personas en busca de asilo. La Declaración reconoce que las definiciones y enfoques tradicionales sobre la condición de refugiado, como los establecidos en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, no eran suficientes para cubrir las necesidades de protección en la región.

Esta Declaración incorpora aspectos innovadores en la protección de refugiados, que la han convertido en un referente para los sistemas de asilo de América Latina y, en algunos casos, de otras regiones.

A continuación, se detallan los principales aportes de este instrumento:

Uno de los aspectos más destacados de la Declaración de Cartagena es su definición ampliada de refugiado. Además de incluir los criterios de la Convención de 1951 (persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas), la Declaración de Cartagena añade un enfoque específico para el contexto latinoamericano, extendiendo el reconocimiento como refugiado a aquellas personas que huyen de su país de origen debido a:

- i. Violencia generalizada.
- ii. Invasión extranjera.
- iii. Conflictos internos.
- iv. Violaciones masivas de derechos humanos.
- v. Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Esta definición, más amplia que la de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ha sido incorporada a la legislación argentina a través de la Ley 26.165, que regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado en el país.

La Declaración de Cartagena reafirma el principio de no devolución (*non-refoulement*), prohibiendo a los Estados devolver o expulsar a cualquier persona a un territorio donde su vida, libertad o seguridad puedan estar en riesgo. Este

principio es considerado una norma de *ius cogens* en el derecho internacional, lo que significa que es de cumplimiento obligatorio y no admite excepciones, incluso en situaciones de emergencia nacional o seguridad pública.

La Declaración enfatiza que el principio de no devolución debe aplicarse no solo durante el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, sino en cualquier momento en que la persona pueda estar expuesta a un riesgo de persecución. De este modo, refuerza la obligación de los Estados de proteger a las personas refugiadas y evitar que sean retornadas a situaciones de peligro, en concordancia con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Otro aspecto clave de la Declaración es su enfoque en la protección temporal para personas desplazadas en situaciones de afluencia masiva. Este mecanismo permite que los Estados proporcionen protección a grupos de personas en circunstancias de emergencia, sin la necesidad de una determinación individual del estatuto de refugiado. La protección temporal se basa en la idea de brindar seguridad y asistencia humanitaria a quienes huyen de la violencia, especialmente en contextos de conflictos armados o violencia generalizada.

Sin embargo, también hace hincapié en la importancia de buscar soluciones duraderas para las personas refugiadas, promoviendo la integración local, la repatriación voluntaria y el reasentamiento en terceros países cuando sea necesario. La declaración destaca que estas soluciones deben implementarse con el respeto pleno de los derechos humanos y en condiciones de dignidad y seguridad.

La Declaración de Cartagena a la cual nuestro país adhirió tuvo una influencia significativa en la legislación de asilo y refugio en varios países de América Latina. Muchos Estados de la región han incorporado la definición ampliada de refugiado en sus leyes nacionales, incluyendo Argentina, Brasil, México y Colombia, entre otros. Esto ha permitido que los países latinoamericanos brinden protección a un mayor número de personas, adaptándose a las particularidades de las crisis humanitarias en la región.

Además, la Declaración ha servido como base para iniciativas de cooperación regional en el marco del Proceso de Cartagena, que busca fortalecer los sistemas de asilo y protección en América Latina. Este proceso incluye la creación de espacios de diálogo y cooperación entre los Estados, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil para mejorar las políticas de asilo y refugio en la región.

Con un enfoque de derechos humanos este instrumento también se refleja en la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994)³⁹ y la Declaración de Brasilia (2014)⁴⁰, documentos posteriores que reafirman los principios de la Declaración de Cartagena y promueven la protección de las per-

39 https://www.oas.org/dil/esp/declaracion_de_san_jose_1994.pdf.

40 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>.

sonas desplazadas en la región. Estos documentos complementan la Declaración de Cartagena y fortalecen el compromiso de los Estados latinoamericanos con la protección de los derechos humanos de las personas en situación de movilidad forzada.

A pesar de estos avances legales a nivel regional, el sistema continúa enfrentando importantes desafíos. Las crisis humanitarias y los conflictos en países como Venezuela, Nicaragua y Haití han generado nuevos retos para los sistemas de asilo en la región, aumentando la presión sobre los Estados receptores. Este contexto exige que los países de América Latina fortalezcan sus sistemas de protección y promuevan soluciones de cooperación regional para responder adecuadamente a las crecientes necesidades de protección de las personas refugiadas.

No obstante ello, la Declaración de Cartagena no sólo ha influido en la protección de refugiados en América Latina, sino que también ha servido como un modelo de referencia para otras regiones del mundo. La Unión Africana, por ejemplo, ha adoptado una definición ampliada de refugiado en la Convención de la OUA de 1969⁴¹, que reconoce la protección para personas que huyen de violencia generalizada y conflictos internos. De manera similar, en Europa y otras regiones, algunos Estados han implementado políticas de protección temporales y enfoques de refugio basados en principios similares a los de Cartagena.

En un contexto global donde las crisis de desplazamiento forzado continúan en aumento, la Declaración de Cartagena ofrece un enfoque humanitario y pragmático que puede ser adaptado a diferentes situaciones de crisis. Su énfasis en la solidaridad, la cooperación regional y la protección de los derechos humanos constituye un ejemplo de cómo los Estados pueden responder a los desafíos humanitarios de manera coordinada y efectiva.

3. EL CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

3.1 Definición y principios fundamentales del debido proceso

El debido proceso en el ámbito del reconocimiento de personas refugiadas, apátridas y con necesidades de protección internacional se articula a partir de un núcleo de principios interdependientes, que configuran un estándar normativo fundamental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos principios se encuentran muy bien sintetizados en los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas

41 <https://www.refworld.org/es/leg/trat/oau/1969/es/13572>.

y Víctimas de la Trata de Personas adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante la Resolución 04/2019⁴².

Dichos principios establecen un conjunto de directrices programáticas y metodológicas que consolidan la aplicación del debido proceso en procedimientos de protección internacional. La CIDH ha reconocido la naturaleza interdependiente de los derechos y principios que, provenientes de diversas fuentes del Derecho Internacional, convergen en la protección efectiva de personas en movilidad y desplazamiento, promoviendo así un marco de garantías esenciales para su amparo.

El debido proceso legal en este contexto se comprende como el derecho de toda persona migrante, refugiada o apátrida a ser tratada con justicia, igualdad y sin discriminación, teniendo acceso a procedimientos judiciales y administrativos que respeten su integridad y dignidad. Esto incluye el acceso a una autoridad competente, independiente e imparcial, así como la provisión de información clara sobre su situación jurídica, y el respeto a principios fundamentales como la no devolución (*non-refoulement*), la igualdad ante la ley y el acceso a una representación legal adecuada⁴³.

La Resolución 04/2019 refuerza la necesidad de que los Estados adopten una perspectiva diferenciada que contemple tanto la condición de migrante como otros factores de vulnerabilidad, como género, edad o pertenencia a un grupo en situación de especial riesgo, para garantizar el debido proceso en condiciones de equidad y sin discriminación. De este modo, la CIDH señala que la protección de los

42 <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/principios%20ddhh%20migrantes%20-%20es.pdf>.

