

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

Editor  
**ENRIQUE ALONSO REGUEIRA**

Prólogo  
**LEANDRO VERGARA**

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ  
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE  
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA  
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO  
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK  
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Derecho



**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

*Tomo Celeste*

Editor

**ENRIQUE ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**LEANDRO VERGARA**

---

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ  
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE  
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA  
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO  
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK  
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Derecho

**AJUFE**  
ASOCIACIÓN DE JUECES Y FISCALES ARGENTINOS



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO FEDERAL

*1ª Edición: Diciembre de 2024*

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Celeste / 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, 2024.

548 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-1-6

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

### JUAN CARLOS MAQUEDA

Es Abogado por la Universidad Católica de Córdoba. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Diputado y Ministro de Educación de la Provincia de Córdoba. Consejero del Consejo de la Magistratura de la Nación. Diputado y Senador nacional, Presidente de la Asamblea Legislativa de 2001 y 2002, Presidente Provisional del Senado. Convencional Constituyente de la Nación, de la Provincia y de la Ciudad de Córdoba.

### 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 del Curso 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>.

### DARÍO G. CIMINELLI

Es Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor en la Universidad Católica de La Plata y en la Universidad Nacional de La Patagonia San Juan Bosco.

### NICOLÁS DIANA

Es Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y doctorando por la UBA. Docente de grado y posgrado en la Universidad Nacional de José C. Paz, en la de La Matanza, en la de Madres de Plaza de Mayo y en la UBA, entre otras universidades. Fiscal de Estado Adjunto de la Provincia de Buenos Aires. Autor de diversas publicaciones sobre la especialidad y codirector del Suplemento Administrativo de La Ley y la Revista Dimensiones Jurídicas Bonaerenses.

### SERGIO G. FERNÁNDEZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid, la Université Paris X Nanterre y la Universidad del Salvador. Profesor Titular de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Presidente de la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de diversas publicaciones sobre la especialidad.

**MARÍA ANGÉLICA GELLI**

Es Abogada Especialista en Sociología Jurídica por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de la materia Administración y Constitución de la Maestría y Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública y de la materia República Democrática, Justicia y Nuevos Derechos Constitucionales, de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de San Andrés; Profesora Titular de Derecho Constitucional en el Ingreso a la Carrera Diplomática del Instituto Servicio Exterior de la Nación. Académica de Número y Directora del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro del Consejo Consultivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro honorario de la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina. Fue Presidenta de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación de Colegios de Abogados. Recibió el Premio Konex en Humanidades (2006-2010), Diploma al Mérito en Derecho Constitucional. Fue conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2019. Autora de *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (La Ley, 6° ed. ampliada y actualizada, 2022), entre otras obras y publicaciones.

**JOSÉ IGNACIO LÓPEZ**

Es Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Director del portal jurídico “Palabras del Derecho” ([www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)).

**LAURA MONTI**

Es Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y en Derecho y Economía por la Universidad Torcuato di Tella. Cursó el Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de León (España). Personalidad Destacada en el ámbito de las Ciencias Jurídicas (Declaración 436/2024 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**MARIO REJTMAN FARAH**

Es Profesor Consulto de la Universidad de Buenos Aires. Director del Doctorado en Economía y de la Maestría en Gerencia Pública de la Universidad Nacional de la Patagonia. Miembro del Consejo Académico de la Maestría en Administración Pública. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho.

**MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ**

Es Magíster en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Tributario, por la Universidad Austral. Profesora Titular de Derecho Administrativo en grado en la Universidad del Museo Social Argentino y de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza y de la Universidad Austral. Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, de la Universidad de Lorraine, Metz- Sarreguemines, Francia. Directora Académica de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Fue Directora Nacional

de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Autora de dos libros y publicaciones varias sobre la especialidad.

**ROBERTO SAGGESSE**

Es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**GUILLERMO TREACY**

Es Abogado con diploma de honor y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular por concurso de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José C. Paz. Juez de la Sala V de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de numerosas publicaciones y panelista sobre temas de la especialidad.

**GRACIELA C. WÜST**

Es Abogada, Doctora en Derecho y Profesora Adjunta Regular por Concurso de la Universidad de Buenos Aires. Técnica en Administración de Empresas con Especialización en Pymes. Vicepresidenta de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**ALFONSO BUTELER**

Es Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios, Magíster Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Posdoctor en Derecho y Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Director de la Sala de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Córdoba. E-mail: alfonso@buteler.com.ar.

**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.

**JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA**

Es Doctorando y Profesor regular adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de la Universidad Nacional de José C. Paz. Juez de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de diversas obras y expositor en diferentes ámbitos académicos y profesionales.

**MAXIMILIANO NAHUEL CERTOMA**

Es Abogado con orientación al Derecho Administrativo y Especialista en Finanzas Públicas y Derecho Tributario por la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Universidad Nacional de Tres de Febrero, la Universidad Nacional del Nordeste. Profesionalmente se desempeña en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Miembro activo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional y de Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

**PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI**

Es Abogado especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Consulto en la materia de Elementos de Derecho Administrativo en la misma universidad. Juez de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

**LILIANA HEILAND**

Es Jueza de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

**FACUNDO MACIEL BO**

Es Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Prosecretario letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y de su Foro Permanente de Jóvenes Administrativistas.

**SANTIAGO RUBIO**

Es Abogado y Profesor Adjunto de la materia Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín. Funcionario en la Secretaría Judicial n° 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. santiagorubio@derecho.uba.ar.

**JUAN STUPENENGO**

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular por concurso y de posgrado de diversas universidades públicas y privadas del país, en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en la de Formación de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad. Socio del Estudio Beccar Varela, donde está a cargo del Departamento de Derecho Administrativo.

**ROGELIO VINCENTI**

Es Procurador, Abogado y Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad del Salvador, Argentina, y la Universidad Carlos III de Madrid, Reino de España. Profesor adjunto regular en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Católica Argentina (UCA), entre otras universidades nacionales y privadas. Coordinador del Área de Redacción Jurídica de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Juez de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

### JUAN YLARRI

Es Abogado y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, con equivalencia del título de doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de España. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Profesor Titular por concurso de Derecho Administrativo de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor de Derecho Constitucional en Universidad de Buenos Aires y Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor de posgrado en materias de su especialidad en diversas universidades públicas y privadas. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Fue becario de Fundación Carolina (España) y recibió el Premio “Joven Jurista 2019”. Autor de dos libros y de más de setenta artículos y capítulos de libro. Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

### RODOLFO BARRA

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Máster en Derecho Administrativo Profundizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de La Matanza y de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral. Profesor invitado en universidades del extranjero y expositor en diversos congresos nacionales e internacionales. Procurador del Tesoro de la Nación. Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional en 1994. Exministro de Justicia de la Nación. Expresidente de la Auditoría General de la Nación. Investigador, autor de más de 20 libros, entre los que se destacan: *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, *Principios de Derecho Administrativo*, los 3 tomos de *Contrato de Obra Pública*, *Temas de Derecho Público*, *Tratado de Derecho Administrativo*, *Derecho Público Canónico*, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo y Reglamentos* y más de un centenar de publicaciones en Latinoamérica y Europa.

### TOMÁS BRANDAN

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Fiscalidad, Digitalización e Inteligencia Artificial por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Docente de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de José Clemente Paz y del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

### MARTÍN CORMICK

Es Docente de grado y posgrado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en las Universidades Nacionales de Avellaneda y de José Clemente Paz. Autor y coautor de libros y otras publicaciones sobre la especialidad. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11.

### JUAN ERBIN

Es Abogado. Docente y Director de la Licenciatura en Gestión Gubernamental en la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

### NÉSTOR OSVALDO LOSA

Es Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Profesor Consulto de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal en varias Universidades. Exjuez y camarista de Faltas de CABA. Miembro Correspondiente del Instituto del Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Experto de CONEAU. Vocal de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de Universidad de Buenos Aires. Autor de 11 libros de Derecho Público.

### ESTELA SACRISTÁN

Es Doctora en Derecho por la UBA, Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA) y Abogada por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Profesora de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, la Universidad Austral, la UCA y el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética (CEARE), entre otras instituciones argentinas y extranjeras. Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo y miembro del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Autora de un libro basado en su tesis doctoral sobre tarifas de los servicios públicos, y autora o coautora de más de 260 publicaciones.

### ANA SALVATELLI

Es Abogada y doctoranda por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesora Adjunta de grado en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Procuración del Tesoro de la Nación; en las Universidades Nacionales de Rosario; de Tres de Febrero y del Comahue; en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Salta. Coordinadora de la Carrera de Especialización y de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación. Autora de numerosas publicaciones sobre la especialidad, la más reciente, el libro *El Estado Responsable*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2024.

### GABRIELA ANDREA STORTONI

Es Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III, Madrid (España), París X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Especialista en Derecho de la Integración por la Universidad Austral. Becaria en Transporte Urbano y Planificación por Japan International Cooperation Agency (JICA), Reino de Japón. Doctoranda en Estudios de Género por la Universidad Tres de Febrero. Fue profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas y actualmente es profesora de postgrado en diversas casas de estudios en temas de su especialidad y en materia de derechos humanos y perspectiva de género. Directora de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad de Tres de Febrero. Directora del Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

## ÍNDICE

<b>Prolegómenos</b> .....	29
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA	
<b>Prólogo</b> .....	31
LEANDRO VERGARA	
<b>Un verdadero desafío</b> .....	33
JUAN CARLOS MAQUEDA	
U M B R A L	
<b>Tutela administrativa y convencional efectiva</b> .....	39
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA	
1. Limen.....	39
2. Las garantías judiciales.....	40
3. La prohibición de arbitrariedad y motivación.....	43
3.1. Los contornos de la motivación.....	45
3.2. Motivación autónoma y subsanación.....	46
3.3. Sanciones motivadas.....	48
3.4. Autoridades colegiadas.....	49
3.5. La motivación frente a conceptos jurídicos indeterminados.....	49
4. La competencia y el procedimiento.....	50
5. El deber de imparcialidad.....	54
<b>Principios incorporados al Decreto Ley 19.549/72 de Procedimientos Administrativos por la Ley 27.742. Especial referencia al principio de juridicidad</b> .....	59
DARÍO G. CIMINELLI	
1. Reflexión inicial.....	59
2. Principios del Procedimiento Administrativo.....	60
2.1. Utilización, aplicación, interpretación de principios de derecho en nuestro sistema legal.....	61
2.2. Los principios dentro del bloque de legalidad.....	66
3. Principio de juridicidad.....	67
3.1. Principio de juridicidad en función administrativa.....	68
3.2. Control de constitucionalidad y función administrativa.....	69

4. Reflexión final.....	72
<b>Las falacias de la tutela administrativa efectiva. Mitos y leyendas.....</b>	<b>75</b>
NICOLÁS DIANA	
1. Introducción .....	75
2. Sobre verdades a oscuras .....	77
2.1. Derecho a ser oído .....	79
2.2. Derecho a ofrecer y producir pruebas.....	79
2.3. Derecho a una decisión fundada .....	79
2.4. Derecho a un plazo razonable .....	79
3. A modo de colofón.....	80
<b>El principio de juridicidad en la reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos .....</b>	<b>83</b>
SERGIO G. FERNÁNDEZ	
1. Introducción .....	83
2. El sometimiento pleno de la administración a la ley y el derecho .....	84
2.1. Vinculación negativa de la Administración a la ley.....	85
2.2. Vinculación positiva de la Administración a la ley.....	88
2.3. Vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico.....	91
3. Los alcances del principio de juridicidad.....	94
4. Juridicidad y discrecionalidad .....	97
5. Juridicidad y la supremacía constitucional.....	99
6. Juridicidad y el control judicial .....	102
7. Conclusiones .....	105
<b>Derecho de acceso a la información pública, control de las arbitrariedades y del autoritarismo .....</b>	<b>107</b>
MARÍA ANGÉLICA GELLI	
1. Introducción .....	107
2. ¿En qué se funda el derecho de acceso a la información pública en Argentina? .....	108
3. ¿Cómo regula este derecho la Constitución Nacional? .....	109
4. La jurisprudencia de los tribunales regionales y de la Corte Suprema también se ha ocupado de este derecho .....	111
5. La Ley 27.275 .....	113
6. Conclusión.....	113
<b>El principio de “eficiencia burocrática” en el régimen nacional de procedimientos administrativos y su antecedente bonaerense .....</b>	<b>117</b>
JOSÉ IGNACIO LÓPEZ	
1. Introducción .....	117
2. Los principios en el procedimiento administrativo: una breve noción general.....	118

3. El principio de “eficiencia burocrática” .....	119
4. El antecedente bonaerense .....	120
5. Reflexiones finales .....	121

<b>El control judicial en la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos .....</b>	<b>123</b>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

LAURA MONTI

<b>La Ley de Bases y el procedimiento administrativo: una oportunidad perdida .....</b>	<b>131</b>
-----------------------------------------------------------------------------------------	------------

MARIO REJTMAN FARAH

1. A modo de balance.....	131
2. Un Derecho Administrativo ausente.....	132
3. Algunas cuestiones puntuales de la reforma –o las previsiones que no se reformaron– respecto al procedimiento administrativo .....	133
3.1. Las audiencias públicas .....	133
3.2. El ámbito de aplicación de la ley.....	135
3.3. Los principios del procedimiento administrativo recogidos por el Capítulo III de la Ley 27.742 .....	137
4. Avances .....	139
5. El mantenimiento del statu quo .....	142
5.1. La vista en materia recursiva .....	142
5.2. El carácter no suspensivo de la ejecutoriedad del acto frente a la interposición de un recurso administrativo.....	143
5.3. El reclamo administrativo previo. El agotamiento de la vía administrativa.....	143
6. El porqué de nuestras críticas .....	145

<b>Función administrativa, acto, procedimiento y contratos administrativos en la Ley de Bases: la concreción sistémica de la “autorregulación regulada” .....</b>	<b>147</b>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

1. El Derecho Administrativo es político, imposible no ser valorativo. Desde qué atalaya opinamos.....	147
1.1. Nuestra concepción antropológica: la naturaleza social del hombre.....	148
1.2. El principio de subsidiariedad como criterio de intervención estatal.....	149
1.3. El Estado como valor ético.....	150
2. La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos	151
2.1. Su inspiración en Alberdi .....	151
2.2. Institutos del Derecho Administrativo excogitados para demostrar sumariamente la tesis explicitada en el título de este trabajo .....	151
2.3. El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada” .....	152

3. Función administrativa, acto, procedimiento, contrato: análisis de disposiciones de la Ley de Bases que trasuntan un paradigma afín al de la “autorregulación regulada”.....	153
3.1. La exclusión de las manifestaciones empresariales del Estado del ámbito de aplicación de la LNPA y la aplicación “a pedido” del Derecho Administrativo.....	153
3.2. La supresión del párrafo in fine del art. 7, LNPA.....	158
3.3. La derogación de los actos de alcance general a la luz del principio según el cual “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos”.....	159
3.4. Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases).....	160
(i) <i>Prerrogativas</i> .....	160
(ii) <i>La posición de la Administración en el caso de los contratos nulos</i> .....	162
(iii) <i>El desplazamiento de los marcos legales regulatorios de los servicios públicos</i> .....	163
(iv) <i>Paneles técnicos y tribunales arbitrales. Prórroga de jurisdicción</i> .....	163
4. Prognosis conclusiva.....	165
<b>Igualdad, libertad de expresión y presunción de inconstitucionalidad</b>	169
ROBERTO SAGGESE	
1. Introducción.....	169
2. Derecho a la igualdad.....	170
2.1. Discriminación proveniente del texto de las normas.....	172
2.2. Discriminación proveniente de la aplicación práctica de las normas.....	181
2.3. Discriminación proveniente de actos.....	186
3. Libertad de expresión.....	189
3.1. Afectación directa.....	190
3.2. Afectación indirecta.....	199
<b>El ámbito de aplicación de la LPA luego de las reformas de la Ley de Bases</b> .....	209
GUILLERMO F. TREACY	
1. Introducción.....	209
2. La unificación del procedimiento administrativo.....	211
3. Panorama general de la Ley de Bases en su incidencia en la LPA.....	214
4. Las hipótesis de aplicación directa.....	216
4.1. Administración Pública nacional centralizada y descentralizada....	216

4.2. Órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en cuanto ejerzan funciones materialmente administrativas.....	216
(i) <i>Los órganos del Poder Legislativo</i> .....	217
(ii) <i>Los órganos del Poder Judicial</i> .....	217
(iii) <i>Los órganos del Ministerio Público</i> .....	219
4.3. Organismos militares, de defensa y seguridad .....	220
5. Las hipótesis de aplicación supletoria .....	223
5.1. Personas y entes públicos no estatales .....	223
5.2. Procedimientos administrativos especiales.....	225
(i) <i>El caso de las contrataciones administrativas</i> .....	225
(ii) <i>Otros procedimientos especiales previstos por el Decreto 722/96</i> .....	226
(iii) <i>Otros procedimientos administrativos especiales</i> .....	227
6. Las exclusiones de la aplicación de la LPA .....	229
6.1. Las entidades empresariales del Estado.....	229
6.2. Las entidades financieras del Estado.....	229
6.3. Algunas observaciones comunes a estos supuestos.....	230
7. Consideraciones finales .....	231
<b>Interpretación de las normas en el Derecho Administrativo</b> .....	233
GRACIELA C. WÜST	

PRÁCTICA

<b>El silencio administrativo: a propósito de la Ley 27.742</b> .....	241
ALFONSO BUTELER	
1. Introducción .....	241
2. La teoría del silencio .....	242
3. Clases.....	242
3.1. El silencio negativo .....	242
3.2. El silencio positivo .....	243
4. Sistemas de configuración .....	244
4.1. Sistema automático .....	244
4.2. Sistema de denuncia de mora .....	244
4.3. Sistema combinado.....	244
5. El silencio en el sistema federal.....	244
5.1. El silencio como denegatoria.....	244
5.2. El silencio positivo en el ámbito federal .....	245
(i) <i>Actividad, conducta o acto que requiere autorización administrativa</i> .....	245
(ii) <i>Se trate de actividad reglada de la Administración Pública</i> .....	246
(iii) <i>Materias excluidas</i> .....	246
(iv) <i>Trámite</i> .....	247