43 “Sección X. Acceso a la justicia Principio 40: Acceso a justicia y derecho a un recurso efectivo Todo migrante tiene derecho a acceder a la justicia para la protección de todos sus derechos, y a reparación integral de los daños sufridos, de manera gratuita y en pie de igualdad con los nacionales del Estado, incluido el derecho al debido proceso y a garantías judiciales. Los Estados deben garantizar la posibilidad real de acceso a la justicia y la protección efectiva, de una manera eficaz, imparcial y expedita, sujeta a los principios de inmediatez, celeridad y debida diligencia, a través de los mecanismos que disponga la legislación nacional para todos los habitantes, de modo que se llegue a una solución justa de una controversia, cerciorándose de que ningún migrante sea privado de representación legal adecuada y efectiva. Se establecerán garantías para facilitar el reconocimiento de los derechos, su exigencia cuando hayan sido desestimados, su restitución cuando hayan sido vulnerados y su ejecución cuando su ejercicio encuentre obstáculos injustificados. Todo migrante tiene derecho a un recurso efectivo contra actos violatorios de sus derechos garantizados por la legislación nacional pertinente, así como por el derecho internacional, incluidos los aquí reconocidos. El derecho de acceso a la justicia y a un recurso efectivo no debe estar sujeto a presentación de documentos de identidad que sean difíciles o imposibles de obtener para la población migrante. Los Estados deben investigar, esclarecer, enjuiciar y sancionar a los responsables de los casos de violaciones graves de los derechos humanos y, según las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a información que obre en poder del Estado.” (Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019)

derechos humanos de estas personas debe ser prioritaria, incluyendo medidas para evitar la re victimización y asegurar la sensibilidad ante situaciones de trauma.

El enfoque adoptado por la CIDH en sus Principios Interamericanos también subraya la obligación de no discriminación y el principio pro persona, que requiere que, en caso de duda, se aplique la interpretación más favorable para el individuo. Este principio hermenéutico amplía la protección de los derechos humanos y establece un criterio esencial para la interpretación de los derechos y obligaciones en el ámbito de la movilidad humana.

En síntesis, el núcleo de principios que fundamenta el debido proceso en el reconocimiento de personas refugiadas, apátridas y con necesidades de protección, constituye una piedra angular en la protección de derechos en el sistema interamericano y en el Derecho Internacional de los Refugiados, sirviendo como guía para el desarrollo de prácticas estatales e internacionales alineadas con los estándares de derechos humanos más amplios y exigentes.

El debido proceso en el ámbito del reconocimiento de personas refugiadas, apátridas y otras con necesidades de protección se erige como un componente esencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este principio se configura mediante un conjunto de garantías procesales y principios éticos que buscan proteger a individuos en situación de vulnerabilidad, asegurando que todos los procedimientos legales y administrativos, sean conducidos de manera justa, transparente, y acorde con los derechos fundamentales.

En 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó, a través de la Resolución 04/2019 citada, los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas. Este documento constituye una sistematización de directrices que integran el debido proceso en el contexto de movilidad humana y desplazamiento forzado. Los principios interamericanos buscan garantizar que los Estados implementen prácticas que protejan efectivamente los derechos humanos de estas personas, cumpliendo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

(i) Alcance y aplicación del debido proceso en procedimientos de protección internacional

La CIDH establece que el debido proceso debe abarcar todas las etapas de los procedimientos que afecten los derechos de las personas en movilidad humana, desde la fase de identificación y detención hasta la resolución de su estatus migratorio o de protección. Este derecho incluye, entre otros, el acceso a un juez independiente y la asistencia de un intérprete y un abogado, en caso de que la persona no pueda costear uno. Estas medidas buscan no solo la equidad procesal,

sino también reducir el riesgo de reiterar el trauma en personas que han sufrido experiencias de desplazamiento forzado.

Además, el derecho al debido proceso en este contexto se complementa con el principio de no devolución (*non-refoulement*), considerado una norma de *jus cogens* en el Derecho Internacional. Este principio establece que ninguna persona puede ser retornada a un lugar donde su vida, libertad o integridad física estén en peligro, independientemente de su estatus migratorio o su situación legal en el país de acogida. La CIDH reitera que el principio de no devolución es absoluto cuando existe riesgo de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, e insta a los Estados a realizar evaluaciones exhaustivas antes de cualquier acción de retorno o expulsión.

(ii) Principios hermenéuticos y el enfoque pro persona

La CIDH enfatiza la aplicación del principio pro persona, recogido en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como una regla de interpretación obligatoria que exige la selección de la norma que sea más favorable a la persona en situación de movilidad. Este principio guía tanto la interpretación de normas como de procedimientos, asegurando que se opte siempre por la disposición que otorgue mayor protección a los derechos humanos de la persona. Su aplicación resulta vital en contextos de asilo, apatridia y otras formas de protección humanitaria, ya que fomenta una interpretación extensiva de los derechos y restrictiva de sus limitaciones, favoreciendo siempre la protección más amplia de los derechos de los migrantes, refugiados, y apátridas.

(iii) El principio de igualdad y no discriminación

Un componente fundamental del debido proceso es la igualdad de acceso a la justicia y la prohibición de discriminación en función de la nacionalidad, género, edad, condición de migrante o situación de apatridia. La CIDH subraya que las personas en situación de movilidad a menudo enfrentan múltiples formas de discriminación y barreras en el acceso a la justicia, tanto por desigualdades estructurales como por prácticas de xenofobia y racismo. Por esta razón, los Estados deben adoptar medidas positivas que permitan a estas personas acceder a servicios legales en condiciones de igualdad y que eviten la revictimización en los procedimientos judiciales y administrativos.

(iv) Aplicación del debido proceso con perspectiva de género y enfoques diferenciados o de interseccionalidad

El cumplimiento de las garantías del debido proceso en situaciones de movilidad humana debe incorporar una perspectiva de género y otros enfoques diferenciados, como el análisis de vulnerabilidades específicas de niños, niñas, adolescentes, y personas LGTBI en desplazamiento. Esto implica que las leyes,

políticas y procedimientos de protección internacional deben reconocer y responder a los riesgos diferenciados y a las necesidades de protección de cada grupo, de modo que los derechos de las personas migrantes, refugiadas y apátridas se preserven sin discriminación y en condiciones de seguridad y dignidad⁴⁴.

Este enfoque exige que los Estados adapten los procedimientos de protección y los servicios de asistencia, evitando barreras adicionales y obstáculos que dificulten el acceso de mujeres y niñas a estos sistemas. Asimismo, la CIDH insta a los Estados a reducir la posibilidad de revictimización y a ofrecer condiciones de trato humano y digno en los procedimientos de determinación de estatus.