(v) <i>Vencimiento del plazo</i> .....	247
(vi) <i>Aplicación</i> .....	248
(vii) <i>Efectos</i> .....	248
(viii) <i>La formalización</i> .....	249
(ix) <i>Los efectos sobre la administración</i> .....	250
(x) <i>Recursos</i> .....	250
(xi) <i>Revocación</i> .....	250
6. Los efectos del silencio .....	251
6.1. El silencio como denegatoria tácita.....	251
6.2. El silencio como acto administrativo desfavorable .....	252
6.3. El silencio como acto administrativo favorable.....	253
<b>La prueba en el proceso contencioso administrativo</b> .....	255
LUIS CASARINI	
JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA	
1. Introducción .....	255
2. Noción de prueba y su función en el proceso contencioso administrativo .....	259
3. La audiencia preliminar del art. 360.....	260
3.1. La audiencia preliminar en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo.....	262
4. Los hechos nuevos (arts. 365 y 366) .....	265
5. La carga de la prueba (art. 377, CPCCN) .....	266
5.1 La denominada “carga dinámica de la prueba” .....	270
6. Apreciación de la prueba (art. 386) .....	272
6.1. La “sana crítica” .....	272
7. Las medidas para mejor proveer.....	274
8. Diligencias preliminares y producción de prueba anticipada.....	275
8.1. Diligencias preliminares .....	276
8.2. La producción de prueba anticipada .....	277
9. Los medios probatorios en particular .....	278
9.1. La prueba documental.....	279
9.2. El expediente administrativo .....	279
9.3. La prueba confesional.....	281
9.4. La prueba de testigos .....	284
9.5. La prueba pericial.....	284
<b>Superando barreras: la reforma que derrumba muros y forja unidad hacia la justicia contencioso-administrativa</b> .....	289
MAXIMILIANO NAHUEL CERTOMA	
PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI	
1. Introducción .....	289
2. Los recursos directos en el Derecho Administrativo .....	290

3. La regla solve et repete en el Derecho Administrativo .....	295
4. El Impacto del artículo 25 bis de la Ley de Procedimientos	
Administrativos.....	296
4.1 Impacto sobre el tratamiento procesal de los Recursos Directos .....	297
4.2. Impacto sobre la condición de procedencia de los Recursos	
Directos. ....	298
5. Aportes y Críticas .....	299
6. Conclusión.....	302
<b>La competencia en lo contencioso administrativo federal.....</b>	<b>305</b>
LILIANA HEILAND	
1. Introducción. Inexistencia de norma general atributiva de competencia	305
2. Oportunidades procesales para decidir la competencia.....	310
2.1. Principio general. Excepciones .....	310
2.2. Competencia y tutela cautelar en la Ley 26.854.....	311
3. Categorías que hoy imperan. Dos importantes enfoques .....	313
3.1. Derecho de preponderante aplicación en la controversia. El fondo	
sobre las formas .....	313
(i) <i>Emergencia Pública y Régimen Cambiario (corralito financiero)</i>	
<i>Plenario Cámara Federal Contenciosa “Jaimovich v. EN (PEN)”</i>	
<i>(2002)</i> .....	316
(ii) <i>Corte Suprema de Justicia: “Viejo Roble” (2003)</i> .....	317
3.2. Parte nominal y sustancial. Concepto y formas para detectarla .....	319
4. Aplicación práctica de las categorías expuestas.....	320
4.1. Conflictos más usuales con el Fuero Contencioso y Tributario de	
la Ciudad de Buenos Aires .....	320
(i) <i>Ejecuciones Fiscales iniciadas por el Gobierno de la Ciudad</i>	
<i>contra el EN y/o sus entes</i> .....	322
(ii) <i>Tributario local</i> .....	323
4.2. Conflictos con otros fueros federales.....	324
(i) <i>Con Civil y Comercial Federal</i> .....	324
(ii) <i>Responsabilidad del Estado</i> .....	325
(iii) <i>Sistema de Salud</i> .....	327
(iv) <i>Con Seguridad Social</i> .....	328
(v) <i>Jubilaciones extranjeras y reconocimiento de beneficios</i>	
<i>previsionales especiales</i> .....	329
(vi) <i>Impuesto a las ganancias sobre beneficios previsionales</i> .....	330
5. Conclusión.....	331
<b>Ejecución de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar</b>	
<b>sumas de dinero no consolidadas. Descripción de una intrincada</b>	
<b>etapa del proceso judicial .....</b>	<b>333</b>
FACUNDO MACIEL BO	

1. Introducción .....	333
2. Contextualización histórica.....	334
3. Contenido sustancial .....	336
4. Descripción del régimen jurídico vigente .....	339
4.1. Comunicación y efectiva previsión. Inembargabilidad. Incumplimiento.....	339
4.2. Fecha de corte para determinar el presupuesto en el que corresponde prever el pago. Orden de prelación.....	341
4.3. Agotamiento de la partida. Nueva prerrogativa. Precedente “Curti” .....	342
4.4. Plazo para concretar el pago.....	343
5. Incidencia de los aspectos procesales.....	344
6. Hitos y desafíos del procedimiento de ejecución de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero no consolidadas.....	345
6.1. Elaboración del escrito de inicio, previsión en la sentencia definitiva y advertencia en eventuales recursos.....	345
6.2. Confeción de la liquidación. Supuestos especiales. Incidentes de ejecución de los arts. 258 y 499 del CPCCN .....	346
6.3. Traslados de la liquidación .....	349
6.4. Resolución que aprueba la liquidación .....	349
6.5. Acreditación de la respectiva previsión.....	350
6.6. Vencimiento del ejercicio presupuestario pertinente. Eventual ejecución .....	351
6.7. Ejercicio de la prerrogativa de diferir el pago una vez más, de acuerdo al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Curti” (Fallos: 339:1812).....	351
6.8. Acreditación del depósito, dación en pago e imputación.....	351
6.9. Reconocimiento de intereses durante previsión. Innecesaridad de prever su pago. Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Martínez” (Fallos: 343:1894).....	352
6.10. Admisión de anatocismo en las liquidaciones complementarias...	353
6.11. Tasa de interés .....	354
7. Admisibilidad de excepciones al régimen.....	355
8. Conclusiones .....	357
<b>La acción de amparo por mora en la Ley de Procedimientos Administrativos, con la reforma de la Ley 27.742.....</b>	<b>359</b>
SANTIAGO RUBIO	
1. Introducción .....	359
2. La regulación del instituto. El amparo por mora en su contexto normativo .....	361

3. Algunos cambios introducidos en la Ley 19.549 y su posible impacto en el amparo por mora.....	362
3.1. Ámbito de aplicación .....	362
3.2. Principios fundamentales.....	363
3.3. Plazos.....	364
3.4. Silencio positivo.....	364
3.5. Vía recursiva .....	365
4. Lo que no cambió en la Ley 19.549 y podría haber impactado en el amparo por mora.....	366
4.1. Plazo razonable .....	366
4.2. Subsistencia del régimen procesal de la Ley 16.986.....	366
(i) <i>Costas</i> .....	366
(ii) <i>Recurso de apelación</i> .....	367
5. El amparo por mora en su redacción actual .....	367
5.1. De redacción.....	367
5.2. De trámite .....	367
5.3. Efecto devolutivo .....	368
5.4. Objeto de la pretensión .....	368
5.5. Facultades judiciales .....	368
6. Colofón.....	368

**Los recursos directos en la Ley Nacional de Procedimientos**

**Administrativos modificada.....** 371

JUAN ANTONIO STUPENENGO

1. Introducción .....	371
2. Plazo de interposición del recurso directo.....	373
3. Cómputo del plazo de interposición del recurso directo .....	375
4. Análisis de admisibilidad .....	377
4.1. Plazo para la elevación del recurso directo.....	378
4.2. Remedio ante la falta de elevación del recurso directo .....	379
4.3 La fundamentación del recurso directo.....	380
4.4. El ofrecimiento y la admisibilidad de la prueba.....	381
4.5. Improcedencia del solve et repete ante la impugnación de sanciones de carácter pecuniario.....	382
5. Efecto del artículo 25 bis de la LNPA en el tiempo.....	385
5.1. Efecto sobre las normas existentes que contienen disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 bis de la LNPA.....	385
5.2. Efecto sobre las normas futuras que contengan disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 bis de la LNPA.....	386
6. Conclusiones .....	386

**Reformas de la Ley de Bases en materia de reclamo administrativo previo.....** 391

ROGELIO W. VINCENTI

1. Introducción .....	391
2. Importancia del instituto y sus modificaciones en la Ley de Procedimientos Administrativos .....	392
3. Finalidad del reclamo administrativo previo.....	394
4. Principales modificaciones que introduce la Ley de Bases.....	396
4.1 El nuevo art. 30 .....	396
4.2. Las modificaciones a los arts. 31 y 32 .....	398
4.3. Excepciones al reclamo administrativo previo .....	401
5. Conclusiones .....	404
<b>El que calla, otorga: El silencio positivo en materia de autorizaciones.</b>	<b>407</b>
JUAN SANTIAGO YLARRI	
1. Introducción .....	407
2. El deber de resolver y el instituto del silencio.....	408
2.1. Deber de resolver .....	408
2.2. Silencio negativo .....	408
2.3. Silencio positivo.....	409
3. Requisitos para que se configure el silencio positivo en los supuestos previstos en el art. 10, inc. b) LNPA .....	410
3.1. El silencio sólo rige en materia de autorizaciones administrativas..	410
3.2. El silencio sólo rige en el marco de una facultad reglada .....	411
3.3. Plazo en el que se configura el silencio positivo .....	413
3.4. El silencio como acto administrativo finalizador del procedimiento .....	413
3.5. Inscripción registral, emisión de certificado o autorización .....	414
3.6. Necesidad de cumplir con las condiciones previstas para el otorgamiento .....	414
3.7. Excepciones al silencio positivo.....	415
(i) <i>Excepciones generales</i> .....	415
(ii) <i>Excepciones específicas</i> .....	416
4. El trámite de autorizaciones con silencio positivo.....	417
4.1. Plataforma en la que tramitan los procedimientos .....	418
4.2. ¿Qué se debe contemplar en las plataformas digitales?.....	418
4.3. Falta de acreditación de elementos a cargo del particular.....	419
4.4. Inicio del trámite ante autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto.....	419
5. Vigencia del régimen con sentido positivo.....	419
6. Conclusiones .....	420

#### S U S T A N C I A

<b>Sobre los DNU .....</b>	<b>425</b>
RODOLFO C. BARRA	
1. Introducción .....	425

2. El caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia.....	426
3. El control específico. Caducidad.....	426

<b>Una nueva previsión normativa respecto a la suspensión del acto irregular estable. Análisis del nuevo artículo 17 de la Ley 19.549: ¿El fin o el inicio de un nuevo debate?.....</b>	<b>431</b>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

TOMAS BRANDAN

1. Introducción .....	431
2. Acto Irregular. El nuevo artículo 17 de la Ley 19.549.....	432
3. La acción de lesividad.....	434
4. Suspensión del acto irregular estable.....	436
4.1 Posturas en la doctrina de manera previa al dictado de la Ley 27.742.....	436
4.2. La Postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) de manera previa al dictado de la Ley 27.742.....	438
4.3. La Ley 27.328: ¿Un adelanto a la modificación normativa de la Ley de Bases sobre el punto en cuestión? .....	440
4.4. El caso “Novartis”.....	440
5. La modificación de la Ley 27.742. Interpretación y alcance.....	442
6. Conclusiones .....	444

**El contrato administrativo a la luz del Decreto Ley 19.549.**

<b>Relaciones entre las partes y solución de controversias.....</b>	<b>447</b>
---------------------------------------------------------------------	------------

MARTÍN CORMICK

1. Introducción .....	447
2. ¿Qué puede ocurrir durante un contrato?.....	448
2.1. Fallo “Mevopal” .....	449
2.2. Fallo “Petracca” .....	451
2.3. Fallo “Serra” .....	452
2.4. Fallo “Gypobras” .....	454
3. Desde “Gypobras” hasta la modificación reciente.....	454
4. Los actos administrativos contractuales con la reforma por la Ley de Bases .....	455
5. Nos volvemos a preguntar: ¿Es la mediación un camino posible? .....	456

<b>Ley de Bases y crédito público: La Constitución Nacional como base del sistema .....</b>	<b>461</b>
---------------------------------------------------------------------------------------------	------------

JUAN ERBIN

1. Introducción .....	461
2. El sistema de crédito público y la Constitución Nacional .....	463
3. Aplicación directa del principio de legalidad tributaria .....	464
4. Las operaciones de crédito público con organismos multilaterales de crédito.....	465
5. Conclusión.....	469

<b>La Ley 27.742 y los derechos de usuarios y consumidores. Peligros desregulatorios</b> .....	471
NÉSTOR OSVALDO LOSA	
1. Introducción .....	471
2. Privilegiar libertad y decreto de necesidad y urgencia.....	473
3. La Ley Nacional 27.742. Reforma administrativa profunda .....	474
4. Aspectos a tratar. Derivaciones .....	476
5. Avatares en Salud. Política y Justicia .....	477
6. Jurisprudencia.....	478
7. Conclusión.....	479
<b>De lo procedimental a lo formal: La función de atracción de capitales y la ley formal</b> .....	481
ESTELA B. SACRISTÁN	
1. Introducción .....	481
2. Argumentos en contra de un blindaje de la ley que asegura el derecho, ante posteriores modificaciones, derogaciones o abrogaciones.....	485
2.1. Limitaciones de la seguridad jurídica y la certeza jurídica .....	485
2.2. No hay derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos.....	487
2.3. Irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador .....	488
2.4. Inviabilidad de autorrestricciones congresionales temporales.....	490
3. Argumentos a favor de un blindaje de la ley que asegura el derecho, ante posteriores modificaciones, derogaciones o abrogaciones.....	492
3.1. Derrotabilidad de la tesis de la ausencia de derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentaciones .....	492
3.2. Límites a la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador .....	493
3.3. Viabilidad de las autorrestricciones congresionales .....	493
(i) <i>Efectos</i> .....	496
(ii) <i>Compatibilización</i> .....	497
(iii) <i>Quid de la soberanía del Legislador para autorrestringirse, a la luz de la jurisprudencia argentina</i> .....	497
4. En síntesis.....	500
<b>La doble garantía de fundamentación de los actos administrativos: Derecho a una decisión fundada y motivación. Su impacto en la discrecionalidad administrativa</b> .....	503
ANA SALVATELLI	
1. Doble garantía de fundamentación: decisión fundada y motivación .....	505
1.1. Derecho a una decisión fundada como parte de la tutela administrativa efectiva .....	505

1.2. Apuntes sobre la motivación.....	507
(i) <i>¿Qué es motivar?</i> .....	508
(ii) <i>¿Por qué motivar?</i> .....	508
(iii) <i>¿Para qué motivar?</i> .....	508
(iv) <i>¿Alcanza a todos los actos?</i> .....	509
(v) <i>¿De quién es la carga?</i> .....	509
(vi) <i>¿Cuándo se motiva?</i> .....	509
(vii) <i>¿Es susceptible de grados?</i> .....	510
(viii) <i>¿Tiene formas rígidas?</i> .....	510
(ix) <i>¿Cuándo es suficiente?</i> .....	511
1.3. La doble garantía de fundamentación.....	512
2. Impacto en la discrecionalidad administrativa.....	514
3. Ley de Bases: lo que se ve y lo que no se ve.....	518
4. Una inquietud final.....	522
<b>Reorganización Administrativa en la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, Título II Capítulo I.....</b>	<b>525</b>
GABRIELA ANDREA STORTONI	
1. Introducción .....	525
2. Antecedentes: La impronta de la Reforma del Estado de la Ley 23.696	526
3. Comentarios al Artículo 2: La delegación legislativa. Breves referencias. Las bases de la delegación.....	527
4. Comentarios al Artículo 3. Alcances de la modificación y reordenamiento de la administración pública.....	532
5. Comentarios al Artículo 4. Las Sociedades del Estado. La etapa preparatoria de la estatalidad a las variables de gestión privada.....	534
6. Comentarios al Artículo 5. Destino de fondos fiduciarios en la nueva ley .....	538
7. Comentarios al Artículo 6. Intervención de organismos de la administración.....	540
8. Conclusiones y comentarios finales sobre la aplicación de las nuevas herramientas.....	542
8.1. La posición de Cassese sobre la aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional” .....	544
8.2. La doctrina de la política de la diferencia de Iris Marion Young.....	545
8.3. Colofón.....	546



## 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 multiplicadas<sup>1</sup>.

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”<sup>2</sup>. 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 limitadas<sup>3</sup> y todo trabajo útil y fructífero es un trabajo colaborativo, asociativo<sup>4</sup>. 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

LEANDRO VERGARA

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

Con gran placer y entusiasmo acepté la invitación de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires consistente en presentar la obra colectiva dedicada a reflexionar acerca de la denominada Ley de Bases. La iniciativa tuvo su punto de partida en el seminario titulado “Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino” realizado los días 26 y 27 de agosto, en el Salón Verde.

En dicha ocasión tuve el honor de inaugurar el evento académico junto a Leandro Abel Martínez (Presidente de la Asociación de Docentes), Enrique Alonso Regueira (Secretario de la Asociación de Docentes) y Sergio G. Fernández (Presidente de la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal).

La actividad fue un éxito rotundo debido a varias razones que deseo explicitar. Siguiendo los usos y costumbres del Derecho Administrativo podría ordenar mi razonamiento en torno a la oportunidad, el mérito y la conveniencia. Uno, el momento era el indicado ya que la Ley de Bases había sido recientemente promulgada y la comunidad académica se encontraba ávida de discutir su problemática. Dos, la importancia estaba dada por la participación de gran parte de la más destacada doctrina autoral y de integrantes del Fuero Contencioso Administrativo Federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este punto, no puedo dejar de destacar la amplia pluralidad ideológica de la nómina de disertantes, circunstancia que va en consonancia con valores trascendentales que hacen a la esencia de las universidades públicas. Tres, el provecho se configuró con la calidad de las disertaciones a lo largo de dos jornadas de extenso trabajo.

Ahora bien, dice el refrán que “las palabras se las lleva el viento”. He aquí todo lo contrario. La Asociación de Docentes volvió a realizar una convocatoria, aún más extensa y diversa, para ofrecer a la sociedad un conjunto de aportes relevantes respecto a la Ley de Bases. En consecuencia, mi elogio y agradecimiento por la tarea y el esfuerzo.

El Derecho, en cuanto conglomerado de normas creadas por el ser humano y destinadas a ordenar la vida en comunidad, puede sufrir transformaciones. La decisión legislativa plasmada en la Ley de Bases repercutió significativamente en la enseñanza de varias asignaturas impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los tres tomos de la presente obra colectiva vienen a constituirse en un insumo de utilidad para quienes enseñan y aprenden en nuestras aulas.

L.V.  
Noviembre de 2024.

## UN VERDADERO DESAFÍO

JUAN CARLOS MAQUEDA  
Ministro de la Corte Suprema  
de Justicia de la Nación.\*

Estoy ante un verdadero desafío.

Durante 22 años quise ser un juez que no apareciera en los medios de difusión, que no expresara a través de su palabra su voluntad con respecto a los temas académicos que podían derivarse de los fallos de la Corte. No tuve apariciones públicas. Tampoco hablé en público.

Es muy difícil en este momento, con la emoción que tengo, hacerlo.

Siempre recuerdo una vez que, llegando con mi señora a Cuba en un viaje de turismo, un taxista me preguntó: “¿De dónde son ustedes con esa tonada?”. Yo le contesté que éramos argentinos. Él me dijo una cosa que me quedó grabada para siempre: “Ah, argentinos... Los únicos para los que veinte años no es nada”.

Bueno. Ahora, después de veintidós años, tengo que hablar ante ustedes y les aseguro que es mucho.

Voy a empezar por el agradecimiento al dueño de casa, el Presidente del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal, Ricardo Gil Lavedra. A seguir por la señora Presidenta de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), Mariel Tschieder, y a terminar por el Presidente del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Alberto Garay. Les agradezco muchísimo. Realmente estoy muy emocionado. Han sido generosas sus palabras y realmente me conmueven profundamente.

Quiero agradecer también a todos y cada uno de los que están presentes, acompañándome en este momento que, para mí, es muy importante y es muy emotivo.

\* Conferencia pronunciada en el Acto de Reconocimiento celebrado el 9 de diciembre de 2024, en el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal (CPACF), con el apoyo de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. <https://www.csjn.gov.ar/novedades/detalle/9185>.

Yo solamente les voy a dejar un mensaje, que intento elaborar desde mi experiencia, con respecto a un tema; sobre el cual veo nubarrones en el horizonte. Y me preocupa seriamente, porque nos comprende a todos nosotros.

Hace poco tiempo atrás, sorprendió cuando se entregó el premio Nobel de Economía a un turco norteamericano de apellido Acemoglu y a otra persona junto con él de apellido Johnson, que habían escrito, específicamente, sobre la importancia de las Instituciones en el desarrollo económico.

Creo que todos los que hemos velado por las instituciones nos hemos sentido representados en ese momento. Hasta entonces había una cierta creencia de que el desarrollo de la economía en nuestros países dependía solamente de las buenas políticas económicas. Estos dos grandes autores nos han dejado un libro fantástico, *Por qué fracasan los países*, en donde explican que uno de los pilares fundamentales es la estabilidad y la calidad de las Instituciones.

Estoy preocupado, en este momento, porque veo un mundo desorganizado y veo, a través de ese mundo desorganizado, muchas incertidumbres.

Quizá, no me animaría a decirlo totalmente, pero ya no tenemos las mismas certezas de la globalización que en los 90. Ahora hay un archipiélago con respecto a las distintas posiciones.

Uno ve el mundo en el cual nos toca vivir y recuerda aquella democracia liberal que se conquistó en el siglo XVII, a través del pensamiento de Locke y Montesquieu; que encontró su cauce en las antiguas y consolidadas instituciones de Inglaterra y, específicamente, en el siglo XVIII, a través de la Constitución norteamericana, donde se pudo plasmar la división de tres poderes. Desde ahí en adelante, se llevó por el mundo la idea de los tres poderes.

Hoy, a diferencia de cuando nosotros éramos jóvenes y la democracia era casi sagrada, uno ve el mundo y, ve que se van debilitando las instituciones de la democracia. Eso genera mucha preocupación.

En la década del 50, el gran profesor de ciencia política francés Georges Burdeau, en un libro que se llama *La Democracia*, decía que la democracia no era solamente una forma de gobierno, era una forma de vida y hasta una religión.

Quienes nos formamos en esa escuela somos institucionalistas. Como dijo la Dra. Tschieder, yo soy un institucionalista y me preocupa esto justamente desde el punto de vista institucional.

Pareciera que hoy ya no se siente tanta integración en la democracia como en tiempos pasados. Pareciera también que la diferencia entre democracia y autocracia, que nos dejara en aquellas épocas Raymond Aron, hoy está más vigente que nunca. Sin embargo, los límites están difusos. Creo que hay que hacer educación cívica de la democracia.

La democracia no es solamente elegir presidentes de la nación, ni países que se desarrollen profundamente con la superioridad de un poder del Estado

sobre los otros poderes del Estado; específicamente sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Una simple mirada del mundo que nos toca vivir nos encuentra con una República Popular China que pareciera que se transforma en un modelo a imitar, donde el capitalismo está separado de la democracia, porque se sigue manejando con un partido único.

También en Rusia, donde la justicia está totalmente cooptada por el Poder Ejecutivo, tenemos esta misma visión; si nos vamos hacia Irán, otra de las potencias del Medio Oriente que tiene mucho que ver con los conflictos que se están viviendo en estos días, nos encontramos con una organización del sistema teocrático que reemplaza a la democracia.

Hasta en el mismo Estados Unidos nos encontramos con un Poder Judicial debilitado. Hace pocos días atrás, la Corte Suprema de Estados Unidos le ha dado una interpretación a la jurisprudencia sobre las cuestiones políticas no justiciables, que le da una vía libre al Presidente de la Nación y que vuelve para atrás hasta el año 1962 que se dictó el caso “Baker v. Carr”, donde realmente se cambió la ideología de las cuestiones políticas no justiciables y quedaron totalmente encasilladas.

Temo por los poderes judiciales y también temo por los poderes legislativos. Temo por la institucionalidad.

Como les dije, soy un institucionalista y veo que en el mundo hay una preocupación mayor por los resultados, que por los métodos para alcanzar esos resultados. El camino que tenemos que volver a recuperar, es el camino de las instituciones de la democracia constitucional, reivindicando a los poderes legislativos para que cumplan su función, reivindicando al Poder Judicial, que yo sé que es molesto para todo Poder Ejecutivo en toda democracia, pero la molestia se da por los límites que se ponen y esos límites debemos seguir reivindicándolos.

Perdón por la perorata, pero les aseguro que, como dije al principio, veo nubarrones en esta nueva etapa y, para un hombre enamorado de la democracia constitucional y de sus instituciones, esto es un tema difícil.

Muchas gracias a todos.

---

JUAN CARLOS MAQUEDA

Es Abogado por la Universidad Católica de Córdoba. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Diputado y Ministro de Educación de la Provincia de Córdoba. Consejero del Consejo de la Magistratura de la Nación. Diputado y Senador nacional, Presidente de la Asamblea Legislativa de 2001 y 2002, Presidente Provisional del Senado. Convencional Constituyente de la Nación, de la Provincia y de la Ciudad de Córdoba.



## UMBRAL



## TUTELA ADMINISTRATIVA Y CONVENCIONAL EFECTIVA

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

*El que nace chicharra muere cantando.*  
Isabel Allende, 1984.

SUMARIO: 1. Limen. 2. Las garantías judiciales. 3. La prohibición de arbitrariedad y motivación. 3.1. Los contornos de la motivación. 3.2. Motivación autónoma y subsanación. 3.3. Sanciones motivadas. 3.4. Autoridades colegiadas. 3.5 La motivación frente a conceptos jurídicos indeterminados. 4. La competencia y el procedimiento. 5. El deber de imparcialidad.\*

### I. LIMEN

El art. 1° *bis* de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, a partir de la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), recepta la tutela administrativa efectiva como principio fundamental del procedimiento administrativo.

Esto implica una puesta en valor y revitalización del derecho de defensa y/o de la garantía de debido proceso adjetivo o, podría también decirse, del debido procedimiento adjetivo.

En cualquier caso, nos da una oportunidad para revisar el desarrollo de este principio-derecho-garantía que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito de su jurisprudencia.

El art. 8° de la Convención, titulado “Garantías Judiciales”, consagra “uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder estatal

\* El presente trabajo es una reversión de ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs*, 1° ed., Buenos Aires, Lajouane, 2024, Capítulo IV, pp. 107-131.

representan la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: El derecho al debido proceso legal”<sup>1</sup>.

“Está compuesto por un 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”<sup>2</sup>. “Obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”<sup>3</sup>.

Esta garantía ha sido una herramienta de gran eficacia en la revisión de la discrecionalidad administrativa ya que, además de la relevancia que tiene el respeto del derecho de defensa en general, la Corte Interamericana ha derivado de ella importantes principios, como la prohibición de arbitrariedad, el deber de motivación y la obligación de que la autoridad que emita el acto administrativo sea imparcial, competente y siga el procedimiento establecido.

Daremos preeminencia aquí a las cuestiones vinculadas con el art. 8.1 de las CADH, en cuanto dispone: “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. LAS GARANTÍAS JUDICIALES

¿Cómo puede ser que se emplee un precepto convencional destinado a los procesos judiciales?

1 Ver THEA, Federico, “Artículo 8. Garantías Judiciales” en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 127 a 166, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>

2 Corte IDH, caso “Chocrón Chocrón Vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 01/07/2011, Serie C No. 227, párr. 115, con cita de Casos “Tribunal Constitucional Vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/01/2001, Serie C No. 71, párr. 69, “Vélez Lóor Vs. Panamá” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23/11/2010, Serie C No. 218, párr. 142 y “Casa Nina Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 24/11/2020, Serie C No. 419, párr. 88.

Véase también Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 06/10/1987, Serie A No. 9, párr. 27 y “Claude Reyes y otros Vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 19/09/2006, Serie C No. 151, párr. 116 y “Pollo Rivera y otros Vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 21/10/2016, Serie C No. 319, párr. 209.

3 Corte IDH, caso “Manuela y otros Vs. El Salvador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2/11/2021, Serie C No. 441, párr. 120.

Si bien estas garantías han sido calificadas por la Convención como “judiciales”, la jurisprudencia de la Corte es conteste en que su alcance no debe limitarse a ese tipo de procesos. De modo que las prescripciones contenidas en el citado artículo 8.1 deben ser respetadas por cualquier autoridad pública, sea personal o colegiada<sup>4</sup>, sea administrativa, legislativa o judicial; en las decisiones en las que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales<sup>5</sup> o que determinen derechos<sup>6</sup> de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>7</sup>; así como en los procedimientos administrativos en general y, en especial, los

4 “Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que [las autoridades] estatales “adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos” (Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 118).

5 Es “exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal” (Corte IDH, Caso “Casa Nina”, ya cit., párr. 88). Cualquier autoridad “del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” (Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 115, con cita de los Casos “Tribunal Constitucional Vs. Perú” (Competencia), 24/09/1999, Serie C No. 55, párr. 71; “Escher y otros Vs. Brasil” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 06/07/2009, Serie C No. 200, párr. 139 y “Vélez Loor”, párrs. 141 y 142).

6 “El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘[...] tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos” (Corte IDH, Caso “Apitec 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. 46). En igual sentido, Corte IDH, Caso “Flor Freire Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2016, Serie C No. 315, párr. 165.

7 “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso” (Corte IDH, Caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 117, con cita de Casos “Yatama Vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/06/2005, Serie C No. 127, párrs. 148-164 y “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párrs. 127-134; luego ratificado en Casos “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 3/5/2016, Serie C No. 311, párr. 72; “Pollo Rivera”, ya cit., párr. 209, y “Flor Freire”, ya cit., párr. 165). En igual sentido, ver Casos “López y otros Vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 25/11/2019, Serie C No. 396, párr. 200 y “López Mendoza Vs. Venezuela” (Fondo, Reparaciones y Costas), 01/09/2011, Serie C No. 233, párr. 111, con cita de Caso “Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas), 06/02/2001, Serie C No. 74, párr. 71).

sancionatorios o disciplinarios<sup>8</sup> y los llevados a cabo en el marco de juicios políticos o ante jurados de enjuiciamiento de autoridades de la Magistratura o del Ministerio Público Fiscal<sup>9</sup>.

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, 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 cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”<sup>10</sup>.

Por último, sin perjuicio de las precisiones relatadas, cabe recordar que la Corte Interamericana también reconoce que, en el supuesto una autoridad no judicial, no le son exigibles las garantías receptadas en el artículo 8.1 de la CADH “propias de [una autoridad] jurisdiccional”, aunque “sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”<sup>11</sup>.

8 “Es decir, cualquier actuación u omisión de [las autoridades] estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio, disciplinario o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte IDH, Caso “Flor Freire”, ya cit., párr. 164 y, en igual sentido Casos “Yatama”, ya cit., párr. 149; “Ivcher Bronstein”, ya cit., párr. 105; “Claude Reyes”, ya cit., párr. 119; “Baena”, ya cit., párr. 124; “López Mendoza”, ya cit., párr. 111; “Maldonado”, ya cit., párr. 71; “Pollo Rivera”, ya cit., párr. 209 y “Mina Cuero Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 7/09/2022, Serie C No. 464, párr. 80).

9 En relación con jurados de enjuiciamiento de composición mixta que tienen la competencia de decidir sobre la permanencia o remoción de [autoridades de la magistratura] o fiscales, la Corte ha entendido que “son aplicables en la sustanciación de este tipo de procesos, las garantías del debido proceso que establece la Convención Americana” (Corte IDH, Caso “Nissen Pessolani Vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 21/11/2022, Serie C No. 477, párr. 61).

Sobre la garantía de independencia e inamovilidad judicial, considera que resulta aplicable respecto de [autoridades] fiscales, “debido a la naturaleza de las funciones que ejercen”. Lo cual implica “(i) que la separación de sus cargos debe obedecer exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque han cumplido el término de su mandato; (ii) que [...] solo pueden ser [destituidas] por faltas de disciplina graves o incompetencia; y (iii) que todo proceso debe resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley” (párrs. 57 a 59).

10 Corte IDH, Caso “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 29/08/2013, Serie C No. 268, párr. 166.

11 Corte IDH, Casos “Claude Reyes”, ya cit., párr. 120; “López Lone y otros Vs. Honduras” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/10/2015, Serie C No. 302, párr. 207; “Flor Freire”, ya cit., párr. 165 y “Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 19/8/2021, Serie C No. 429, párr. 95.

### 3. LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD Y MOTIVACIÓN

“La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”<sup>12</sup>. Una de las garantías más interesantes que la Corte ha derivado del artículo 8.1 de la CADH es la prohibición de que los actos administrativos y, en general, las decisiones que se adopten en los procedimientos administrativos resulten arbitrarias<sup>13</sup>. Asimismo, como contrapartida, el deber de que dichas decisiones se encuentren motivadas o fundamentadas. “Las decisiones que adopten [las autoridades públicas] que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”<sup>14</sup>.

La primera vez que se planteó que el deber de motivación constituía una exigencia convencional, en tanto se encontraba entre las debidas garantías receptadas por el artículo 8.1, fue en el caso “Lori Berenson” (2004) pero, allí, la Corte “optó por una posición formalista y distante, en tanto no ingresó a analizar la calidad de la motivación”, por lo que puede decirse que fue al siguiente año, en el caso “Yatama Vs. Nicaragua”, que hizo efectivo por primera vez este deber<sup>15</sup>.

Sin embargo, recién en el caso “Apitz” (2008), deja sentado, en forma expresa, que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”<sup>16</sup>. Inicia, así, un

12 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 129.

13 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 119. En cuanto a este punto, es de destacar que Juan C. Cassagne también entiende que la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece la prohibición de arbitrariedad como límite a la discrecionalidad administrativa, aunque apunta, para ello, a lo prescripto por sus artículos 4.1 7.3, 11.2 y 20.3 (CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 94, nota 93).

14 Corte IDH, casos “Claude Reyes”, ya cit., párr. 120; “Apitz”, ya cit., párr. 78; “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118 y “López Mendoza”, ya cit., párr. 141; en similar sentido, ver Casos “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 21/11/2007, Serie C No. 170, párr. 107; “Tristán Donoso Vs. Panamá” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/01/2009, Serie C No. 193, párr. 153; “Casa Nina”, ya cit., párr. 89; “Maldonado”, ya cit., párr. 87; “Flor Freire”, ya cit., párr. 182 y “Martínez Esquivá Vs. Colombia” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), 6/10/2020, Serie C No. 412, párr. 106.

15 SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1º ed., Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ, 2012, pp. 233 y 236, con cita de Corte IDH, Casos “Lori Berenson Mejía Vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 25/11/2004, Serie C No. 119, párrs. 175 a 181 y “Yatama”, ya cit., párr. 152).

16 Corte IDH, caso “Apitz”, ya cit., párr. 78.

camino jurisprudencial que sigue hasta estos días<sup>17</sup> y que dio lugar a reconocer que, en definitiva, la discrecionalidad no fundamentada transforma el acto administrativo en un acto arbitrario<sup>18</sup>.

Por supuesto, el deber de motivación también debe ser respetado en las decisiones adoptadas por el Poder Judicial, ya que, de lo contrario, no sólo se estaría violentando el citado artículo 8.1 de la Convención, sino también su artículo 25, relativo a la protección judicial y al derecho a contar con un recurso judicial efectivo<sup>19</sup>.

En realidad, es irrelevante que la autoridad sea “administrativa, legislativa o judicial”. Por ejemplo, la Corte Interamericana entiende que la autoridad legislativa “debe motivar su decisión de levantamiento o no de la inmunidad procesal. Ello, porque esta decisión, necesariamente, impactará tanto los derechos del parlamentario relacionados con el ejercicio de sus funciones, como el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las supuestas infracciones penales atribuidas a este mismo parlamentario”<sup>20</sup>.

17 Corte IDH, casos “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118; “López Mendoza”, ya cit., párr. 141; “Casa Nina”, ya cit., párr. 89; “Flor Freire”, ya cit., párr. 182; “Maldonado”, ya cit., párr. 87 y “Rico Vs. Argentina” (Excepción Preliminar y Fondo), 2/9/2019, Serie C No. 383, párr. 74. En similar sentido, ver Casos “Tristán Donoso”, ya cit., párr. 153; “Suárez Peralta Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 109; “J. Vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/11/2013, Serie C No. 275, párr. 224; “García Ibarra y otros Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 17/11/2015, Serie C No. 306, párr. 151 y “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 412.

18 “En el presente caso, aun cuando la Corte no pudo concluir que el acto que dejó sin efecto el nombramiento de la señora Chocrón Chocrón tuviera naturaleza sancionatoria, el Tribunal considera que la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación” (Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 120; en igual sentido, ver “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 111 y “Mina Cuero”, ya cit., párr. 94).