(v) La unidad familiar y el derecho a la no separación

El debido proceso en el ámbito del reconocimiento de personas refugiadas y apátridas se articula con el derecho a la unidad familiar y el respeto a la no separación de los miembros del núcleo familiar, especialmente en el caso de niñas, niños y adolescentes. La CIDH establece que la separación de familias en procedimientos migratorios es una medida extrema y debe evitarse, priorizando siempre el interés superior de los niños y su derecho a vivir en un entorno seguro y estable⁴⁵.

44 “Principio 70: Acceso y monitoreo independiente de centros de detención migratoria. Los Estados deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de monitoreo independientes y autónomos y autorizar el acceso de organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales a los centros de detención, con el fin de monitorear las condiciones de detención y garantizar incluso el acceso a todas las instalaciones en los lugares de privación de libertad; acceso a información y documentación relacionadas con el establecimiento y las personas privadas de libertad; y la posibilidad de efectuar entrevistas privadas y confidenciales con las personas privadas de libertad y con el personal. Los Estados deben garantizar la existencia de instancias de denuncia accesibles a todas las personas detenidas, y especialmente mujeres, niñas, niños, personas LGBTI, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, personas con discapacidades y otras que puedan ser expuestas a explotación desproporcionada y abuso.” (Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

45 “Principio 33: Protección de la unidad y reunificación familiar. La unidad familiar y la reunificación familiar deberán ser consideraciones primordiales en cualquier decisión acerca de la situación migratoria, valorando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a estar exentos de privación de la libertad. La separación familiar no puede ser utilizada para coaccionar a los progenitores a renunciar a su derecho a buscar protección o condición migratoria en otro país. Cualquier niño, niña o adolescente que carezca de una nacionalidad válida tendrá el derecho de regresar al Estado de origen de cualquiera de sus progenitores y permanecer indefinidamente con uno o ambos progenitores sin consideración de la ciudadanía del niño, niña o adolescente, cuando esto no contravenga sus intereses superiores. En la determinación de la custodia de los hijos de migrantes, la situación migratoria cualquier de los progenitores no será motivo para rescindir la custodia, patria potestad o derechos de visita. Asimismo, para determinar la custodia de niños, niñas y adolescentes cuyos progenitores hayan fallecido, se tomará en cuenta la existencia de familiares cercanos, incluso si están fuera del país. Los Estados deben prevenir, a la luz del derecho a la unidad familiar y del interés superior de la niñez, la emigración forzada de niños, niñas y

En síntesis, el concepto de debido proceso en el Derecho Internacional de los Refugiados, tal como se articula en los Principios Interamericanos, es un estándar esencial que resguarda los derechos de las personas en situación de movilidad. Este conjunto de principios se encuentra enraizado en el respeto a la dignidad humana, la igualdad, y la no discriminación, y constituye una guía para que los Estados de la región implementen políticas y prácticas que cumplan con los más altos estándares de derechos humanos. Así, el debido proceso no solo permite la equidad en los procedimientos, sino que también protege los derechos fundamentales de las personas más vulnerables en situaciones de migración y desplazamiento forzado.

3.2. Aplicación del debido proceso en procedimientos administrativos y judiciales, las modificaciones a la ley mediante el Decreto 942/2024

La modificación incorporada por el art. 4° del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 942/2024, que modifica la Ley 26.165 (Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado), ha suscitado interrogantes en relación con la conformidad de esta disposición con los principios de debido proceso y acceso a la justicia en el marco de los derechos humanos de las personas refugiadas.

En particular, esta modificación establece un plazo de cinco días hábiles para la interposición de recursos directos contra decisiones administrativas de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), lo cual plantea la necesaria pregunta si este plazo garantiza una defensa adecuada, especialmente si se considera que al momento de interponer el recurso el administrado ya ha contado con la posibilidad de hacerse oír en el procedimiento administrativo para la declaración del estatus de refugiado ante la CONARE.

No puede obviarse que el debate sobre los plazos procesales en materia migratoria y de refugio es de larga data,⁴⁶ y resulta indispensable abordarlo de

adolescentes nacionales como resultado de la deportación de progenitores o familiares migrantes, priorizando la unidad familiar.” (Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

46 Ya por el año 2014 se advertía que “Tampoco ayuda a la solución de los problemas que se presentan el actual procedimiento migratorio con sus excesivos plazos, recursos y etapas revisoras, pues hacen de él un verdadero juego kafkiano, que deja en total incertidumbre al extranjero y a la Dirección Nacional de Migraciones con muy pocas posibilidades de hacer valer su poder de policía de extranjeros de manera efectiva. La expulsión de un extranjero actualmente cuenta con cinco etapas recursivas que comprenden desde el recurso de reconsideración hasta la revisión judicial y su posterior apelación. En definitiva, se está haciendo necesaria una reforma legislativa que acorte los plazos procedimentales vigentes, poniendo en funcionamiento un único procedimiento a cargo de un fuero migratorio común, como ya lo prevé” (GUASTI, Luis A., “Poder de policía migratorio: problemas y características del régimen de expulsión de extranjeros”, *DJ16/04/2014*, 95 Cita Online: AR/DOC/586/2014)

manera objetiva y libre de posturas ideológicas. Esto permitirá conciliar tanto los derechos y garantías de los extranjeros como la función legítima del Estado en cuanto al control migratorio y la seguridad fronteriza.

Resulta necesario, tomar en cuenta que el plazo recursivo es judicial y en todo caso la etapa más importante para reunir la documentación y las pruebas necesarias, se realizó en la etapa administrativa de determinación del estatuto de refugio.

Este cambio normativo, en la medida en que asegure el ejercicio efectivo del derecho de defensa del solicitante durante la etapa de determinación del estatuto y permita su revisión judicial posterior, cumpliría en principio con los compromisos internacionales asumidos por Argentina. Dichos compromisos, en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo, la Resolución 538 (VI)⁴⁷ de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y otros instrumentos de derechos humanos, imponen a los Estados la obligación de garantizar a las personas refugiadas acceso a procedimientos justos y transparentes. En este marco, el debido proceso se erige como un pilar fundamental para la protección efectiva de los derechos de los refugiados.

Si el extranjero solicitante de refugio cuenta con un plazo razonable para impugnar una denegación del beneficio, basado en el análisis de las constancias administrativas y habiendo tenido oportunidad de ser escuchado durante el proceso de determinación del estatuto, así como la posibilidad de solicitar en sede judicial la apertura a prueba de todo aquello que no pudo acreditarse en sede administrativa, puede considerarse que esta garantía judicial se encuentra debidamente resguardada.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, en su art. 33, establece el principio de no devolución (*non-refoulement*), prohibiendo a los Estados expulsar o devolver a una persona refugiada a territorios donde su vida o libertad corran peligro. Este principio exige que las decisiones sobre el estatus de refugio sean adoptadas tras un análisis riguroso y bajo condiciones que permitan una defensa adecuada. Así, el análisis de dicho riesgo debe llevarse a cabo en el momento en que el solicitante presenta su petición, otorgando la amplitud probatoria necesaria para que el extranjero pueda argumentar un temor fundado.