19 En el caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 185, “la Corte observa que los recursos judiciales interpuestos por el señor López Mendoza no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido y que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación en los procesos que derivaron en sanciones de inhabilitación (...), razón por la cual se vulneró el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor López Mendoza” (v. en igual sentido, caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 130 y 131 y FREEDMAN, Diego, y ROJAS, Shunko, “Artículo 25. Protección Judicial”, en ALONSO REGUEIRA (dir.), *La Convención Americana...*, ya cit., pp. 443-462).

20 “Evidentemente, al tratarse de [una autoridad legislativa], no se le puede exigir la fundamentación propia de una decisión judicial. Como se observa en Brasil y otros Estados Parte de la Convención, la decisión final de la Cámara legislativa corresponde a la votación de una opinión escrita o informe de una comisión técnica de dicha Cámara sobre la solicitud de levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Por consiguiente, el referido informe técnico debe contener la motivación

### 3.1. *Los contornos de la motivación*

La Corte la define la como “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>21</sup>, lo cual “protege el derecho de [las personas] a ser [juzgadas] por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”<sup>22</sup>.

“La motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”<sup>23</sup>.

Tomando en cuenta ello, explica que “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”<sup>24</sup>.

En cuanto a este punto, cabe destacar que, si bien la jurisprudencia interamericana refiere a “ciertos actos administrativos” (y no a la totalidad de ellos), en un supuesto en que tal deber no se encontraba receptado por “la regulación” del Estado parte, entendió que el incumplimiento del “deber de motivar las decisiones [...] constituye una violación de las debidas garantías prescritas por el artículo 8.1 de la Convención. Pues, “la regulación del procedimiento [...] no exigía [...] la motivación de sus resoluciones, lo que resultaba incompatible con los fines de la Convención Americana, en tanto que las decisiones no contaban con una justificación razonada que permitiera exteriorizar las razones que llevaron [a la autoridad] a tomar una decisión de no ratificación contra las presuntas víctimas”<sup>25</sup>.

---

sobre la decisión adoptada” (Corte IDH, caso “Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 7/9/2021, Serie C No. 435, párrs. 109 y 110).

21 Corte IDH, casos “Chaparro Álvarez”, ya cit., párr. 107; “Apitz”, ya cit., párr. 77; “Tristán Donoso”, ya cit., párr. 152; “Escher”, ya cit., párr. 208; “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118; “J”, ya cit., párr. 224 y “Flor Freire”, ya cit., párr. 182. La Corte también ha expresado que la motivación constituye “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (casos “López Mendoza”, ya cit., párr. 141; “Suárez Peralta”, ya cit., párr. 109 y “García Ibarra”, ya cit., párr. 151).

22 Corte IDH, casos “Apitz”, ya cit., párr. 77; “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118; “López Mendoza”, ya cit., párr. 141; “Casa Nina”, ya cit., párr. 89; “Maldonado”, ya cit., párr. 87 y “Flor Freire”, ya cit., párr. 182.

23 Corte IDH, Casos “Apitz”, ya cit., párr. 78; “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118; “López Mendoza”, ya cit., párr. 148; “Casa Nina”, ya cit., párr. 89 y “Rico”, ya cit., párr. 75.

24 Corte IDH, casos “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118; “Casa Nina”, ya cit., párr. 88; “Maldonado”, ya cit., párr. 87, “Cuya Lavy y otros Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/9/2021, Serie C No. 438, párr. 137 y “López Mendoza”, ya cit., párr. 141, en donde se agrega que “[a]demás, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”.

25 Como no permite una exteriorización de las razones que llevan a tomar la decisión, “la normativa aplicada en el presente caso es violatoria del artículo 2 de la Convención, en relación con

Por último, “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa”<sup>26</sup>. Sin embargo, si “el razonamiento no fuera satisfactorio para la presunta víctima no significa que la resolución careciera de motivación”<sup>27</sup>. Pues, que “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión”<sup>28</sup>.

### 3.2. *Motivación autónoma y subsanación*

La Corte también entiende que la motivación del acto administrativo debe ser expresada en forma autónoma, independientemente de los actos que se encuentren dictados. Establece esta exigencia en dos casos en los que se valoraba una sanción disciplinaria, pero presumo que resulta comprensiva de cualquier acto administrativo.

En el caso “Apitz” (2008) considera que “para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones [...]; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño [...] Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de [una autoridad] de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria”. En este punto, la Corte constata que la acusación y la resolución de destitución “tomaron como única prueba y como único componente de motivación los argumentos desarrollados por la SPA [Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia] en su fallo. Es decir, tan solo reiteraron la calificación efectuada por esta última”<sup>29</sup>.

En “López Mendoza” (2011), “observa que en las dos resoluciones de inhabilitación el Contralor se concentró en resaltar los hechos por los cuales el señor López Mendoza fue declarado responsable por el Director de la Dirección de Determinación de Responsabilidades [...] El Contralor General debía responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad. En efecto, de una lectura de dichas resoluciones, la Corte no encuentra un análisis concreto de relación entre la gravedad

---

el artículo 8.1 de la misma” (Corte IDH, caso “Cuya Lavy”, ya cit., párrs. 140 y 150).

26 Corte IDH, caso “Rico”, ya cit., párr. 75.

27 Corte IDH, caso “Flor Freire”, párr. 190.

28 Corte IDH, casos “Apitz”, ya cit., párr. 90; “Tristán Donoso”, ya cit., párr. 154, “López Mendoza”, ya cit., párr. 146 y “Rico”, ya cit., párr. 75 y arg. Casos “Escher”, ya cit., párr. 139; “Mémoli Vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/8/2013, Serie C No. 265, párr. 40 y “Flor Freire”, ya cit., párr. 186).

29 Corte IDH, caso “Apitz”, ya cit., párr. 86 y 87.

de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa”<sup>30</sup>.

Los precedentes reseñados no necesariamente implican una declaración respecto de la posibilidad de motivar *in aliunde*. En cuanto a este aspecto, cabe traer a colación, *mutatis mutandi*, un tercer precedente, el caso “Flor Freire” (2016), en el que la Corte entiende que no existe violación a la garantía de la motivación en un caso en que las resoluciones que aplican sanciones disciplinarias “son notificadas mediante memorandos donde consta la parte dispositiva [...] No obstante, Ecuador indicó que ‘cuando [las personas lo] requieren [...] se entrega copias certificadas de la parte que a [ellas] les corresponde’ y de las actas donde consta la motivación de los Consejos de Oficiales o Suboficiales<sup>31</sup>. Así, concluye que “al no apartarse de los razonamientos del Juzgado de Derecho, ambos Consejos adoptaron como propias dichas consideraciones. En consecuencia, el ejercicio del derecho a la defensa de la presunta víctima, frente a ambos actos administrativos, se veía garantizado con las consideraciones del Juzgado de Derecho. Por tanto, la Corte concluye que la ausencia de un nuevo análisis de los hechos y el derecho aplicable en las resoluciones de los Consejos de Oficiales Subalternos y Superiores no constituyó una violación del deber de motivación, en la medida en que [dichas autoridades] adoptaron las consideraciones de hecho y derecho realizadas por el Juzgado de Derecho como propias”<sup>32</sup>.

Por lo demás, “la Corte considera que, a efectos de las garantías establecidas en el art. 8.1 de la Convención, los procesos deben ser examinados como un todo, es decir, realizándose un análisis de todas sus etapas y no mediante una evaluación aislada de una fase defectuosa, salvo que sus efectos permeen todo el proceso y no hubieren sido subsanadas en una etapa posterior”<sup>33</sup>.

De este modo, como principio, la falta de motivación es un vicio del acto administrativo convencionalmente pasible de subsanación posterior. Sin perjuicio de ello, tal subsanación no sería procedente cuando, en el marco de los recursos interpuestos contra la decisión inmotivada, el vicio haya generado un impacto de

30 Corte IDH, caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 146.

31 Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párrs. 187 y ss.

32 Ibidem, párrs. 192 y 193.

33 Ibidem, párr. 186. Postura esta que resulta coincidente con la históricamente adoptada por la Corte Suprema argentina, en cuanto ha considerado “que la omisión del dictamen jurídico es subsanable si él se emite en el trámite del recurso de reconsideración, o, en su caso, en el correspondiente al recurso jerárquico”. Asimismo, “las omisiones observables a la tramitación administrativa pueden ser salvadas en la instancia judicial”, debido a la “inexistencia de la violación del art. 18 CN., si el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se habría visto privado a consecuencia del trámite impreso en la causa” (COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, 1ª ed., Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2022, pp. 315-316).

tal envergadura que impida un reexamen en profundidad de las argumentaciones o evidencias relacionadas con la decisión<sup>34</sup>.

### 3.3. Sanciones motivadas

En materia sancionatoria, existe una mayor exigencia en la motivación, “por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las conductas reprochadas tienen la suficiente entidad para justificar que la persona no permanezca en el cargo”<sup>35</sup>.

Lo que conduce a la afirmación de que “la motivación al momento de su aplicación es fundamental, pues corresponde [a la autoridad disciplinaria] interpretar dichas normas respetando el principio de legalidad y observando la mayor rigurosidad para verificar la existencia de la conducta sancionable”<sup>36</sup>. Resulta convencionalmente necesario que exista una “adecuada relación entre los hechos constitutivos de la conducta o comportamiento reprochable y las normas presuntamente incumplidas”<sup>37</sup>, ya que “la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas sancionadas no satisface los requisitos de una adecuada motivación”<sup>38</sup>.

“Si bien el deber de motivación es una garantía debida en esta materia [...], la Corte considera que su alcance dependerá considerablemente del asunto bajo examen. El grado de motivación exigible en materia disciplinaria es distinta a aquel exigido en materia penal, por la naturaleza de los procesos que cada una está destinada a resolver, así como por la mayor celeridad que debe caracterizar

34 La presunta víctima “tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores en los que se rechazaban los argumentos sobre la entidad de las fallas administrativas y la gravedad de las irregularidades cometidas [...]. Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal” (Corte IDH, caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 148).

35 Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párr. 184 y arg. Casos “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 120; “Apitz”, ya cit., párr. 89 y “López Mendoza”, ya cit., párr. 147).

36 Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párr. 270.

37 *Ídem*.

38 *Ibidem*, párr. 267, con cita de Corte IDH, casos “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 120, “Raxcacó Reyes Vs. Guatemala” (Fondo, Reparaciones y Costas), 15/09/2005, Serie C No. 133, párr. 133 y “Masacre de La Rochela Vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), 11/05/2007, Serie C No. 163, párr. 196.

los procesos disciplinarios, el estándar de prueba exigible en cada tipo de proceso, los derechos en juego y la severidad de la sanción”<sup>39</sup>.

### 3.4. *Autoridades colegiadas*

Cabe hacer especial referencia a las consideraciones que la Corte IDH efectúa respecto de la motivación del acto emitido por un jurado de enjuiciamiento, a los fines de destituir a un juez de la Provincia de Buenos Aires. Expresa que ya había indicado, en un precedente anterior, que “el veredicto del jurado en un sentido clásico no exigía una motivación o exteriorización de la fundamentación”. Pues, la “falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa [...El] sistema de decisión por íntima convicción no vulnera en sí el derecho a un juicio justo siempre que, del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la persona interesada pueda entender las razones de la decisión. Asimismo, recordó que la íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer una autoridad judicial técnica [...] Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica”<sup>40</sup>.

### 3.5. *La motivación frente a conceptos jurídicos indeterminados*

La Corte IDH ha recurrido a la noción de “concepto jurídico indeterminado”<sup>41</sup>, en tanto refiere “a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen claramente establecidos en su enunciado”<sup>42</sup>.

Si bien esto podría presagiar una nueva etapa en la que dicho tribunal comience a emplear esta teoría, lo cierto es que ello aún no ha acontecido. Por el contrario, ha empleado dicha noción en el marco del análisis de la motivación del

39 Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., 191.

40 Corte IDH, caso “Rico”, ya cit., párrs. 76 y 77, con cita de caso “V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 8/3/2018, Serie C No. 350, párrs. 258, 259 y 262.

41 Sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, ver ALONSO REGUEIRA, *Discrecionalidad...*, ya cit., p. 46 y ss. y sus citas, entre las que cabe destacar BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales” en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2016, pp. 81-105, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php>

42 Corte IDH, caso “Casa Nina”, ya cit., párr. 93.

acto estatal mediante el cual la República del Perú había decretado el cese de un Fiscal provisorio, con sustento en “las razones de las necesidades del servicio”. En tal contexto, explica que la aplicación de dicho concepto “debería responder a circunstancias concretas claramente relevadas por la autoridad [...] Aludir a las necesidades del servicio no significa hacer referencia simplemente al enunciado, sino que debe introducir al análisis razonado de la calificación de circunstancias concretas del caso”<sup>43</sup>.

“Los Estados pueden gozar de prerrogativas para adaptar el régimen de sus funcionarias y funcionarios a las necesidades del servicio a fin de responder a los principios de eficacia y eficiencia. No obstante, el parámetro de las necesidades del servicio resulta particularmente indeterminado para justificar la terminación de un nombramiento en provisionalidad que debería contar con ciertas garantías de estabilidad. Por consiguiente, la justificación en las necesidades del servicio no otorga un grado de previsibilidad suficiente para ser considerada como una condición resolutoria, por lo que [...] la decisión que dio por terminado el nombramiento no respondió a las causales permitidas para salvaguardar la independencia del fiscal provisional en el ejercicio del cargo”<sup>44</sup>.

#### 4. LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO

Bajo el amparo del citado art. 8º de la Convención, la Corte también ha sostenido que tanto la competencia de la autoridad que dicte el acto administrativo<sup>45</sup>

43 *Ídem*.

44 *Ibidem*, párr. 94. Asimismo, en el párrafo 95 precisa que “si bien no se llegó a establecer que efectivamente el señor Casa Nina fuera objeto de presiones o injerencias de algún tipo durante el ejercicio de las funciones como fiscal, la libre remoción de las [autoridades] fiscales fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva que tienen de ejercer sus funciones y tomar decisiones sin temor a represalias”.

45 Es conveniente puntualizar que, si bien la Corte Interamericana, en el caso “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/08/2013, Serie C No. 266, párr. 156, había interpretado que el acto dictado por [autoridad] incompetente importaba un incumplimiento de la prohibición de arbitrariedad, hemos encuadrado el análisis de este asunto en un apartado diferenciado, ya que tal categorización no ha sido mantenida con posterioridad en el caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/06/2015, Serie C No. 293.

“Precisados los estándares generales sobre independencia judicial, la Corte procede a determinar si la resolución adoptada por el Congreso en virtud de la cual declaró el cese de los [magistrados] constituyó un acto arbitrario que vulneró las garantías judiciales de las presuntas víctimas. Al respecto, el artículo 8.1 de la Convención Americana establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por [un] 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 [...] En cuanto a la alegada vulneración de

como el procedimiento que se haya seguido a tal fin, son convencionalmente revisables, en virtud de la garantía de debido proceso.

El “artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine”<sup>46</sup> y bajo el procedimiento dispuesto para ello<sup>47</sup>.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte tuvo la oportunidad de reconocer distintas situaciones que, dentro de un procedimiento administrativo, también importan la violación del derecho de defensa, en los términos del citado artículo 8° de la Convención. Tal es el caso de la imposibilidad de presentar alegatos y pruebas<sup>48</sup>, sin perjuicio de reconocer que ello puede ser subsanado en los recursos posteriores<sup>49</sup>.

---

sus garantías judiciales, la Corte estimó que se debía “determinar si la resolución adoptada por el Congreso en virtud de la cual declaró el cese de [xs magistradxs], constituyó un acto arbitrario que vulneró las garantías judiciales de las presuntas víctimas” (Corte IDH, caso “Corte Suprema de Justicia”, ya cit., párr. 157).

46 Corte IDH, casos “Corte Suprema de Justicia”, ya cit., párr. 158 (v. asimismo, párrs. 162 y 180) y “Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, ya cit., párr. 171.

En cuanto a este punto, resulta de interés que la Corte interamericana reconoce, tanto respecto de su competencia contenciosa como consultiva, “la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence* de la *compétence/Kompetenz-Kompetenz*)”. También expresa que “es inherente a sus facultades la de estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses del Derecho” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-22/16, “Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 26/02/2016, Serie A No. 22, párrs. 14 y 27).

47 Corte IDH, caso “Granier”, ya cit., párr. 243. Allí se observó que “en la ley estaba dispuesto un debido proceso para la transformación de los títulos y para la renovación de la concesión y el seguimiento del mismo fue deliberadamente omitido por el Estado, vulnerando con ello las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana” (párr. 253).

48 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párrs. 133 y 134.

49 En cuanto a este punto, “si bien la Corte observa que el señor López Mendoza no contó con una etapa procesal entre las declaratorias de responsabilidad y la imposición de dicha inhabilitación en ninguno de los procesos administrativos que se llevaron a cabo en su contra en la que pudiera presentar alegatos y prueba específica sobre las posibles sanciones accesorias que se le podrían llegar a imponer, lo anterior no implica una violación a su derecho a la defensa por ese solo hecho, dado que el señor López Mendoza tuvo la oportunidad de controvertir la entidad de las fallas administrativas o de la gravedad de las irregularidades cometidas a través de recursos posteriores. Por tanto, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera que no era necesario que existiera un incidente procesal independiente, en el que se le hubiera dado oportunidad de presentar alegatos o prueba para que se cumpliera con su derecho de defensa frente a la imposición de posibles sanciones accesorias” (Corte IDH, caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 140).

En sentido coincidente, la Corte Suprema considera que “la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente”. Pues, “el hipotético gravamen que le habría ocasionado la denegación de [una] prueba, pierde toda entidad

También importa la violación la tutela administrativa efectiva la omisión de proveer la procedencia de la prueba ofrecida<sup>50</sup>, o de resolver los recursos administrativos presentados<sup>51</sup>.

En definitiva, las personas “deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”<sup>52</sup>.

En lo atinente al empleo público, ha expresado que “los procedimientos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de funcionarios públicos deben ser objetivos y razonables, es decir, deben respetar las garantías del debido proceso aplicables”<sup>53</sup>, lo cual se encuentra garantizado por los Derechos Políticos y por el Derecho a la estabilidad laboral.

La garantía de “estabilidad o inamovilidad en el cargo” y, en general, “las garantías contenidas en el artículo 23.1 c) de la Convención son aplicables a [...] quienes ejerzan funciones públicas, en atención al tenor literal de dicha disposición. Por esa razón, cuando se afecta de forma arbitraria la permanencia de una

---

ya que, al margen de lo actuado en el procedimiento administrativo, en esta instancia pudo ejercer plenamente su derecho de defensa (Fallos: 310:360), ofreciendo todas las pruebas que hicieran a su derecho y alegando sobre su mérito” (CSJN, “Formosa”. 2008, Fallos: 331:2769).