En última instancia, será el solicitante quien deba demostrar que cumple con los requisitos necesarios, mientras que la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) evaluará su caso a través de un análisis de “credibilidad” interna y externa⁴⁸. Cualquier impugnación judicial posterior se centrará en la revisión de

47 <https://www.un.org/es/documents/ag/res/6/ares6.htm>.

48 Sobre los análisis de Credibilidad interna y externa, ver 1) “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado – ACNUR:” <https://www.refworld.org/es/docid/3ae6b3360.html>. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados – Naciones Unidas: <https://>

los criterios y fundamentos de la resolución emitida por la CONARE, permitiendo al juez examinar los mismos aspectos de manera supervisora.

Por lo tanto, en nuestra opinión, el derecho de defensa de un solicitante de refugio no depende tanto del plazo para impugnar, sino de la posibilidad de presentar y fundamentar plenamente su caso ante la autoridad que determina el estatus de refugio. Esto significa que no son las limitaciones procesales de la fase de impugnación judicial las que podrían vulnerar el debido proceso en el ámbito del refugio, (en tanto maneje los estándares de razonabilidad de todo régimen impugnativo de actos administrativos), sino las restricciones en el proceso administrativo en sí mismo. En este sentido, la clave radica en asegurar un debido proceso amplio y efectivo en el procedimiento de determinación del estatus, siendo éste el aspecto sustancial que garantiza una protección adecuada de los derechos del solicitante.

Adicionalmente a lo mencionado el art. 4° de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 establece el derecho de los administrados a un procedimiento en el cual puedan ejercer su defensa de manera plena, asegurando un tiempo razonable para la preparación de sus recursos.

En ese aspecto la jurisprudencia argentina ha enfatizado la importancia del tiempo adecuado para el ejercicio de los derechos de defensa. Así, el DNU 942/2024 argumenta que, en definitiva, la modificación busca evitar abusos del sistema de refugio y mejorar la eficiencia de los procedimientos.

En conclusión, la modificación introducida por el DNU 942/2024 parece modificar de manera significativa el proceso judicial pero no las garantías del debido proceso en el ámbito del derecho de refugio. Ello tomando en cuenta que el procedimiento para la determinación del estatuto mantiene los estándares internacionales en materia de elegibilidad, en concordancia con los principios de igualdad ante la ley y de acceso a la justicia establecidos tanto en la Constitución Nacional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En definitiva, la existencia o inexistencia de un plazo razonable para recurrir decisiones administrativas en casos de refugio no difiere de los plazos generales de impugnación. Lo sustancial en estos casos es, sobre todo, el derecho adjetivo del solicitante a ser escuchado plenamente en el procedimiento de determinación del estatus de refugio.

La normativa internacional, en particular la CADH y la Convención de 1951, exige que el debido proceso incluya el derecho a ser oído por un tribunal competente, imparcial e independiente; la posibilidad de contar con tiempo y medios adecuados para preparar la defensa; y el derecho a recurrir a una instancia superior. Estas garantías buscan proteger los derechos esenciales, como la vida,

www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status-refugees3)
“Directrices sobre Protección Internacional N.º 9 – ACNUR”: Evaluación de la credibilidad en solicitudes de asilo: <https://www.refworld.org/docid/573e79c84.html>.

la libertad y la integridad personal, los cuales están en juego en los procesos de refugio. La CIDH ha reiterado que cualquier limitación a estos derechos constituye una afectación grave e irreparable⁴⁹.

El plazo judicial que establece la modificación de la Ley y la imposición de un proceso sumarísimo en tanto no limiten gravemente el derecho de los solicitantes de refugio a preparar una defensa adecuada contra la revisión de los actos administrativos de la CONARE en tanto órgano evaluador de la determinación del estatuto, no puede considerarse irrazonable. La Corte IDH ha señalado que cualquier proceso en este contexto debe permitir una revisión adecuada⁵⁰.

El recurso directo establecido en el art. 4º del DNU 942/2024 para la revisión judicial de los actos de denegación, cesación o cancelación del estatuto de refugiado constituye una revisión suficiente en materia judicial, en tanto y en cuanto permite revisar por un juez imparcial e independiente la resolución de determinación del estatuto de refugiado de la CONARE.

Dicha revisión, cumple entonces, con los estándares constitucionales y el sistema interamericano de protección de derechos humanos aplicables al Derecho de los Refugiados, tales como el derecho a ser oído ante un tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable, así como el derecho a disponer de los medios adecuados para la defensa y, en suma, el derecho a un recurso efectivo. Estos derechos están protegidos en el art. 18 de la Constitución Nacional (CN) y en los arts. 8.1, 8.2.c, 8.2.h y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que el derecho a buscar asilo involucra y protege los derechos humanos fundamentales a la libertad, integridad y vida. Por ello, exige que el procedimiento para la determinación del estatus de refugiado sea adecuado y eficaz, y garantice el derecho al debido proceso para evitar daños irreparables que puedan derivarse de una devolución indebida.

De este modo, cualquier determinación sobre el estatus de refugiado debe realizarse en un marco de procedimiento imparcial y adecuado, conforme a las garantías procesales mínimas⁵¹.

49 Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987 entre muchos otros.

50 En ese aspecto la Corte IDH dijo: “159. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto” (Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107).

51 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/SER/L/V/II.106,

3.3. *Derechos procesales esenciales para los solicitantes de refugio*

Los derechos procesales constituyen una parte fundamental del acceso a la justicia para las personas solicitantes de asilo y refugio, asegurando que sus casos sean examinados con equidad y transparencia, en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. La protección internacional en estos procesos requiere que los Estados establezcan procedimientos adecuados, que respeten tanto el derecho al debido proceso como los principios de no discriminación y trato humanitario, aspectos clave establecidos en instrumentos internacionales como los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas, adoptados por la CIDH en 2019.

En ese sentido, el reconocimiento del estatuto de persona refugiada es una medida que habilita el acceso a derechos fundamentales y a la protección frente a riesgos graves en el país de origen. Este reconocimiento implica la creación de mecanismos estatales que permitan a los solicitantes ejercer sus derechos de defensa y que garanticen la participación de organismos como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuyo mandato incluye apoyar a los Estados en la implementación de procedimientos adecuados.

La condición de refugiado y su determinación también deben ser abordadas por los Estados mediante procesos específicos que incluyan derechos y garantías en cada etapa del proceso. La importancia de establecer procedimientos claros y específicos para la determinación radica en que permite al solicitante ser reconocido como una persona que requiere protección especial y habilita el acceso a derechos fundamentales, como la nacionalidad y la seguridad jurídica, especialmente en el caso de menores.

El derecho al refugio y/o asilo es reconocido como un derecho humano en diversos instrumentos internacionales, siendo un derecho fundamental que implica la posibilidad de ser protegido contra persecuciones y amenazas graves en el país de origen. Este derecho se enmarca en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, los cuales establecen garantías mínimas en el proceso de solicitud de asilo. La Resolución 04/2019 de la CIDH, por ejemplo, reafirma el deber de los Estados de proteger a los solicitantes y garantizar procesos basados en el debido proceso y en la no devolución (*non-refoulement*).

El principio de no devolución, consagrado en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, establece que ninguna persona puede ser devuelta a un país donde su vida o libertad estén en peligro. Este principio obliga a los Estados a realizar un análisis exhaustivo de cada caso, con especial atención a

párr. 104, y en CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, 5 de agosto de 2020, párr. 22).

la situación particular del solicitante, evitando decisiones que expongan a riesgos graves a personas vulnerables.

El principio de no discriminación y el principio pro persona son pilares en la protección internacional. Ambos garantizan que las personas solicitantes de refugio y asilo sean tratadas con igualdad y que sus derechos no sean limitados por factores como su nacionalidad, género, o situación migratoria. Esto incluye el derecho a acceder a procedimientos administrativos justos, donde se les permita exponer su caso y presentar pruebas que sustenten su solicitud.

La interrelación entre el debido proceso y el principio de no devolución es crucial para la protección efectiva de los solicitantes. En los procesos de determinación de refugio, el debido proceso implica que los solicitantes tengan acceso a una autoridad imparcial, a asistencia jurídica adecuada, a la posibilidad de recurrir decisiones, y a que se respete su derecho a ser escuchados. Además, los Estados deben garantizar que los procedimientos sean accesibles y transparentes, respetando en todo momento la confidencialidad y la protección de los datos personales del solicitante.

Por otro lado, los solicitantes de asilo tienen derecho a ser informados sobre el proceso y sus derechos, así como a contar con un abogado o asesor que los asista, especialmente en casos de vulnerabilidad. La CIDH y el ACNUR han subrayado la importancia de este derecho, dado que la falta de información puede llevar a la toma de decisiones que comprometan la seguridad del solicitante.

En línea con lo anterior el idioma no debe ser una barrera para el acceso a la justicia. Los Estados deben garantizar servicios de traducción e interpretación gratuitos, especialmente cuando el solicitante no domina el idioma del país receptor, asegurando así que pueda comprender el procedimiento y participar activamente en su defensa.

La confidencialidad es esencial para proteger a los solicitantes de posibles represalias. En este sentido, los Estados deben asegurar que toda la información proporcionada en el proceso de solicitud sea manejada con estricta confidencialidad y proteger los datos personales del solicitante.

Asimismo, durante el trámite de sus solicitudes, las personas solicitantes de asilo tienen derecho a acceder a ciertos derechos básicos, como educación, salud y trabajo, para garantizar su bienestar y una vida digna mientras esperan una resolución sobre su situación. El acceso a estos derechos es fundamental para evitar situaciones de marginación y vulnerabilidad, garantizando así una integración social adecuada en el país de acogida.

En síntesis, los derechos procesales en los procedimientos de asilo y refugio son indispensables para la protección de los derechos humanos de personas que buscan refugio y protección internacional. La implementación de garantías procesales como el derecho a ser escuchado, a contar con asesoría jurídica, a la

confidencialidad y al acceso a un recurso efectivo permiten que el Estado garantice un tratamiento justo y equitativo a las personas en situación de vulnerabilidad.

4. GARANTÍAS PROCESALES EN LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO

La determinación del estatuto de refugiado es esencialmente un procedimiento administrativo llevado a cabo por el órgano de elegibilidad que es la CONARE (conforme lo establece la Ley 26.165).

Dentro de ese procedimiento administrativo, como hemos analizado se deben garantizar distintos aspectos vinculados principalmente con el derecho a ser oído y producir prueba el cual como dijimos debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los solicitantes, quienes a menudo se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad. Dichas decisiones pueden ser revisadas judicialmente a petición del refugiado cuando considere que el temperamento adoptado no es acorde a su situación en concreto.

Estas garantías procesales y procedimentales son esenciales para asegurar que los solicitantes puedan presentar y defender sus casos de manera efectiva, cumpliendo con los principios de debido proceso y acceso a la justicia.

4.1. Derecho a la asistencia letrada y representación, la incorporación de la Ley de Bases del art. 1° bis de la Ley 19.549

Dentro de estas garantías, la Ley de Bases incorpora una novedad en el procedimiento administrativo y es el derecho a la asistencia letrada, así como la incorporación de normas que faciliten el acceso a un proceso justo (art. 1° bis de la Ley 19.549).

El derecho a la asistencia letrada y a la representación legal es fundamental para los solicitantes de refugio, ya que garantiza que puedan comprender y participar activamente en el proceso de determinación de su estatus. Este derecho, (en consonancia con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos), es especialmente importante considerando que muchas personas refugiadas desconocen el sistema legal y los derechos que les asisten. La asistencia letrada permite que los solicitantes tengan una representación adecuada que defienda sus intereses y les guíe a lo largo de un procedimiento que puede ser complejo y técnico.

Ahora bien, el art. 1° bis de la Ley de Procedimientos Administrativos en su parte pertinente dice: “...(i) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o a sus intereses jurídicamente tutelados, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas”.

No puede ignorarse que el patrocinio jurídico es obligatorio en los procedimientos administrativos donde se tratan cuestiones de índole jurídica. En el caso específico de la determinación del estatuto de refugiado, es indiscutible que estamos ante un debate jurídico y técnico de alta complejidad, el cual no puede desvincularse de esta exigencia legal. Este aspecto es fundamental, pues dicha garantía se encuentra contemplada dentro de las salvaguardas del debido proceso adjetivo, asegurando el derecho del solicitante a ser escuchado y representado adecuadamente, mediante un traductor o intérprete en caso de ser necesario.

En ese aspecto debe destacarse que la asistencia letrada garantiza el acceso efectivo a la justicia y es un componente indispensable del derecho de defensa. En los casos de refugio, los solicitantes suelen enfrentar circunstancias complejas, como la falta de documentación o de pruebas, además de posibles limitaciones lingüísticas y culturales. La representación legal facilita que estos obstáculos se superen, asegurando que los solicitantes puedan presentar su caso de manera completa y estructurada ante la autoridad competente.

Ahora bien, no puede soslayarse el hecho de que en la mayoría de los casos, las personas solicitantes de refugio no cuentan con los recursos económicos suficientes para contratar un abogado. Por ello, las normas internacionales y regionales en materia de derechos humanos, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomiendan que los Estados brinden asistencia jurídica gratuita a quienes no pueden costear una defensa privada. Este derecho debe incluir no solo la asesoría jurídica, sino también la representación en cada etapa del proceso de determinación del estatuto de refugiado, asegurando que el solicitante reciba una defensa eficaz⁵².

52 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH): Esta convención establece el derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes carezcan de los recursos necesarios. En su artículo 8, se reconoce el derecho a contar con defensa adecuada en todas las etapas del procedimiento. La CADH es un pilar de los derechos humanos en América y se considera esencial en los procesos de asilo y refugio.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): El ACNUR promueve y defiende el acceso a asistencia jurídica gratuita como parte de su mandato de protección internacional de los refugiados. En su manual “Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, el ACNUR establece que la asistencia legal y la representación son esenciales para asegurar el derecho de defensa en procesos de refugio.

Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas (CIDH, 2019): La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recomienda en estos principios que los Estados ofrezcan asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado.

Directrices del ACNUR sobre Protección Internacional N.º 9: Estas directrices enfatizan que la asistencia jurídica y la representación son cruciales para garantizar la equidad y transparencia en el proceso de solicitud de refugio, especialmente para aquellos sin recursos económicos.

En el caso de nuestro país el art. 50 de la Ley 26.165 de Reconocimiento y protección al refugiado establece expresamente el derecho a una defensa jurídica gratuita.

La normativa internacional permite que el ACNUR tenga acceso a los procedimientos de determinación de refugio para monitorear y, de ser necesario, intervenir en la representación de los solicitantes. Esto ayuda a garantizar la imparcialidad del proceso y protege los derechos de quienes no cuentan con los recursos para acceder a representación privada. La cooperación entre los Estados y el ACNUR en estos procedimientos es fundamental para asegurar la protección de los solicitantes y el respeto a sus derechos procesales.

En el caso de Argentina, aunque la legislación a veces remite a los manuales de procedimiento y al asesoramiento del ACNUR, como lo hacen los arts. 35 y 53 de la Ley de Refugio, el propio art. 23 de esta norma otorga al ACNUR un rol en la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), permitiéndole emitir opiniones sin derecho a voto en el proceso de determinación del estatuto de refugiado.

Esta disposición establece una relación de colaboración y asistencia técnica con este organismo de las Naciones Unidas, facilitando la resolución adecuada de los casos de refugio conforme a los principios del derecho internacional.

Además del principio de asistencia letrada obligatoria la Ley de Bases a través del art. 1° *bis* de la Ley 19.549, introduce principios fundamentales en los procedimientos administrativos, entre los cuales se incluyen los relacionados con la transparencia, el acceso a la información y el derecho de defensa de los administrados. Estos principios son aplicables también en el contexto de los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado, ya que constituyen garantías adicionales que fortalecen los derechos de los solicitantes durante la tramitación de sus casos.

Una cuestión no menor es el hecho que las decisiones en el procedimiento de reconocimiento de refugio deben estar debidamente fundamentadas, es decir, deben explicitar las razones y los elementos de prueba que sustentan la decisión tomada. Este requisito garantiza la transparencia y permite al solicitante entender los motivos de la decisión, así como identificar posibles errores o aspectos a cuestionar en caso de apelar. La Ley 19.549 refuerza esta obligación de fundamentación, contribuyendo a la calidad y legitimidad del proceso de toma de decisiones en el ámbito administrativo.

En definitiva, el respeto a estas garantías fortalece el sistema de protección de derechos humanos y asegura que los procedimientos de refugio en Argentina cumplan con los estándares internacionales en la materia. La Ley de Bases 27.742 y la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado 26.165 reflejan la necesidad de proteger a las personas solicitantes de refugio y garantizar que sus

casos sean evaluados con respeto a sus derechos procesales. La incorporación de estas normas refuerza el compromiso del Estado con la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

(i) Derecho a presentar pruebas y a la revisión de decisiones

El derecho a presentar pruebas y el derecho a la revisión de decisiones constituyen pilares fundamentales en el proceso de determinación del estatuto de refugiado. Estos derechos, ampliamente reconocidos en el ámbito del Derecho Internacional y respaldados por directrices de organizaciones como el ACNUR⁵³, garantizan que el solicitante tenga la oportunidad de defender adecuadamente su caso y que cualquier decisión que le afecte pueda ser revisada bajo criterios de justicia y equidad. En este sentido, los principios de protección, en particular para quienes solicitan refugio por motivos de género o son sobrevivientes de tortura y traumas, requieren de un procedimiento que se desarrolle en un entorno seguro y respetuoso, en el que los derechos procesales sean salvaguardados con rigor.

En ese contexto el derecho a presentar pruebas es un componente esencial para los solicitantes de refugio. En términos generales, este derecho implica que el solicitante tiene la oportunidad de aportar todos los elementos que sustenten su solicitud, lo que incluye tanto pruebas documentales como testimonios orales. Sin embargo, el ACNUR reconoce que en el contexto del refugio, muchas personas carecen de documentación y otros medios probatorios debido a la naturaleza de su huida, que generalmente ocurre en circunstancias de emergencia y riesgo de persecución⁵⁴.

De esta manera, el ACNUR establece que, aunque en principio la carga de la prueba recae sobre el solicitante, esta no debe aplicarse de manera estricta. En la mayoría de los casos, los solicitantes no pueden presentar pruebas documentales de sus afirmaciones, ya que huyen con lo mínimo y, en muchos casos, sin documentación personal. Este contexto exige que el examinador también asuma una responsabilidad activa en la recolección y evaluación de pruebas, utilizando todos los medios disponibles para corroborar las declaraciones del solicitante. Este principio de flexibilidad es esencial para garantizar que la falta de pruebas materiales no se convierta en un obstáculo insuperable para el reconocimiento del estatuto de refugiado.

Por otro lado, el beneficio de la duda en materia probatoria, es una garantía clave que permite superar la falta de pruebas cuando el solicitante ha hecho un esfuerzo sincero para demostrar su caso. Según el ACNUR, cuando las declaraciones del solicitante son coherentes y verosímiles, pero no pueden corroborarse por

53 Ver el “Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados” reediciones de Diciembre de 2011 y Febrero de 2019.

54 “Manual de Directrices del ACNUR”, párr. 196.

falta de pruebas adicionales, el beneficio de la duda debe ser otorgado *Pro Persona* en su favor.⁵⁵ Este principio es especialmente importante en situaciones en las que el solicitante enfrenta dificultades para obtener documentación que respalde sus afirmaciones, una situación común entre personas que huyen de la persecución. Este enfoque asegura que los solicitantes no sean penalizados injustamente por la falta de pruebas materiales, reconociendo la complejidad de su situación.

Para garantizar que los solicitantes puedan presentar su caso de manera completa, el ACNUR y otras directrices internacionales subrayan la necesidad de que el proceso se desarrolle en un ambiente seguro y respetuoso, especialmente en casos de solicitudes relacionadas con el género o la violencia de género. Según el ACNUR, los sobrevivientes de tortura o traumas necesitan un entorno solidario que garantice la confidencialidad y minimice el riesgo de revictimización.⁵⁶ Este tipo de ambiente permite que el solicitante se sienta seguro al compartir experiencias traumáticas y, por ende, pueda proporcionar detalles críticos para su caso.

Para las personas que presentan solicitudes de refugio basadas en motivos de género, como las sobrevivientes de violencia sexual o aquellos que temen persecución por razones de género, los procedimientos de asilo deben incluir consideraciones adicionales para asegurar una evaluación justa y completa de su caso. Esto incluye varias garantías recomendadas por el ACNUR y otros organismos internacionales⁵⁷.