50 “Conforme lo expuesto, la Corte nota que las partes no controvierten que (1) la CFRSJ [Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial] no se pronunció sobre la solicitud probatoria realizada por los señores Apitz y Rocha, y (2) la prueba en cuestión estaba al alcance de las víctimas, la pudieron obtener directamente en la oficina estatal pertinente y la pudieron allegar a la CFRSJ. La cuestión a resolver, entonces, es si la CFRSJ debía responder a la solicitud probatoria de las víctimas. La Corte considera que esta prueba fue la única promovida por las víctimas y tenía el propósito de esclarecer un aspecto determinante del caso, esto es que la medida de amparo otorgada por la Corte Primera no tendría efectos constitutivos y que, por ello, no existiría error judicial inexcusable. En razón de lo anterior, a criterio de esta Corte, la CFRSJ debió, al menos, dar una respuesta mínima aceptando o negando la producción de dicha prueba o incluso ordenando que las víctimas fueran quienes la allegaran. Dado que guardó total silencio, el Tribunal estima que el Estado violó las “debidas garantías” ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Apitz y Rocha” (Corte IDH, caso “Apitz”, ya cit., párr. 94).

51 Corte IDH, Caso “Baena”, ya cit., párrs. 133 y 134.

52 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 83.

53 Corte IDH, caso “Pavez Pavez Vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 4/02/2022, Serie C No. 449, párr. 85). Allí también se precisó que “el acceso en condiciones de igualdad es una garantía insuficiente si no está acompañada por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede” (ver, asimismo, casos “Mina Cuero”, ya cit., párr. 107 y “Nissen Pessolani”, ya cit., párr. 95).

persona en el ejercicio de ese tipo de funciones, se desconocen sus derechos políticos”<sup>54</sup>.

Respecto del derecho al trabajo, protegido por el artículo 26 de la Convención, la Corte Interamericana estima que la “estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección [a las personas trabajadoras] a fin de que, en caso de despido o separación arbitraria, se realice bajo causas justificadas, lo cual implica que [las empleadoras acrediten] las razones suficientes para ello con las debidas garantías, y frente a lo cual [se] pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes deberán verificar que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”<sup>55</sup>.

Frente a sanciones disciplinarias expulsivas, exige que las víctimas imputadas sean “sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución”<sup>56</sup>; requisito cuya omisión no parecería ser pasible de subsanación en el marco de recursos posteriores<sup>57</sup>.

54 Corte IDH, Caso “Mina Cuero”, ya cit., párrs. 108 y 109, en similar sentido, Casos “Nissen Pessolani”, ya cit., párr. 97 y “Casa Nina”, ya cit., párr. 99). Pues, “las garantías contenidas en el artículo 23.1 c) de la Convención son aplicables a [todxs] quienes ejerzan funciones públicas (Corte IDH, Caso “Benites Cabrera y otros Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 4/10/2022, Serie C No. 465, párrs. 119 a 121. Ver Adén, Cristina, “Artículo 23. Derechos Políticos”, en ALONSO REGUEIRA, La Convención..., ya cit., p. 389 y ss.; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>

55 “Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho al trabajo y, por ende, a la estabilidad laboral, cuando no protege a sus funcionarios estatales de separaciones arbitrarias de su empleo” (Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párrs. 130 y 134, con cita de Corte IDH, caso “San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela” (Fondo, Reparaciones y Costas), 8/02/2018, Serie C No. 348, párr. 221; en igual sentido casos “Casa Nina”, ya cit., párrs. 109 y 110 y “Benites”, ya cit., párrs. 109 a 115). Ver AMEAL, Jorge A., “Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en ALONSO REGUEIRA, La Convención..., ya cit., p. 463 y ss.; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>

La Corte incluso ha declarado la violación de esta garantía frente a la remoción de un fiscal, “en virtud del principio *iura novit curia*”, sin perjuicio de que “ni la Comisión ni el representante alegaron de manera expresa en el presente caso la violación del artículo 26 de la Convención” (Corte IDH, caso “Nissen Pessolani”, ya cit., párrs. 99 a 104).

56 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 133. En igual sentido, la Corte ha entendido que la falta de procedimiento previo en tales casos importa la vulneración de “las garantías establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 literales b y c, esto es, el derecho a ser [oídx], el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y del derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa” (caso “Extrabajadores del organismo judicial Vs. Guatemala” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), 17/11/2021, Serie C No. 445, párr. 69).

57 “Con respecto a los recursos contra el acto de despido, la garantía analizada en este capítulo implica un procedimiento previo, que le permita a la persona trabajadora presentar prueba de descargo antes de que se tome la decisión sobre su despido. De esta forma, esta Corte coincide con la Comisión al considerar que el argumento conforme al cual no era necesario un procedimiento

Por último, cabe hacer una mención a la figura del dictamen jurídico previo, en especial, a la consideración que ella tiene en la Ley de Procedimientos Administrativos y en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En relación a la “ausencia de dictamen jurídico previo”, el Máximo Tribunal considera que ello no constituye un “vicio grosero, o grave” y que una conclusión distinta “importaría tanto como confundir la esencia del acto con su instrumentación, en tanto la gobernación [de la provincia de La Rioja] ha intentado fundar la inexistencia en una inobservancia formal no sustancial, sin destacar las defensas o las razones en las que se podría haber sustentado para evitar el dictado del acto administrativo cuya inexistencia declaró”. Por lo que ello “no constituyó una violación a los procedimientos esenciales y sustanciales que conlleven su declaración de nulidad o ‘inexistencia’”<sup>58</sup>.

Sin embargo, recientemente precisa los alcances de esa jurisprudencia, en un caso en el que “no existió dictamen jurídico posterior a la emisión del acto impugnado judicialmente que pudiera ser considerado por la Administración a los efectos de revisar su propia conducta por la sencilla razón de que con ese acto quedó clausurada la instancia administrativa”. Allí considera que “el gravamen causado por el vicio en el requisito esencial de procedimiento [...] no perdió virtualidad [...] porque la exigencia del dictamen jurídico previo hace al debido proceso adjetivo y su ausencia no se purga por el hecho de que la decisión administrativa [...] cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos. La cuestión de si el acto es o no conforme a derecho también depende del cumplimiento del requisito de emisión del dictamen previo a la decisión final por parte de la Administración”<sup>59</sup>.

## 5. EL DEBER DE IMPARCIALIDAD

En el marco de un procedimiento disciplinario, la Corte Interamericana ha “reconocido que la garantía de imparcialidad es aplicable a procesos administrativos, conforme al art. 8.1 de la Convención”. En tal sentido, precisó que “la imparcialidad exige que [la autoridad] competente para intervenir en una contienda particular, con capacidad de decisión, se aproxime a los hechos de

---

previo con las garantías del debido proceso, debido a que la causal de destitución estaba ya prevista en la normativa aplicable y era consecuencia directa de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, no es motivo para privar a las personas trabajadoras de su posibilidad de defenderse sobre si se encontraban inmersos en la referida causal y si la misma debía comportar o no una sanción” (caso “Extrabajadores del organismo judicial”, ya cit., párr. 74).

58 CSJN, “ANSES c/ La Rioja”, 2013, Fallos: 336:480.

59 CSJN, CIV 4753/2019/1/RH1, “Asociación Civil Universidad del Salvador”, del 21/11/2024, con cita de Fallos: 301:953, “Duperial”; “Goñi Demarchi” Fallos: 301:1200; “Soñes” Fallos: 310:272 y “Laboratorios Ricar” Fallos: 318:2311.

la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”<sup>60</sup>.

“Esta garantía implica que [las personas] integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren [involucradas] en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, [...] en una sociedad democrática. La imparcialidad personal o subjetiva se presume, a menos que exista prueba en contrario, consistente, por ejemplo, en la demostración de que algún miembro de un tribunal [...] guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra [las personas] litigantes [...] La garantía de imparcialidad es aplicable a los procesos disciplinarios llevados a cabo en contra de [la magistratura]”<sup>61</sup>.

El caso paradigmático en cuanto a la garantía de imparcialidad en el procedimiento administrativo es “Flor Freire” (2016), quien fuera separado de las fuerzas militares de la República de Ecuador, con sustento en que había cometido “actos de homosexualidad”.

La Corte observa que “el Comandante de la Cuarta Zona Militar, quien no era funcionario judicial, era a quien correspondía y actuó como ‘Magistrado de Derecho’ en el proceso disciplinario”. Dicho comandante era su superior jerárquico, por lo que “tenía facultad de mando, respecto al cargo y funciones de la presunta víctima”<sup>62</sup>. Además, “el 20 de noviembre de 2000, un día después de los hechos y antes de iniciarse el proceso disciplinario, el Comandante de la Cuarta Zona Militar ordenó al señor Flor Freire ‘entregar funciones y responsabilidades’ [...] El 22 de noviembre de ese mismo año lo puso a disposición del Juzgado

60 “La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada imparcialidad objetiva consiste en determinar si el referido funcionario cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que quien decide sobre los derechos de una persona debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho” (Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párrs. 168 y 169 y sus citas).

61 Corte IDH, caso “Urrutia Laubreaux Vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/8/2020, Serie C No. 409, párr. 118; v. asimismo, casos “Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, ya cit., párr. 220 y “Nissen Pessolani”, ya cit., párr. 76.

En un proceso de juicio político que fuera llevado a cabo en la provincia de Buenos Aires, la Corte expresa que “no es posible afirmar que alguno de los integrantes del jurado tuviere un interés directo o una posición previa respecto del señor Rico y en esa medida no encuentra desvirtuada la presunción de imparcialidad subjetiva [...] En razón de lo expuesto anteriormente, la Corte encuentra que no se vulneró el derecho a [una autoridad] imparcial en perjuicio del señor Rico” (“Rico”, ya cit., párrs. 72 y 73).

62 Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párr. 170.

Primero de lo Penal”. El 13 de diciembre de dicho año, le requirió “entregar ‘la habitación [...] de la Residencial de oficiales solteros’ que ocupaba [...] Todas estas acciones [...] fueron realizadas antes de que finalizara la fase investigativa del proceso de información sumaria” y “no consta en el expediente la motivación o fundamentación de estas actuaciones”<sup>63</sup>.

De acuerdo con lo expresado por los representantes del Estado en el Caso, el Comandante hacía dichas acciones “en razón de su potestad de mando” conferida por las leyes ecuatorianas. Asimismo, precisaron que ellas “no formaban parte del procedimiento de información sumaria, ni deben ser entendidas como una sanción ‘ya que la presunta víctima continuaba en el grado de Teniente y tenía las funciones que le correspondían, es decir, el señor Flor era un miembro activo de las Fuerzas Armadas, percibía su sueldo y emolumentos con relación a su grado, de forma similar a cualquier militar de su rango’. Además, Ecuador subrayó que el acto administrativo que lo separó de sus funciones en las Fuerzas Armadas fue ‘la baja’”<sup>64</sup>.

En dicho contexto, la Corte considera que, “en la medida en que dicho superior jerárquico posteriormente actuó como Magistrado de Derecho en el procedimiento disciplinario”<sup>65</sup>, “dichas actuaciones fueron suficientemente significativas para comprometer su imparcialidad posterior”<sup>66</sup>. Por lo que “no reunía elementos subjetivos ni objetivos de imparcialidad para actuar como Magistrado de Derecho

63 Ibidem, párrs. 171 y 172.

64 Ibidem, párr. 173.

65 “La entrega de funciones, de responsabilidades y de su cargo no constituyeron una sanción disciplinaria, ni tampoco fueron la razón por la cual el señor Flor Freire fue separado de las fuerzas armadas ecuatorianas. Conforme fue afirmado por el Estado y se desprende de la regulación interna pertinente, dichas actuaciones no estaban contempladas normativamente como parte del procedimiento disciplinario de información sumaria. No obstante, este Tribunal resalta que dicha separación de las funciones habituales de la presunta víctima fue adoptada por el Comandante de la Cuarta Zona Militar en su carácter de superior jerárquico del señor Flor Freire, en respuesta a los hechos ocurridos el 19 de noviembre de 2000. Por tanto, si bien dichas actuaciones no formaban parte del procedimiento disciplinario sí constituyeron un prejuzgamiento de estos hechos por parte del Comandante de la Cuarta Zona Militar (Ibidem, párrs. 175 y 176).

“El Estado también alegó que “el Magistrado de Derecho no tenía incidencia sobre la emisión de la baja” que su resolución “[luego] fue puesta en conocimiento del Consejo regulador correspondiente”, el cual “no tenía conocimiento previo de los sucesos”. No obstante, si bien corresponde a los Consejos de Oficiales ordenar la puesta en disponibilidad o la dada de baja, ello se realiza con base en los hechos y la responsabilidad disciplinaria previamente establecidos por el Magistrado de Derecho, que era el Comandante de la Cuarta Zona Militar en el caso del señor Flor Freire. Por tanto, contrario a lo alegado por el Estado, una ausencia de imparcialidad en el Magistrado de Derecho sí afectaba esta garantía en el procedimiento disciplinario” (párr. 178).

66 Ibidem, párr. 179, donde agregó que no se desprende del expediente, ni del proceso ni de los alegatos del Estado, que se hubieran ofrecido garantías objetivas suficientes sobre su imparcialidad. Además, de las resoluciones de los Consejos de Oficiales no se desprende un nuevo

en el procedimiento de información sumaria del señor Flor Freire, que concluyó en el establecimiento de su responsabilidad disciplinaria”. Por ende, “el Estado violó la garantía de imparcialidad reconocida en el art. 8º.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento”<sup>67</sup>.

Por último, cabe destacar que más recientemente la Corte Interamericana precisa que la falta de imparcialidad de la autoridad emisora de la decisión torna a esta última en arbitraria<sup>68</sup>.

---

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 del Curso 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>.

---

análisis objetivo de los hechos, a partir del cual se pudiera considerar subsanada la ausencia de imparcialidad en el Juzgado de Derecho.

67 “No resulta contrario a la Convención el simple hecho que el superior jerárquico del señor Flor Freire fuera quien ejercía la potestad disciplinaria sobre él”, ni tampoco que, “en el marco de un procedimiento disciplinario, se suspenda al funcionario de sus funciones de manera cautelar con base en la normativa aplicable, hasta tanto se adopte una decisión. El problema es que, en el caso concreto del señor Flor Freire, dicho superior jerárquico actuó y adoptó decisiones previamente, en ejercicio de su facultad de mando, por fuera del procedimiento disciplinario, respecto de hechos que posteriormente le correspondería juzgar en el marco del mismo. Por tanto, no es posible afirmar que su aproximación a los hechos, en su carácter de magistrado disciplinario, era ajeno a toda idea preconcebida respecto de lo ocurrido, de manera tal que pudiera formarse una opinión de lo sucedido sobre la base de lo actuado y las pruebas recabadas en el procedimiento” (Ibidem, párrs. 180 y 181).

68 Corte IDH, caso “Ríos Avalos”, ya cit., párr. 130.



# PRINCIPIOS INCORPORADOS AL DECRETO LEY 19.549/72 DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS POR LA LEY 27.742. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

DARÍO G. CIMINELLI

Profesor en la Universidad Católica de La Plata y en la  
Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

SUMARIO: 1. Reflexión inicial. 2. Principios del Procedimiento Administrativo. 2.1. Utilización, aplicación, interpretación de principios de derecho en nuestro sistema legal. 2.2. Los principios dentro del bloque de legalidad. 3. Principio de juridicidad. 3.1. Principio de juridicidad en función administrativa. 3.2. Control de constitucionalidad y función administrativa. 4. Reflexión final.

## I. REFLEXIÓN INICIAL

Tal como señala Pérez Bourbon<sup>1</sup>, lo que hace la técnica legislativa es transcribir, traducir a un texto escrito la decisión política del legislador.

Tener la prevención de proyectar todo cuerpo normativo, teniendo presente una explícita hermenéutica de derecho, seguramente contribuirá a lograr los fines que sean perseguidos. Al tratarse de la ley que regula el funcionamiento del Estado, corresponde esperar que se adecue a la experiencia histórica en la aplicación de las mejores técnicas de gestión, teniendo como guía el orden constitucional y supranacional.

En el caso de las modificaciones efectuadas por la denominada Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) al Decreto Ley 19.549/72, debe considerarse que la manda que las ordena contiene en total 238 artículos, normando sobre distintas materias.

Desde los propios Fundamentos remitidos por el Poder Ejecutivo al Congreso<sup>2</sup>, surge que la reforma es parcial, al expresarse: “Se cumple en realizar

1 PÉREZ BOURBON, Héctor, *Manual de Técnica Legislativa*, 1º ed., Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p.18.

2 Nota del mensaje N° 7/2023.

una necesaria actualización y modernización de algunos aspectos de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA), capitalizando la experiencia de sus más de cincuenta años de vigencia”<sup>3</sup>.

Entonces, en la actualidad nos encontramos frente al texto producto de una decisión de un gobierno *de facto*, que regula los procedimientos administrativos y que ahora recibe una reforma parcial dentro del paquete de medidas adoptadas por el legislador mediante una “ley ómnibus”.

En definitiva, que no se trate de una reforma integral, conspira contra la coherencia que debe tener todo cuerpo legal. A ello debe sumarse lo acotado del debate que tuvo la Ley 27.742, que perjudica también la tarea de incluir preceptos cuya visión contemporánea brinde un resultado más democrático<sup>4</sup>.

## 2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hecha la observación, vayamos al estudio propuesto iniciando con una referencia a Gordillo, quien al analizar la cuestión advierte: “Los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional”<sup>5</sup>.

Tal postura se enraza en una concepción del Estado que garantiza los derechos de la ciudadanía, evitando abusos dentro del sistema republicano de división

3 Debemos aclarar que se resalta el carácter parcial de la reforma, teniendo en cuenta el aspecto estructural de la LNPA, más allá de los trascendentes cambios que pueda conllevar la nueva redacción. Al respecto ver los trabajos de MAIRAL, Héctor A. y Enrique V. VERAMENDI, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *LL*, 12/07/2024, 1; CASSAGNE, Juan Carlos y Pablo E. PERRINO, “El acto administrativo en la Ley de Bases”, *LL*, 17/09/2024, 1; VILLATA, Ricardo A., “Modificaciones de la Ley de Bases a la normativa nacional de procedimientos administrativos”, *ADLA* 2024-8, 90.