Para asegurar que las mujeres solicitantes puedan exponer su caso sin temor a represalias, es fundamental que las entrevistas se realicen en privado, sin la presencia de miembros masculinos de la familia⁵⁸. Esto permite que las mujeres

55 “Manual de Directrices del ACNUR” (párr. 203).

56 “Manual de Directrices del ACNUR” (párr. 35).

57 Véase en ese sentido los “Principios de Yogyakarta” N° 23: “El derecho a procurar asilo En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género. Los Estados: A. Revisarán, enmendarán y promulgarán leyes a fin de garantizar que un temor fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género sea aceptado como base para el reconocimiento de la condición de refugiado/a y al asilo; B. Asegurarán que ninguna política o práctica discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género; C. Velarán por que ninguna persona sea removida, expulsada o extraditada a ningún Estado en el que pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a su orientación sexual o identidad de género”. <https://yogyakartaprinciples.org/principle-23-sp/>.

58 “Manual de Directrices del ACNUR”, párr. 36.

puedan expresar con mayor libertad su situación y puedan comprender que su solicitud puede ser válida por derecho propio⁵⁹.

En ese sentido los solicitantes deben tener el derecho de elegir el sexo de su entrevistador e intérprete. Esta disposición es particularmente relevante en casos de violencia de género, ya que facilita un ambiente de confianza donde las solicitantes pueden exponer su situación con mayor seguridad.⁶⁰ Además, tanto el entrevistador como el intérprete deben ser sensibles a las diferencias culturales y al contexto de vulnerabilidad género, evitando así cualquier incomodidad o intimidación durante el proceso.

Es importante que las entrevistas incluyan tanto preguntas abiertas como específicas que permitan a los solicitantes detallar sus experiencias de persecución sin sentirse presionados o juzgados. Las preguntas deben estar diseñadas para revelar aspectos de vulnerabilidad en el caso, ya que, en muchas ocasiones, las solicitantes no suelen vincular experiencias de violencia de género a las preguntas sobre *tortura o persecución* en un sentido tradicional⁶¹.

Para los casos en que el solicitante es un sobreviviente de violencia sexual o trauma, el ACNUR recomienda la disponibilidad de asistencia psicosocial antes y después de la entrevista. Un asistente psicosocial capacitado puede brindar el apoyo necesario para que la persona se sienta emocionalmente segura y preparada para narrar sus experiencias, sin que esto afecte negativamente su estado psicológico⁶².

No debe soslayarse que el ACNUR también contempla situaciones especiales en las que los solicitantes pueden enfrentar dificultades adicionales en la presentación de pruebas. Por ejemplo, en el caso de solicitantes con problemas de salud mental o menores no acompañados, el examinador debe adoptar un enfoque más flexible y comprensivo. En el caso de solicitantes con enajenación mental, se recomienda obtener informes periciales que ofrezcan un diagnóstico completo y orienten el análisis del temor subjetivo del solicitante⁶³.

59 Ver en ese mismo sentido el artículo 9° de la Convención de Belem do Para que dice: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

60 “Manual de Directrices del ACNUR”, párr. 36 *iii*.

61 “Manual de Directrices del ACNUR”, párr. 36 *vii*.

62 “Manual de Directrices del ACNUR”, párr. 36 *xii*.

63 “Manual de Directrices del ACNUR”, párrafos 206-212.

Para los menores no acompañados, el ACNUR establece que se deben adoptar métodos de evaluación adecuados a su edad y grado de madurez, recurriendo a la ayuda de expertos en casos de menores de corta edad y garantizando que estos cuenten con un tutor o representante legal que proteja sus intereses.⁶⁴ En estos casos, el beneficio de la duda y la consideración de factores objetivos adquieren especial importancia, ya que es posible que el solicitante no pueda expresar de manera completa y precisa sus temores de persecución.

En síntesis, debido proceso adjetivo a ser oído a través del derecho a presentar pruebas en el proceso de determinación de refugio es fundamental para garantizar un acceso justo y efectivo a la protección internacional. Estos derechos permiten que los solicitantes puedan argumentar su caso con las garantías necesarias, incluso cuando no cuenten con todos los elementos de prueba. El principio de flexibilidad en la carga de la prueba, junto con la aplicación del beneficio de la duda y el derecho a una revisión completa y exhaustiva, constituyen salvaguardias esenciales para evitar decisiones injustas que comprometan la seguridad y derechos de los solicitantes de refugio.

4.2. *Protección contra la devolución (principio de non-refoulement)*

El principio de *non-refoulement* o no devolución es una de las piedras angulares en el derecho internacional de los refugiados y se encuentra consagrado en el art. 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Este principio establece que ninguna persona refugiada debe ser expulsada o devuelta a un territorio donde su vida o libertad estarían amenazadas debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La importancia de este principio radica en su carácter absoluto, ya que se aplica incluso en situaciones de afluencia masiva y no puede ser restringido arbitrariamente por los Estados. A continuación, se examina en profundidad este principio, sus excepciones y su implementación práctica, según los lineamientos del Manual sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado y las Directrices sobre Protección Internacional del ACNUR.

Ahora bien, a pesar de su carácter fundamental, el principio de *non-refoulement* presenta ciertas excepciones bajo el art. 33(2) de la Convención de 1951. De acuerdo con este art., la protección contra la devolución puede no aplicarse a refugiados que representen un peligro para la seguridad del país de acogida o que hayan cometido delitos graves en dicho país. Esta excepción permite la expulsión o devolución únicamente cuando el refugiado ha sido condenado por un

64 “Manual de Directrices del ACNUR”, párrafos 213-219.

delito común *particularmente grave* y constituye una amenaza significativa para la comunidad del país de refugio⁶⁵.

En situaciones de afluencia masiva de personas que huyen de conflictos o persecuciones, algunos Estados han implementado mecanismos de protección temporal para gestionar la llegada de grupos grandes de personas necesitadas de protección. Este tipo de protección incluye garantías contra la devolución, pero no implica necesariamente una determinación formal del estatuto de refugiado para cada individuo (párrafo 24, “Directrices sobre Protección Internacional”). Esta medida permite a los Estados brindar asistencia y protección iniciales sin comprometerse a un proceso de asilo prolongado para cada solicitante, lo cual puede ser útil en contextos de crisis humanitaria.

El ACNUR subraya que, en estos casos, las decisiones de los Estados de terminar la protección temporal deben estar precedidas por una evaluación exhaustiva de los cambios en las condiciones del país de origen, para asegurar que el retorno de los refugiados no los exponga nuevamente a peligro. Además, los refugiados que se encuentren bajo protección temporal deben tener la oportunidad de solicitar protección internacional formal si desean no retornar⁶⁶.

En ese sentido, el concepto de alternativa de huida interna se refiere a la posibilidad de que una persona refugiada se reubique en otra zona de su país de origen donde no enfrente el riesgo de persecución. Sin embargo, el ACNUR enfatiza que este concepto no debe ser utilizado de manera que socave el principio de *non-refoulement* ni los derechos fundamentales del refugiado, como el derecho a salir de su país y a buscar asilo⁶⁷.

El análisis de una alternativa de huida interna requiere una evaluación exhaustiva de la situación en la región propuesta para la reubicación, así como de las circunstancias personales del solicitante. Este análisis debe tener en cuenta factores como el acceso práctico y legal a la zona de reubicación, la posibilidad de que el solicitante lleve una vida relativamente normal sin enfrentarse a dificultades excesivas, y la ausencia de riesgo de persecución o daño grave en dicha zona. Si estos factores no están garantizados, la reubicación interna no puede considerarse una alternativa viable y el solicitante debe seguir recibiendo protección contra la devolución.

El principio de *non-refoulement* también se aplica en casos de víctimas de trata de personas, quienes requieren una protección adicional debido a su situación de vulnerabilidad. El ACNUR, junto con el Consejo de Europa y la Oficina

65 “Manual sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado”, párrafo 154.

66 “Manual de Directrices del ACNUR”, párrafo 24.

67 “Manual de Directrices del ACNUR”, párrafo 4, “Directrices sobre Protección Internacional”.

del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), ha enfatizado que las víctimas de trata deben tener acceso a procedimientos de asilo justos y eficientes, y que el hecho de ser víctima de trata no puede obstruir el derecho de buscar y disfrutar del asilo. En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar que las víctimas de trata reciban protección y que se respete en todo momento el principio de *non-refoulement*, sin excepciones⁶⁸.

Finalmente, dentro de las alternativas a la devolución existe el instituto de la protección temporal como un régimen alternativo a la protección contra la devolución. El concepto de protección temporal difiere del estatuto formal de refugiado y se ha utilizado como una respuesta de emergencia en situaciones de movimientos a gran escala de personas. Esta forma de protección, aunque no implica el reconocimiento individual del estatuto de refugiado, debe cumplir con los estándares internacionales y garantizar la protección contra la devolución mientras se resuelven las causas de la crisis en el país de origen.

En estos casos, los Estados están obligados a brindar un trato adecuado de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, y la terminación de la protección temporal sólo debe llevarse a cabo tras una evaluación cuidadosa de la situación en el país de origen.

5. CONCLUSIÓN

La protección internacional de los refugiados en Argentina se encuentra en un proceso de transformación significativo, marcado por la sanción de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley 27.742) y por las reformas introducidas mediante el DNU 942/2024. Estos instrumentos han aportado cambios estructurales y procedimentales que impactan directamente en la administración de los derechos de los solicitantes de refugio, procurando que el sistema nacional responda con mayor eficacia y alineamiento a los estándares internacionales.

La Ley de Bases ha permitido introducir modificaciones en la estructura administrativa del sistema de refugio, particularmente en la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), órgano responsable de determinar la condición de refugiado. Así, mediante Decreto Delegado de esta Ley de Bases 894/2024 se ha redefinido la composición de la CONARE para incluir un enfoque multidisciplinario con representantes de la Vicejefatura de Gabinete del Interior de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Capital Humano y el Ministerio de Seguridad. Esta reorganización se refuerza en la esencia de la ley, sin perder de vista la necesidad

68 Directriz 2.7, Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, ACNUDH, 2002.

de salvaguarda de la seguridad y del orden público, dado el contexto actual de crisis de refugiados en el continente.

Asimismo, el Decreto 942/2024 ha traído ajustes específicos en los plazos y en la forma de tramitar las impugnaciones a las decisiones de la CONARE. Con el fin de agilizar los recursos judiciales contra decisiones administrativas, el decreto establece un plazo de cinco días hábiles para interponer recursos directos. Este cambio responde a una búsqueda de eficiencia procesal en la revisión judicial de las decisiones de la CONARE, y aunque ha suscitado debates en torno a la suficiencia del tiempo para la defensa de los solicitantes, también debe interpretarse dentro de un sistema que prioriza la celeridad sin detrimento de los derechos procesales básicos. La reforma contempla que el derecho de defensa se ejerza plenamente en la fase administrativa, garantizando que los solicitantes puedan ser escuchados y presentar pruebas antes de la resolución de su caso.

La Ley de Bases también incorpora principios fundamentales en los procedimientos administrativos, como la celeridad, economía y gratuidad en los trámites. Estos principios, aplicables a los procedimientos de refugio, promueven la eficiencia en la gestión de solicitudes sin imponer cargas financieras adicionales a los solicitantes, contribuyendo así a la equidad en el acceso al sistema de asilo. De esta manera, la ley refuerza el derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo modificaciones en el amparo por mora, que permite a los solicitantes exigir una respuesta rápida cuando la administración excede los plazos razonables, especialmente en casos de urgencia humanitaria.

Otro aspecto relevante es el fortalecimiento del principio de no devolución (*non-refoulement*), el cual queda garantizado en las decisiones de la CONARE y en el marco de supervisión judicial establecido. La Ley de Bases ha extendido este principio a todos los procedimientos de refugio, reiterando que ninguna persona podrá ser devuelta a un país donde su vida, libertad o integridad estén en riesgo, a menos que se trate de una excepción prevista expresamente y en línea con el derecho internacional. Esta disposición, junto a las reformas estructurales y procesales mencionadas, asegura que el sistema de refugio argentino opere con un alto nivel de respeto a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En conclusión, las reformas introducidas por la Ley de Bases y el Decreto 942/2024 marcan un avance en la modernización del sistema de refugio en Argentina, dotándolo de herramientas para gestionar con mayor eficacia y celeridad las solicitudes de asilo en un contexto de demanda creciente. Ello en consonancia con los diferentes instrumentos internacionales y regionales de DDHH.

Estos cambios buscan, por un lado, optimizar la eficiencia administrativa y, por otro, garantizar un acceso efectivo y equitativo a la justicia para las personas

solicitantes de refugio, promoviendo un equilibrio entre la protección de derechos fundamentales y la seguridad del Estado.

MARÍA FLORENCIA ZICAVO

Es Abogada. Máster en Extranjería e Inmigración. Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública (con tesis pendiente de defensa). Especializada en Derecho Procesal. Docente universitaria. Jefa de Gabinete del Ministerio de Justicia. Comisionada de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE). Coordinadora y coautora del primer libro de derecho migratorio en la República Argentina: *Régimen migratorio y de ciudadanía argentino*, editorial Eldial.com. Reconocido en noviembre de 2022 por la Legislatura porteña de Interés para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos. Autora de múltiples publicaciones en materia de Derecho Administrativo y de Derecho Migratorio. Fue relatora de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Compuesto, armado, impreso y encuadernado
en los talleres de GRÁFICA SUR EDITORA S.R.L.
México 1448 C1097ABD Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Enero de 2025

Celeste, Blanco y Amarillo –como la bandera– se perciben los tomos. Umbral, Práctica y Sustancia, se ordenan las secciones. Sin principio ni final, sin antes ni después. Una única obra que, como diría Cortázar, deriva en lo inmóvil.



ISBN 978-987-46364-2-3