4 No podemos dejar de mencionar que, en los últimos años, más allá de los dispuestos por la Ley de Bases, se produjeron otros cambios tanto en el ámbito nacional, como en las distintas jurisdicciones provinciales con la implementación de tecnologías de la información en la gestión administrativa. En el Estado Nacional con la puesta en marcha del sistema de Gestión Documental Electrónica (Decreto 561/16), el dictado del Decreto 1063/16 que aprobó la implementación de la plataforma de “Trámites a Distancia” (TAD del sistema de GDE) y el Decreto 1265/16 que creó la Plataforma de Autenticación Electrónica Central (PAEC).

Además deben considerarse los producidos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos –Decreto 1759/72 t.o. 1991– por el Decreto 894/17 y las medidas dispuestas por el Decreto 891/17 que aprobó las “Buenas Prácticas en Materia de Simplificación” (ampliar en CIMINELLI, Darío, “Comentario a los decretos 891/2017 y 894/2017”, *ADLA* 2017-12, 61).

5 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1º ed., Buenos Aires, F.D.A., 2014, p. 397. El autor agrega: “Garantizan tanto: a) La defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como b) la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad y al medio ambiente, grandes contrataciones, licencias o concesiones, renegociaciones, etc.”

de poderes; por lo tanto, su enunciación normativa en el Estado de Derecho no constituye un requisito para exigir su vigencia.

No obstante la salvedad, se podían encontrar en la redacción previa a la reforma los principios de procedimiento que se enuncian en cuatro incisos del art. 1° de la LNPA derogado: *a)* de oficialidad, *b)* de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, *c)* de informalismo, y *f)* de debido proceso<sup>6</sup>.

Por su parte, y aunque dimanen de una norma de rango inferior, debemos referir que mediante el Decreto 891/17 se aprueban las “Buenas Prácticas en Materia de Simplificación”, que incluyen políticas o principios aplicables al funcionamiento del Sector Público Nacional. Con su aprobación, se efectúa un mandato a quienes integran la Administración Pública para que en el ámbito de sus funciones adopten decisiones que se expresen de forma simple, clara y precisa –principio de simplificación normativa– (art. 3°), asimismo, se encomienda la promoción de instrumentos que habiliten la participación ciudadana (art. 6°) y se estatuye la Presunción de Buena Fe en favor del ciudadano (art. 7°).

Luego de la reforma, por el art. 25 de la Ley de Bases, se incorpora el art. 1° *bis* a la LNPA que estipula: “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” y demás principios que reciben parte de lo dispuesto por el citado Decreto 891/17 e integran el nuevo texto de la norma, debiendo remitirnos a ella por razones de brevedad.

### *2.1. Utilización, aplicación, interpretación de principios de derecho en nuestro sistema legal*

Antes de examinar específicamente las incorporaciones efectuadas por la Ley de Bases en la LNPA, volvamos un par de pasos hacia atrás y analicemos de forma sucinta las posibles razones que han dado motivo a la inclusión nominal de principios de procedimiento administrativo.

Tal como lo manifiesta Hutchinson, los ciudadanos nos relacionamos con el aparato estatal dentro de una relación de subordinación, lo que implica que puede hacer valer sus decisiones aun contra nuestra voluntad<sup>7</sup>. Por consiguiente, el procedimiento administrativo tiene un doble objeto: constituir una garantía de derechos para los particulares y asegurar que las medidas y decisiones a adoptar por los órganos de la Administración se adecuen a la legislación vigente.

6 Ampliar en POZO GOWLAND, Héctor; HALPERÍN, David; AGUILAR VALDEZ, Oscar; LIMA Fernando Juan y CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. III, 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 62/112.

7 HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 1.

La LNPA funciona en parte, entonces, como instrumento tendiente a garantizar el respeto al debido proceso adjetivo dentro de las relaciones que desarrolla la Administración, conteniendo además el esquema de exigencias que deberán cumplir sus órganos para poder expresar su voluntad de forma legítima.

Emerge la figura del acto administrativo con sus elementos o requisitos de validez para completar el manual de funcionamiento de la burocracia estatal.

Este instituto, el acto administrativo, es fruto de la recepción en el Derecho Administrativo del método conceptual, que permitió su estructuración en torno a conceptos (acto administrativo, contrato administrativo, expropiación, recursos, responsabilidad), otorgando a los operadores jurídicos la posibilidad de trabajar con instrumentos que ya no eran enciclopedias de voces materiales o comentarios de leyes, sino que se alinean en torno a idealizaciones y a técnicas intelectualmente elaboradas, facilitando la tarea del jurista<sup>8</sup>.

En el progreso de la figura, no pueden obviarse los hechos históricos acaecidos durante la Revolución Francesa, que dieron cauce a la posibilidad de que los ciudadanos pudieran cuestionar a la autoridad en derecho<sup>9</sup>. La ley emanada de los cuerpos colegiados representativos del pueblo pasó a estar conceptualmente por encima de los gobernantes y, para concretar tal misión, las estructuras conceptuales como la del acto administrativo sirvieron como vital herramienta para la reducción de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría ha sostenido: “La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley, *lex loquens*, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dio a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey”<sup>10</sup>.

Así, cobra especial relevancia el principio de legalidad dentro del esquema de funcionamiento del Estado.

Claro, como luego señala el citado autor, con el transcurrir del tiempo pudo comprobarse que lo que en un inicio constituyó ciertamente un avance en el reconocimiento de derechos y un avance del principio de igualdad, a la postre también pudo ser objeto de cuestionamiento, dado el uso que se dio a las

8 Conf. NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 23.

9 “El punto de partida del Derecho Administrativo es bien simple: este nace vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. El Derecho Administrativo es, en consecuencia, Derecho estatal, manifestación del poder vinculado a la ley y, finalmente, objeto del control de los jueces” Conf. CASSESE, Sabino, “Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo” disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/download/5479/5533>

10 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*, número 38, disponible en <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-38-mayoagosto-1962/la-lucha-contra-las-inmunidades-del-poder-en-el-derecho-administrativo-poderes-discrecionales-2>.

herramientas heredadas de la revolución. En la práctica pudo comprobarse que las ideas proyectadas para obstar a los caprichos de los funcionarios estatales, también se vieron burladas, comprobándose que la ley “... en sí misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía”<sup>11</sup>.

Lo antedicho tiene gran importancia por la influencia de Francia en nuestro sistema de Derecho, país donde la burocracia estatal contó con sustanciales prerrogativas desde su nacimiento como concepto orgánico de poder, lo que ha motivado la afirmación: “La admiración por el Derecho Administrativo francés llevó a soslayar su fundamental diferencia con el modelo anglosajón en el cual hemos basado nuestra Constitución”<sup>12</sup>.

En efecto, no obstante presentar nuestra ley fundamental gran influencia del modelo norteamericano<sup>13</sup>, el Derecho continental europeo (y en particular el francés) ha gozado de tal predicamento en nuestro ámbito que determinó la adopción de institutos como el de la codificación o las teorías del acto administrativo, de los servicios públicos, etc., incorporándolos en nuestro sistema legal como derecho vigente.

Ya hemos señalado antes con cita de Verbic que “... en sus versiones ‘puras’, el *common law* se caracteriza por ser una tradición generalmente no codificada y fundada en el precedente judicial, mientras que la tradición del *civil law* es conocida por ser un derecho codificado, tanto sustancial, como procesal, donde los jueces son meros aplicadores de la ley. Otro aspecto diferencial entre ambas tradiciones, [...] es el rol del juez en lo que hace a la definición del alcance del derecho. Mientras que en la tradición de *common law* ese rol es muy fuerte, no sucede lo mismo en los países de *civil law*. Como explica Merryman, esto puede explicar por qué los ‘héroes’ de la historia del Derecho inglés y estadounidense

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ya cit. Por ello, continuaron apareciendo técnicas de reducción de la discrecionalidad, como los conceptos de actividad reglada y discrecional, la definición de concepto jurídico indeterminado, la teoría de la desviación de poder (ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º ed. argentina, con notas de GORDILLO, Agustín, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006).

12 MAIRAL, Héctor A., “El Derecho Administrativo y la Decadencia Argentina”, disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ancmip.org.ar/user/files/15mairal12.pdf>. El autor agrega: “... en Francia, el desarrollo del Derecho Administrativo precedió al Derecho Constitucional. Y ello no por la ausencia de constituciones (pues Francia tuvo una docena) ni de obras de doctrina (así los libros de Barthelemy, Duez, Duguit, Esmein y varios otros), sino porque la ausencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes privaba a ese derecho de vigencia efectiva, convirtiéndolo en una suerte de derecho político. Fue recién con la creación del Consejo Constitucional por la Constitución de 1958, y especialmente en 1971, con el fallo de ese Consejo en el caso Liberté d’Association, que el Derecho Constitucional francés tomó real impulso”.

13 Ver BIANCHI, Alberto B., “Bases constitucionales del derecho administrativo”, *LL, AR/DOC/5098/2013*.

son jueces, mientras que ese lugar es ocupado por doctrinarios en España, Francia y otros países tributarios del *civil law*<sup>14</sup>.

El esquema adoptado determinó que el Congreso trabajara con la premisa de dictar toda una legislación que permitiera a los distintos operadores jurídicos –tanto en Derecho Privado como Público–, desempeñarse con el imperativo de subsumir los hechos de cada caso a resolver, en un supuesto legal previo<sup>15</sup>, bajo las ideas del positivismo filosófico de origen europeo, se situó así a la Administración dentro estructuras legales con la intención de que funcionara con el mínimo margen de discrecionalidad.

Ahora bien, ¿cómo incluimos, en este orden, a los principios de procedimiento administrativo, dado que no constituyen preceptos normativos rígidos?

Al respecto, una primera salvedad que debe efectuarse es que en jurisdicción nacional no se cuenta con un Código Contencioso Administrativo que regule el proceso judicial. Como sabemos, la LNPA contiene normas procesales, pero no lo regula acabadamente. No obstante, la inclusión enunciativa de principios del procedimiento administrativo ciertamente tendrá efectos en sede judicial, dado que los magistrados no tendrán que recurrir para su aplicación al decálogo de garantías reconocidas constitucionalmente, sino que ahora se incluyen en la propia ley de aplicación.

La referida práctica judicial –previa a la sanción de la Ley de Bases– tiene basamento principalmente en dos razones, la necesidad de buscar soluciones ante la constatación de lagunas legales<sup>16</sup> y por el surgimiento de un Derecho

14 VERBIC, Francisco, *Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase*, en Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2017. Obra citada en CIMINELLI, Darío, “Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Buenos Aires”, *LL*, LLBA2021 (octubre), 7.

15 Nos hemos referido a ello con anterioridad citando a Negri quien describe a la corriente que ha dado base a nuestro sistema legal dentro del positivismo legalista y formalista, que concibió el ordenamiento jurídico como una elaboración racional y como un conjunto sistemático de normas, es decir, de entidades racionales aplicables al caso judicial mediante métodos lógicos. Así la tarea de determinar el derecho y resolver el problema era entendida –fruto de la desconfianza a los jueces y del culto a la ley– como una mera “subsunción”. Ver NEGRI, Nicolás Jorge, “La argumentación jurídica en las sentencias judiciales”, tesis de doctorado, UNLP, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71530>, citado en CIMINELLI, Darío, “Un nuevo caso de excepción al régimen de consolidación de deudas del Estado. ¿Alcanza a la equidad, la argumentación judicial postpositivista?”, *LL*, Sup. Adm.2020 (noviembre), 10.

16 “Los principios generales del derecho han sido el instrumento idóneo que permitió la realización del derecho, atemperando la rigidez del positivismo jurídico y colmando al mismo tiempo sus lagunas normativas. Su trascendencia es particular en el derecho administrativo que, en cierto sentido, se configura como un derecho de equidad, como lo escribió Hauriou, rama jurídica ella donde en la mayoría de los casos el derecho aplicable no estaba contemplado en la norma positiva”, COVIELLO, Pedro J. J., “Los Principios y valores como Fuente del Derecho Administrativo”,

supranacional, que como fuente de Derecho tiene reconocimiento en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional<sup>17</sup>.

También se ha justificado la resolución de conflictos en sede judicial mediante la utilización de principios jurídicos ante la constatación de que la aplicación lisa y llana del Derecho positivo derivaría en una situación decididamente injusta, tal como ha sucedido con el principio de la confianza legítima<sup>18</sup>.

En definitiva, se ha podido corroborar que la voluntad de *programar* el funcionamiento del Estado y todas las relaciones que puedan darse con la ciudadanía, basándose en el principio de legalidad, presenta grandes dificultades prácticas, lo que ha determinado la necesidad de buscar alternativas. Como, por ejemplo, la utilización de principios, teniendo en cuenta su ubicación en fuentes de jerarquía constitucional, pero también supranacional.

Sobre esta cuestión, Cassagne ha sostenido: "... el principialismo no ha venido a suplantar la legalidad positiva sino a reforzar su validez en una dimensión racional-moral de justicia que convive con la dimensión fáctica o formal proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del Derecho"<sup>19</sup>.

El Derecho Administrativo, por influencia de lo antedicho, ha buscado en el postpositivismo un mejor sistema para concretar derechos –por eso se verifican

---

en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, *RAP*, 2009. p. 729.

17 A modo de resumen podemos citar a Gordillo, que ha sostenido: "Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero, aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe, no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás Pactos Internacionales de Derechos Humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución", GORDILLO, Agustín, "La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico", en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, *RAP*, 2005, p. 213-226.

18 Ver COVIELLO, Pedro J. J., "La protección de la confianza del administrado", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

19 CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada "constitucionalización de los derechos", *LL*, RDA 2021-136, 3. Debemos aclarar que el citado autor sostiene que la aplicación de forma directa de los principios mediante la técnica de la ponderación no importa obrar de forma opuesta a la subsunción. Puntualiza: "En definitiva, si la moral está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete, y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios o valores generales como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea extraño al Derecho, ni tampoco negar que la moral sea el presupuesto justificatorio de las prescripciones que legitimen la autoridad de las normas jurídicas. Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen de las instituciones jurídicas positivas, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse el clásico bloque de legalidad", CASSAGNE, Juan Carlos, *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, EDIAR, 2023, p.29.

tantas modificaciones legales<sup>20</sup>-, pese a las críticas que también ha recibido esta práctica. Esto es así ya que, al primar los principios jurídicos por sobre las leyes, se impone un tipo de razonamiento diferente al mero subsuntivo, apareciendo la ponderación como elemento de juicio axiológico; lo que exige de una estricta coherencia valorativa para arribar a soluciones que se integren al Derecho de forma lógica y equitativa.

## 2.2. *Los principios dentro del bloque de legalidad*

Como vimos, la utilización de principios generales del Derecho para justificar una decisión judicial ha presentado algún reparo, por el poder interpretativo que se lega a la magistratura; la resolución de un conflicto ya no se resuelve subsumiendo los hechos en una norma, sino que puede ocurrir que judicialmente se entienda que prima en el caso un principio de Derecho Administrativo. Ello sin antecedente judicial previo como sucede en el sistema del *common law*.

¿Pasa lo mismo en sede administrativa? ¿Cómo deben incorporarse los principios dentro de estructuras como las del acto administrativo y el procedimiento administrativo?

En primer término, se advierte, tal como lo hace Hutchinson, que: “La Administración, a diferencia del Poder Judicial, no actúa “directamente” para la aplicación de la ley; a la Administración lo que le preocupa, en primer lugar y de modo directo, es la consecución de fines prácticos de interés general: satisfacer el bien común. La actividad administrativa es concreta, satisface inmediata y continuamente las necesidades colectivas”<sup>21</sup>. Agregamos, en base a la competencia otorgada de manera legal.

Recordamos con el autor que puede definirse al procedimiento administrativo como el complejo de actos encaminados a producir un efecto jurídico materialmente administrativo, que les brinde a esos actos unidad de forma causal<sup>22</sup>.

Toda la actividad que desarrolla la Administración conlleva la toma permanente de decisiones; desde el análisis de la legitimación en una presentación que puede formular un ciudadano/a, asociación, persona jurídica, etc., pasando por la opción de producir o no la prueba ofrecida, hasta la forma en que debe realizarse eventualmente una Audiencia Pública, entre innumerables cuestiones que atender en función administrativa y que implican medidas que no necesariamente constituyen actos administrativos<sup>23</sup>.

20 Por ejemplo en materia de contratos administrativos con la inclusión de principios en el Decreto 1023/01 o en materia ambiental con la sanción de la Ley 25.675, que también los incluye, por citar sólo algunos casos.

21 HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo...*, ya cit., p. 10.

22 HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo...*, ya cit., p. 2.

23 Ver GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 3., 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011, capítulo III.

Dado que no es posible contar con un manual de instrucciones que rijan todas las actividades que desarrollan los agentes públicos, que nominalmente se estatuyan los principios de procedimiento en la LNPA, ciertamente coadyuvará a concretar una mejor gestión administrativa, dado que servirán como herramientas de justificación para la toma de decisiones cotidianas que dan cauce al procedimiento.

Pero también para esos particulares que se presentan ante la Administración, ya que podrán peticionar en Derecho y, en su caso, impugnar los actos que les causen agravio, exigiendo que se les otorgue razón en base a algunos de los principios que ahora han recibido reconocimiento de ley, sin que pueda argumentarse sobre su operatividad.

### **3. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD**

A diferencia de lo que sucede específicamente con el principio de tutela administrativa efectiva, al que se le asignan definiciones en la nueva redacción de la LNPA, el principio de juridicidad solo es enunciado.

No obstante, sabemos que este principio impone la necesidad de observar el Derecho en su conjunto, metodológicamente de forma integral, a diferencia de lo que ordena el principio de legalidad que determina se actúe conforme al ordenamiento vigente<sup>24</sup>.

De esa forma, el concepto de juridicidad metodológicamente es anterior al de legalidad, dado que este debe necesariamente responder de forma congruente a los mandatos que emanan del orden constitucional y supranacional.

Hasta aquí no se advierten mayores inconvenientes en la aplicación de principios, teniéndolos en primera instancia como eficaces herramientas que contribuyen, como argumentos de justificación, a lograr la equidad en el funcionamiento de la Administración. Se constata con mayor claridad la influencia en el

24 COMADIRA ha sostenido al respecto: “El respeto insoslayable del principio de juridicidad se traduce en el sometimiento de la Administración pública a todo el ordenamiento jurídico, entendido no como el que correspondía al mero Estado legal, concepto simplemente metodológico y formal, que puede darse en todo Estado ordenado y organizado según el derecho, en el sentido de que en el Estado todo se desarrolla con arreglo al derecho positivo sino que, en rigor, el concepto de Estado implica un contenido concreto y substancial que requiere, en primer término, el reconocimiento y garantía de los derechos de la persona y el imperio de la ley. La afirmación de la Justicia propia del Estado de derecho requiere, entre otros elementos, la afirmación de los derechos humanos fundamentales”, citado por COMADIRA, Julio Pablo. COMADIRA, Fernando Gabriel, HERRERO, María Cristina y COMADIRA, María Victoria, “El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira”, *La Ley*, RDA 2022-143, 255. Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido: “El principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige asimismo el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad”, *Dictámenes*, 248:546.

ámbito de control de la constitucionalidad que ejerce el Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional).

### 3.1. *Principio de juridicidad en función administrativa*

Cassese ha sostenido, tal vez de forma algo genérica, que una de las funciones de la ley consiste en dirigir a la Administración Pública<sup>25</sup>. Entendemos que ha querido significar que en los gobiernos constitucionales se habilita a operar a las propuestas que resultan elegidas de forma democrática, pero quedando sujetas dentro de una relación de derecho-deber en el esquema constitucional y supranacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación pareciera adscribir a esta postura en autos caratulados “Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/apremio” del 22 de diciembre de 2020 al indicar que: “[...] la arquitectura constitucional resuelve la tensión entre las atribuciones del poder público por un lado y los derechos individuales por el otro, a partir del mandato explícito contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Efectivamente, el principio de juridicidad expresa delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia. La precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 326:417; “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 341:1017; “Apaza León, Pedro Roberto”, Fallos: 341:500, voto del juez Rosatti)”.

Pero también el referido autor ha denunciado una crisis en la vinculación del Estado a la ley, lo que debe agregarse a la fuerte impronta presidencialista que tiene nuestro país y la creciente voluntad por parte del Poder Ejecutivo de atribuirse funciones materialmente legislativas, sea de forma reglamentaria o delegada<sup>26</sup>.

25 CASSESE, Sabino, *Ídem*.

26 Manuel ARAGÓN sostiene que “hay en nuestro tiempo, un reparto de las funciones políticas entre Parlamento y Gobierno bien distinto al que era propio del siglo pasado. Ahora el gobierno dirige la política y el Parlamento controla. Al gobierno corresponde no sólo la política de ejecución (mediante el instrumento de la administración), sino también la política de creación, esto es la política legislativa (la que se instrumenta a través de las leyes). La función legislativa del Parlamento (incluida la política presupuestaria) está dirigida por el propio Gobierno a través de la mayoría parlamentaria que le apoya [...]. La genuina función de las Cámaras, esto es, la que sólo éstas, como poder independiente del Gobierno, pueden realizar, es hoy la función de control”, ARAGÓN, Manuel, “Gobierno y Administración”, en *Filosofía Política I. Ideas políticas y movimientos sociales*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 83 y ss., citado por SANTIAGO, Alfonso, “Los cambios en el sistema normativo en la reforma constitucional de 1994”, LL, EBOOK-TR 2024-2 (Gelli), 67.

En dicha coyuntura, no debe dejar de evaluarse la posibilidad de un avance del Poder Ejecutivo sobre las facultades propias del Poder Judicial al situarse como intérprete de la constitucionalidad de las leyes.

Vimos que, para la magistratura, resulta justificado el uso de principios generales del Derecho dada su potestad de control y ante la necesidad de resolver un caso en derecho. Ello le permite recurrir a distintas fuentes normativas que resulten aplicables. Pero, atendiendo al límite impuesto por el art. 109 de la Constitución Nacional, ¿en qué medida puede la Administración Pública ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que aplica? ¿Modifica el *statu quo* anterior a la sanción de la Ley de Bases la inclusión del principio de juridicidad en la LNPA?

### 3.2. *Control de constitucionalidad y función administrativa*

La inclusión del principio de juridicidad como fundamental dentro del procedimiento administrativo nos lleva a preguntarnos sobre los efectos prácticos de tal decisión y a concluir en primera instancia que ha sido situado por el legislador en la Ley de Procedimientos esperando tenga su interpretación y definición de alcances a partir de la recepción práctica.

Debemos tener presente que no se trata de un principio, que en los términos de Dworkin<sup>27</sup> puede asociarse a una política determinada a seguir, como por ejemplo sucede con el principio de informalismo. Se trata de un instituto de reenvío a toda una pléyade de normas provenientes de distintas fuentes de Derecho. Tal vez hubiera sido beneficioso contar con un debate previo donde actores importantes como docentes, doctrinarios y miembros del Poder Judicial participaran para aportar ideas sobre la mejor forma de incluirlo. Salvo, claro, que se presuma que todo el sistema constitucional y supranacional de derechos es fácil de interpretar y congruente en un todo. Veamos.

Concluimos antes que la utilización de principios para desplazar a una ley ha sido una práctica propia del Poder Judicial. ¿Cómo debe actuar la Administración frente a la ley inconstitucional e inconventional?

La pregunta no es original y la temática ha sido largamente tratada por la doctrina. Entendemos que resulta apropiado la remisión a los trabajos que ya se han encargado de estudiar este tema en profundidad<sup>28</sup>.

27 Citado por CARRIÓ, Genaro R. en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 221.

28 MONTI, Laura, “La Administración pública frente a la ley inconstitucional e inconventional. Reflexiones e interrogantes”, *LL*, RDA 2023-148, 13, DUPERUT MORELLATO, Fabiana, “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la Administración pública”, *LL*, RDA 2013-87, 919, MUÑOZ, Ricardo (h.), “Control de convencionalidad por la Administración pública”, *LL*, 2017-E, 879, SAMMARTINO, Patricio M. E., “Control de constitucionalidad y acto administrativo”, *LL*, RDA 2023-148, 42.

Podemos sí indicar, tal como lo reseña Monti, sobre la existencia de una división en la doctrina del Derecho Administrativo en cuanto al asunto<sup>29</sup>. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado una posición contraria a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo inaplique una norma por considerarla inconstitucional. “Así ha sucedido, en la causa “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA”<sup>30</sup>, donde el Tribunal dijo que “... cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe –sin embargo– admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de estas. “Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede”<sup>31</sup>.

Debe aclararse que el órgano que tiene que dictar un acto administrativo, podría encontrar la posibilidad de armonizar la legislación dentro del espectro o margen de discrecionalidad legítima de actuación que tenga, o que, aun en materias regladas halle una interpretación que se ajuste a la juridicidad.

Ahora, no siempre existe esa posibilidad. Veamos como ejemplo el caso que comentamos en el año 2005<sup>32</sup>. En él, agentes de la policía bonaerense plantearon amparo ante el fuero contencioso administrativo, contra las resoluciones que reabrieron sumarios administrativos por hechos de los que fueron antes eximidos de culpa en sede administrativa y penal. Dichas decisiones fueron tomadas a resultas de una serie de entrevistas entabladas por miembros del Gobierno provincial y denunciantes por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco del procedimiento de solución amistosa impuesta por el art. 48, inc. 1°, ap. f) del Pacto de San José de Costa Rica.

En dicho momento nos preguntamos sobre la legitimidad de los actos que claramente violentaban la garantía constitucional de no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos.

29 MONTI, Laura, *Ídem*. Allí reseña: “Quienes se pronuncian en contra de que el PE u otros órganos administrativos ejerzan este control y lleguen a inaplicar una ley por considerarla inconstitucional o inconveniente, se fundan en lo dispuesto en los arts. 29 y 109 de la CN, [...]; en la presunción de legitimidad de las leyes (que haría crisis ante la presunción de ilegitimidad de las leyes que contengan categorías sospechosas y sus actos de aplicación, portadores de un vicio en la causa), y en el hecho de que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (y abstenerse de aplicarla al caso) es privativa y exclusiva de los jueces, y una postura contraria podría conducir a violar la división de poderes”.

30 Fallos 269:243.

31 Conforme MONTI, Laura, *Ídem*.

32 CIMINELLI, Darío, “La Justicia Administrativa Bonaerense al amparo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *LL*, Sup. Adm2005 (abril), 48.

Si bien en la sentencia comentada no se resolvió sobre la cuestión de fondo, con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en el caso “Gelman”<sup>33</sup> estableciendo que el “control de convencionalidad tiene una “íntima relación” con el “principio de complementariedad” o de “subsidiaridad” y que, “como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”<sup>34</sup>.

Pero, tal como lo hace Monti, debemos cuestionarnos sobre qué significa que el control lo deben hacer los órganos internos de cada país a través de sus autoridades. Más cuando, como bien advierte, ello debe efectuarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, lo cual demuestra que no se ha dado “vía libre” para que cualquier órgano estatal deje de aplicar la ley, sino que considera que deben respetarse las competencias y vías establecidas en el ordenamiento jurídico de cada país para esa finalidad<sup>35</sup>.

En la actualidad el principio de juridicidad, por supuesto asociado al control de convencionalidad, encuentra su lugar en el Derecho Positivo, lo que resulta de aplicación obligatoria para la Administración Pública.

Entendemos, no obstante ello, no debe modificarse la situación de la Administración frente a la a una norma que evalúe como inconstitucional. La inclusión del principio de juridicidad no puede constituir una especie de carta blanca para que los funcionarios públicos elijan dentro del espectro de fuentes de derecho el más conveniente para justificar la decisión que desean tomar.

No puede desatenderse el hecho de que sigue vigente el artículo 109 de la Constitución Nacional.

Para respaldar dicha posición, traemos como referencia lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14 de febrero de 2017<sup>36</sup>, donde ha dicho que “[e]l constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”.

33 CIDH, “Gelman”, sentencia del 24/02/2011, serie C, N° 221.

34 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Los límites del control de convencionalidad”, *LL, Sup. Adm.* 2017 (mayo), 8.

35 MONTI, Laura, *Ídem*.

36 Citado por ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Ídem*.

Puede afirmarse entonces que, aun cuando claramente nuestro país no puede actuar como si no existieran obligaciones que nacen del Derecho internacional y supranacional, que debe cumplir<sup>37</sup>, debe respetarse el esquema orgánico establecido por las normas locales para el funcionamiento del Estado.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Sin perjuicio de lo señalado hasta aquí, queda pendiente la posibilidad de que se aporten pautas de aplicación del principio de jurisdicción en el reglamento de la LNPA.

Sostenemos en definitiva que debe intentarse que constituya un instrumento para ampliar derechos y garantías y no uno para su conculcación.

También entendemos que situar al poder judicial como único resorte de control de constitucionalidad en un marco donde confluyen distintas fuentes de Derecho puede resultar poco práctico, máxime teniendo en cuenta la cantidad de asuntos que se abordan en función administrativa y los siempre escasos recursos con los que cuenta la justicia.

En relación a esto último, no puede obviarse que el control descrito es fruto del sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) que nos ha legado el constitucionalismo norteamericano.

Gargarella, señala que dicho sistema "... promueve vínculos de tensión o dominio entre los poderes (por ejemplo, si el Poder Ejecutivo y el Congreso responden a grupos diferentes, tienden a enfrentarse o a buscar formas de "tregua armada"; pero si uno de ellos claramente aventaja al otro por su popularidad, respaldo en votos, etc., tiende a imponer su dominio sobre el otro). El esquema de incentivos de las distintas ramas del poder (que, dado el diseño institucional, no se ven animados a dialogar, cooperar entre ellos) parece facilitar y favorecer esos vínculos conflictivos (poder de veto presidencial, juicio político, invalidación judicial de las leyes, etc.)"<sup>38</sup>.

Para combatir el esquema que se describe, estimamos que se podrían abrir instancias de diálogo entre los distintos poderes del Estado en las que

37 Como sucede, por ejemplo, con la normativa de organizaciones financieras como el BID, CAF, BIRF, etcétera, que resulta de aplicación interna en materia de contrataciones administrativas cuando se firman contratos de mutuo con ellas, hasta la cesión de jurisdicción que ha dispuesto el Estado argentino en distintas oportunidades, el derecho internacional toma cuerpo dentro de nuestras instituciones cada día en mayor medida. Casesse sostiene que la regulación establecida en el ámbito internacional impacta de forma "vertical" con efecto entre las organizaciones internacionales y los Estados y de forma "horizontal" por efectos entre los mismos, así como otras relaciones entre los Estados, citado CIMINELLI, Darío en "Proyecciones legales para el Estado Argentino en una Economía Globalizada", Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, N°2.

38 GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2021, p.291.

se establezcan pautas ordenadoras para la reglamentación o instauración de políticas a desarrollar por el Poder Ejecutivo, de manera que puedan fluir sin cuestionamientos.

---

DARÍO G. CIMINELLI

Es Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor en la Universidad Católica de La Plata y en la Universidad Nacional de La Patagonia San Juan Bosco.



## LAS FALACIAS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA. MITOS Y LEYENDAS

NICOLÁS DIANA

Docente en la Universidad de Buenos Aires  
y la Universidad Nacional de José C. Paz;  
Fiscal de Estado Adjunto de la Provincia de Buenos Aires.

*Aceptemos el idealismo, aceptemos el crecimiento  
concreto de lo percibido, y eludiremos  
la pululación de abismos de la paradoja.  
Jorge Luis Borges.<sup>1</sup>*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre verdades a oscuras. 2.1. Derecho a ser oído. 2.2. Derecho a ofrecer y producir pruebas. 2.3. Derecho a una decisión fundada. 2.4. Derecho a un plazo razonable. 3. A modo de colofón.

### I. INTRODUCCIÓN

Tiempo atrás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado<sup>2</sup> que la tutela judicial y administrativa efectivas suponen la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y ante las autoridades administrativas competentes, y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes<sup>3</sup>.

La tutela administrativa y judicial efectiva requieren, 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

1 BORGES, Jorge Luis, “La perpetua carrera de Aquiles y la tortuga” en *Obras completas 1923-1972*, 14<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Emecé, 1974, p. 248.

2 Fallos, 327:4185. Sobre la tutela administrativa efectiva, entre otros, ver: URRUTIGOITY, Javier, El principio de tutela administrativa efectiva, *JA*, 2005-IV-1383; CANOSA, Armando N., “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *RAP*, 323-75; EGEA, Federico M. y Juan B. JUSTO, “La protección cautelar frente a la inactividad estatal y la tutela judicial efectiva,” *LL*, 2010-A, 1040; CAPUTI, Claudia y Ana SALVATELLI, “Manifestaciones de la Globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Derecho Administrativo,” *LL*, Sup. Adm. 2010 (agosto), p. 146; MUÑOZ (h.), Ricardo Alberto, “La tutela administrativa efectiva,” *LL*, 2012-B, 919.

3 Fallos, 310:276 y 937; 311:208.

o procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada, según se trate<sup>4</sup>.

En el marco de esa tutela el tiempo juega un factor relevante, sino esencial.

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reconoce jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8° inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica, prescribe no solo 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 sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales<sup>5</sup>.

Así, pues, el art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (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)<sup>6</sup>.

Dicha tutela procesal y procedimental, “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y 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 (Fallos: 310:1819)”<sup>7</sup>.

Las garantías que aseguran a todos los habitantes la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5°, 18 y 33 de la Constitución Nacional)<sup>8</sup> se integran por una rápida y eficaz decisión judicial<sup>9,10</sup>.

Estos mismos principios se aplican al procedimiento administrativo, “pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8° de

4 Fallos, 310:1819.

5 CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA”, Fallos, 335:1126, cons. 6°.

6 CSJN, “Astorga Brach c. COMFER”, Fallos, 327:4185, cons. 6°.

7 CSJN, “Astorga...”, cons. 7°.

8 CSJN, “Losicer...”, cons. 7°.

9 Fallos: 300:1102.

10 Fallos: 272:188.

la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales–”<sup>11</sup>.

## 2. SOBRE VERDADES A OSCURAS

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “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 esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados... 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”<sup>12</sup>.

Es casi una verdad formal de Perogrullo que los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar<sup>13</sup>.

La lentitud del procedimiento y su lesión a la efectividad de la tutela está presente desde tiempo inmemorial en el derecho, pero ha comenzado a constituirse en su *leit motiv*, gracias a la influencia del Derecho internacional<sup>14</sup>.

La garantía a obtener un pronunciamiento sin demoras indebidas no puede traducirse en un número fijo de días, meses o años<sup>15</sup>. Tampoco puede estar sujeta a la desidia o el abuso en el ejercicio de supuestas facultades discrecionales.

El interés público, concepto jurídico indeterminado que lamentablemente sirve de válvula de escape para muchos abusos de la Administración y de tantas arbitrarias sentencias judiciales, no puede sostener la vitalidad de procedimientos que carecen de la virtualidad inherente frente a procedimientos aletargados en despachos especializados, presas de la burocracia o de los vaivenes políticos.

No es posible aceptar que recaigan sobre los administrados las desprolijidades y patologías del trámite administrativo<sup>16</sup>.

11 CSJN, “Losicer...”, cons. 8°.

12 CIDH, “Baena Ricardo y otros v. Panamá”, sentencia del 2-II-01, pp. 126 y 127; publicado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)

13 Fallos, 329:5239, voto del Dr. Lorenzetti.

14 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 4, *El procedimiento administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2010, cap. VIII-1.

15 Fallos, 330:3640.

16 PTN, Dictámenes, 203:223; 205:134 y 139; 213:20 y 258:400.

Vale la pena cuestionarse qué derecho administrativo tenemos en la actualidad.

De este modo, la tutela judicial y administrativa efectivas implican inexistencia de sectores inmunes al control y a la justicia pronta, oportuna y eficaz.

Esto, por cuanto: “Como ha dicho más de un magistrado, con las cláusulas constitucionales y de las convenciones y tratados internacionales que se resumen en frases como las recordadas y otras de igual tenor, un magistrado no necesita más para hacer justicia. Hasta se puede decir que la regulación que los legisladores hacen a través de los códigos procesales administrativos terminan siendo receptáculos de renovadas luchas del poder político para evitar el control al que la Constitución y los tratados han sometido al poder. Los legisladores suelen ser la vía permeable a tales influencias del poder político que quiere cercenar o limitar el control. Por eso el constituyente salteño, al regular en la Constitución de esa Provincia los elementos esenciales de la tutela del amparo, concluyó el esquema de su tutela constitucional prohibiendo expresamente al legislador dictar ley alguna regulándolo, en la certera previsión de que el legislador sólo intentaría deshacer la tutela constitucional”<sup>17</sup>.

La actitud del derecho debe ser constructiva, lo que no implica en modo alguno obviar la deconstrucción del derecho como una condición necesaria (no la única) para su comprensión, sinceramiento y superación como técnica de gestión social: ello demuestra un mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado, “para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener”<sup>18</sup>.

En ese marco, la Ley 27.742<sup>19</sup> modifica con vocación de permanencia el Decreto Ley 19.549/72<sup>20</sup>, al incluir positivamente en su nuevo art. 1° *bis*, entre otros nuevos principios fundamentales del procedimiento administrativo, a 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 cuanto a la tutela administrativa efectiva, el inciso 1, ap. a del art. 1° *bis*, comprende la posibilidad de los administrados a los siguientes derechos:

17 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, *La defensa de usuario y del administrado*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XIII-1 y T. 1, *Parte general*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. VI.

18 DWORKIN, Ronald (trad. Claudia FERRARI), *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 2ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2005, p. 290.

19 B.O. 8/07/24.

20 Ver también las modificaciones realizadas sobre la reglamentación aprobada por Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017), por el Decreto N° 695/24 (B.O. 5/08/24).

### 2.1. *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.

La exigibilidad de audiencia pública, y su complementación o sustitución 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. Lo cual resulta discutible. Además de que su contenido no es vinculante, sin perjuicio del deber de las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos.

Sobre esta cuestión vuelve el art. 8° *bis* del Decreto Ley 19.549/72, incorporado también por la Ley 27.742, al establecer que: “En los casos en los que la ley exija la participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos, deberá realizarse un 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. La autoridad regulatoria deberá considerar fundadamente las opiniones vertidas en la consulta pública. También podrá optar por la celebración de una audiencia pública no vinculante, cuando así lo ameriten las circunstancias del caso justificando la decisión en razones de economía, sencillez y celeridad”<sup>21</sup>.

### 2.2. *Derecho a ofrecer y producir pruebas*

Bajo el oportuno control de los interesados y sus profesionales, quienes además podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

### 2.3. *Derecho a una decisión fundada*

En tanto, el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

### 2.4. *Derecho a un plazo razonable*

Los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. Incluyendo ahora que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación<sup>22</sup>.

21 Ver, al respecto, la doctrina sentada en Fallos, 339:1077, en especial, en el voto concurrente del Dr. Rosatti.

22 Ver, al respecto: CSJN, “Losicer”, ya cit.

Luego, el art. 7º, inc. d), vuelve sobre el concepto, al establecer dentro del “procedimiento”, que 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; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados.

Esa misma tutela administrativa efectiva se refuerza con la ampliación de las excepciones para la vía reclamatoria, la inclusión de plazos de prescripción para las acciones de nulidad del acto administrativo, la ampliación de los plazos para la interposición de recursos junto con la posibilidad de recurrir la decisión expresa frente a un reclamo administrativo y más aún, la ampliación de los plazos para presentar la demanda judicial contra el Estado, una vez agotada la instancia administrativa, entre otros aspectos salientes.

### 3. A MODO DE COLOFÓN

Percibimos un cambio de paradigma en nuestra práctica procedimental que reconoce la jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos, que pese a pregonar la simplificación, no parecería sino profundizar la complejidad de las relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración, e incluso entre los propios órganos de aquélla.

Si el derecho administrativo es “la rama del Derecho Público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”<sup>23</sup>, como concretización del derecho constitucional y convencional, en ese estudio disciplinar debe asumir una responsabilidad social al igual y aún con mayor énfasis que el resto de las ramas del Derecho.

Es en el análisis de las prácticas y de las disposiciones institucionales concretas sobre las que debe basarse no sólo todo gobierno representativo, sino el Derecho Administrativo, porque “contrariamente a lo que afirman el sentido común y la ideología democrática, la democracia representativa no constituye la forma indirecta o mediatizada del gobierno por el pueblo. Pero este análisis hace también aparecer lo que caracteriza positivamente a la democracia representativa: el papel central que desempeña en ella el juicio de la colectividad”<sup>24</sup>.

23 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 1, *Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, cap. V-28.

24 MANIN, Bernard, *La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo*, artículo desarrollado con ligeras modificaciones en el libro *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann Lévy, París, 1995 (publicado en [http://www.politica.com.ar/Filosofia\\_politica/Nuevos%20Filopol/manin\\_democ\\_mod.html](http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Nuevos%20Filopol/manin_democ_mod.html).)

Podríamos afirmar que la mediocridad del funcionamiento de nuestras instituciones es la prueba cabal de que el derecho administrativo argentino ha fracasado como técnica de realización social.

Sin embargo, aspiramos a una visión más optimista de este fracaso, tomándolo como un error del cual debemos seguir aprendiendo para no seguir incurriendo recurrentemente en él. Los cambios legislativos son una señal positiva en esta posición optimista.

Aunque, al igual que Mairal y Veramendi, somos algo escépticos acerca de la eficacia de los principios generales para mejorar la protección de los particulares<sup>25</sup>.

Si pensamos que el carácter precario del derecho administrativo es sinónimo de dinámica y movilidad permanentes en beneficio de la persona humana en sociedad y no como un símbolo de la inseguridad jurídica que padecemos, la conclusión es igualmente optimista.

Esto así, porque nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad, la cual “nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente entre las discordias civiles y solamente cuando es ya vieja se pueden conocer sus beneficios”<sup>26</sup>.

Está en nosotros, en quienes todos los días decimos que hacemos derecho administrativo, pensar los cambios normativos apuntados como un sinceramiento del legislador a una realidad injusta para los administrados en la inexistencia o parcialidad en la tutela administrativa efectiva. Y no en una falacia, entendida como engaño, fraude o mentira;<sup>27</sup> para no transformarse en un mito o una leyenda. Es decir, en una narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico<sup>28</sup>, o un relato basado en un hecho o un personaje reales, deformado o magnificado por la fantasía o la admiración<sup>29</sup>.

Reconocemos así, como dogma científico, que la búsqueda de la verdad es algo fútil<sup>30</sup>. Y esa futilidad se potencia cuando nos vemos satisfechos con la sola

25 MAIRAL, Héctor A. y Enrique V. VERAMENDI, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *LL*, 12/07/2024.

26 De TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 248.

27 Cfr. Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed., 2014 (act. 2023): <https://dle.rae.es/falacia>

28 Cfr. Diccionario..., ya cit. Disponible en <https://dle.rae.es/mito?m=form>

29 Cfr. Diccionario..., ya cit. Disponible en <https://dle.rae.es/leyenda?m=form>

30 Como indica GORDILLO, recordando a CARDOZO, que “en sus primeros años ‘Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil’, pero con el tiempo ‘Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de

exposición de nuestras ideas y palabras, a través de un discurso vacío de contenido, alienado de nuestras prácticas<sup>31</sup>.

Esperamos llenar tales vacíos, más no sea por vía de una reflexión crítica, precoz pero constructiva, idealista... pero qué sería del Derecho Administrativo sin los sueños...

---

NICOLÁS DIANA

Es Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y doctorando por la UBA. Docente de grado y posgrado en la Universidad Nacional de José C. Paz, en la de La Matanza, en la de Madres de Plaza de Mayo y en la UBA, entre otras universidades. Fiscal de Estado Adjunto de la Provincia de Buenos Aires. Autor de diversas publicaciones sobre la especialidad y codirector del Suplemento Administrativo de La Ley y la Revista Dimensiones Jurídicas Bonaerenses.

---

la mente””. (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 1, *Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, cap. I-3; con cita de CARDOZO, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process.*, New Haven, Yale UP, 1952, p. 166.)

31 Ver también: BONINA, Nicolás y Nicolás DIANA, “Lo precario, lo microfísico y lo mediocre en el derecho administrativo”, *LL*, 2016-A, 1089.

## EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD EN LA REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Titular de Cátedra en Derecho Procesal Administrativo,  
Universidad Nacional de Lomas de Zamora;  
Presidente de la Sala III de la Cámara Nacional  
en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sometimiento pleno de la administración a la ley y el derecho. 2.1. Vinculación negativa de la Administración a la ley. 2.2. Vinculación positiva de la Administración a la ley. 2.3. Vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico. 3. Los alcances del principio de juridicidad. 4. Juridicidad y discrecionalidad. 5. Juridicidad y la supremacía constitucional. 6. Juridicidad y el control judicial. 7. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) ha establecido nuevas prescripciones en distintos institutos del Derecho Administrativo. Entre otras cuestiones, la norma citada ha efectuado diversas modificaciones a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. De este modo, quiero destacar que el nuevo art. 1° *bis* de la Ley 19.549 establece como un principio fundamental del procedimiento administrativo la juridicidad<sup>1</sup>.

Así las cosas, en el presente trabajo me propongo analizar este concepto. En un primer momento, me referiré al necesario sometimiento de la Administración a la ley y el derecho. En efecto, la Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, el cual no comprende únicamente a la ley en sentido formal, sino también al sistema jurídico entendido como unidad. A su vez, se abordarán los alcances del principio de juridicidad. En este contexto, reviste particular importancia analizar el principio de jerarquía normativa, encontrándose en la cúspide la Constitución Nacional –así como los instrumentos internacionales de igual jerarquía– que establece las reglas supremas que la organización y la

1 He desarrollado con mayor extensión esta cuestión en mi libro *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2021, capítulo II.

actividad administrativa deben respetar. Finalmente, me referiré de qué modo el control judicial funciona como la garantía del mantenimiento del Estado de Derecho.

## **2. EL SOMETIMIENTO PLENO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y EL DERECHO**

La perspectiva propia del Derecho Administrativo es, naturalmente, la que atañe a la sujeción de la Administración a la ley y al derecho. No hay ningún ámbito material de la actuación administrativa que no esté vinculado a la ley y al derecho, es decir, que esté exento de la valoración en derecho, idea ésta sobre la que prácticamente existe unanimidad en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia. Como bien ha señalado Grecco, la sujeción de la Administración Pública a la ley constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho y la conformación del ordenamiento jurídico se concreta fundamentalmente a través de la ley<sup>2</sup>. Pero la cuestión radica en el modo y la intensidad de esa vinculación.

La doctrina ha planteado que si bien la Administración debe ejercer sus potestades sobre la base de una habilitación otorgada previamente por la ley (potestades que pueden surgir de normas expresas, implícitas o inherentes), la ley ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, ya que el clásico bloque de legalidad (integrado por la ley y la costumbre) se integra principalmente también con los principios generales del derecho, que se expanden y desarrollan en forma extraordinaria, prevaleciendo sobre las leyes positivas<sup>3</sup>.

Este proceso de fragmentación del principio clásico de legalidad<sup>4</sup> que atribuía al Legislativo el monopolio de la ley (legicentrismo) y la necesidad de una vinculación con la justicia material, se completa en los países de Europa continental, con el fenómeno de la llamada constitucionalización de la legalidad, al haberse incorporado a la Constitución numerosos principios y declaraciones de derechos que operan como garantías de las libertades y demás derechos de los ciudadanos. Para los ordenamientos latinoamericanos que han seguido, desde sus orígenes constitucionales, un sistema como el norteamericano que consagra la primacía de la Constitución, este último tramo del proceso constitucional europeo no representa una novedad de peso, salvo en lo que respecta al derecho

2 GRECCO, Carlos M., “Vías de hecho administrativas”, en GRECCO, Carlos M. y Guillermo A. MUÑOZ, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 294.

3 CASSAGNE, Juan C., Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo, *La Ley*, Buenos Aires, 2015, pp. 156-157.

4 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 104 y ss.

comunitario, sin embargo, no resultan comparables con nuestro incipiente derecho de integración<sup>5</sup>.

Consecuentemente, como veremos seguidamente, se ha puesto de manifiesto que el panorama de las fuentes del derecho se caracteriza por una declinación de la ley positiva a la que se suma el hecho que, como consecuencia de las primacía de las normas comunitarias o de las emanadas de los tratados internacionales, la ley ha perdido la prevalencia jerárquica que antes tenía en los ordenamientos nacionales, resultando desplazada por el predominio de la norma internacional, que se considera de superior jerarquía, aunque el esquema monista de las fuentes se ha relativizado en algunas constituciones y el dualismo siga rigiendo en uno de los países más importantes del mundo, como en Estados Unidos<sup>6</sup>.

### 2.1. Vinculación negativa de la Administración a la ley

La tradición jurídica de los países de Europa occidental, así como la noción de Estado de Derecho que en gran parte la vértebra, integra desde 1789 como elementos imprescindibles los señalados por el art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución”. Más allá de polémicas en torno a la génesis de las bases modernas de lo que con el tiempo se convertirán en los regímenes constitucionales europeos<sup>7</sup>, pocas dudas pueden albergarse sobre el carácter fundamental que en ellos posee el principio de separación de poderes. La noción misma de división del poder público, la profunda convicción en su conveniencia y la estructura de relaciones entre los nuevos poderes del Estado surgidos en tanto que tales con ella constituyen una de las piedras angulares de la construcción jurídica que da lugar al Estado moderno. Como ha señalado García de Enterría, junto a este factor, el segundo elemento básico para la producción de la incuestionable transformación de los sistemas jurídicos europeos que habría de conducirlos a la

5 CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios...*, ya cit., p. 157.

6 CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios...*, ya cit., p. 157.

7 Cfr. RIVERO, Jean, *Les libertés publiques*, 7<sup>o</sup> ed., Presses Universitaires de France, París, 1995, vol. I, p. 50. En el libro citado se expone la tesis de JELLINEK, que niega a la Declaración francesa toda originalidad al considerarla una mera reproducción del modelo americano. En sentido contrario, BOUTMY reivindica la pureza de la Declaración francesa, negando cualquier influencia americana y, por ende, alemana. A su vez, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 66-68. Aunque no pueden negarse influencias comunes en ambas formulaciones, tampoco deben desconocerse las importantes diferencias existentes entre las revoluciones estadounidense y francesa. Éstas son, además, de una magnitud suficiente como para sostener que ha de entenderse cada una de ellas como el origen de un sistema propio, de un modelo auténtico “desde el punto de vista de la teoría de la Constitución”, según la expresión de BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 37.

modernidad está constituido por el reconocimiento, por vez primera, del papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder político<sup>8</sup>.

Al margen de las diferencias que respecto del modelo americano presenta el europeo en algunas cuestiones relativas a la manera de entender los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos, los límites que de ellos se derivan en la actuación de los poderes públicos y la propia forma de organizar sus relaciones y equilibrios, el orden jurídico surgido con la Revolución francesa presenta la particularidad de situar, por primera vez en la historia, a un cierto tipo de norma, la ley, en situación de clara preeminencia. La mística de la ley, “originada en la libertad y destinada a su servicio exclusivo, instrumento imprescindible para el gobierno humano”, es el elemento estructural que ha singularizado a los sistemas jurídicos europeos y explica las enormes diferencias conceptuales y de fondo que los separan de los surgidos a partir de la experiencia americana<sup>9</sup>.

El principio de legalidad, en virtud del cual todo el poder es de la ley, y el principio de la libertad, como garantía jurídica de los ciudadanos, se convirtieron en los nuevos postulados de la Revolución Francesa<sup>10</sup>.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 36-38.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia...”, ya cit., p. 31. La diferencia es, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, “de bulto” (cfr. *La lengua de los derechos...*, ya cit., p. 71), y significa la soldadura entre “derecho subjetivo y Ley, precisamente. Ésta es, justamente, la gran novedad de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, la que destruye en un punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquélla por éstas. (...) Es, por cierto, algo más que una idea, es una técnica política y jurídica precisa” (cfr. pp. 79-80).

10 Se ha precisado que es el sistema del *régne de la loi*, del reino o imperio de la Ley, sobre el cual será construido todo el Derecho Público postrevolucionario, hasta hoy mismo. Este mecanismo esencial sitúa a los otros dos poderes en la posición de vinculados a la Ley y como ejecutores de sus mandatos abstractos, que ellos particularizan, bien en sede procesal, cuando se suscite cualquier litigio entre partes, bien en sede política o administrativa, cuando el Ejecutivo gestione los intereses generales. Es esta situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, la que da a los titulares que ejerzan las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples “agentes” de la Ley. No pueden ordenar lo que la Ley no manda, no pueden prohibir lo que la Ley no ha prohibido, son ejecutores de lo ya ordenado anticipadamente por ésta. No les alcanza en consecuencia, ningún carácter de representantes del pueblo. Tales representantes son quienes han dictado la Ley, de cuya simple ejecución ahora se trata; la voluntad de los agentes es una voluntad individual, no superior en calidad a la de cualquier ciudadano, que, insertándose en la previsión legal, se limita a poner en marcha lo que ésta había ya decidido anticipadamente en términos generales (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 1997, p. 52 y ss.).

La antigua concepción según la cual el derecho deviene del rey en su condición de representante de Dios en la sociedad es superada radicalmente por la supremacía de la ley general. Esta se transforma en fuente y límite externo de la omnipotente voluntad del monarca. Por primera vez surge el principio de competencia derivado de la ley y no de la omnipotente voluntad del monarca<sup>11</sup>.

Las ideas del absolutismo fueron criticadas severamente por cuanto los intereses de los administrados eran sacrificados por la arbitrariedad del gobernante bajo el pretexto de defender el interés general. El poder discrecional era concebido, en esencia, como un poder arbitrario<sup>12</sup>. Para negar este sistema, la Revolución Francesa no sólo pretendió asegurar un orden jurídico objetivo por medio de la ley, sino también la libertad de los ciudadanos, considerados hasta entonces simples súbditos pasivos de un poder ajeno y trascendente<sup>13</sup>.

Como bien ha señalado la doctrina, el principio de libertad es concebido como una garantía jurídica concreta y su ámbito operacional da nacimiento al derecho público subjetivo. De este modo, los administrados adquieren un significativo instrumento jurídico para oponerse a todo sacrificio de sus derechos e intereses cuando no fuera exigido por la ley. Así, la mutación del absolutismo en Estado de policía, y finalmente, en Estado de Derecho, alteró la posición jurídica de la persona en su relación con la Administración: los súbditos se convirtieron en ciudadanos y, como tales, en sujetos de derechos que no tenían anteriormente<sup>14</sup>.

De este modo, el principio de legalidad tuvo así un buen comienzo al unirse extrañamente con la libertad, postulado esencial de los derechos del hombre. La primacía de la ley quedaba absolutamente asegurada en el art. 3º de la sección primera del capítulo II de la Constitución de 1791: “No hay en Francia autoridad superior a la de la ley. El rey no gobierna más que por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia”. No obstante ello, en la etapa primigenia imperaba el sentido negativo del principio de legalidad bajo el dogma de que “la Administración puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe”<sup>15</sup>. De acuerdo a este principio, la Administración disponía de un gran margen de libertad para obrar; este “espacio libre” quedaba sujeto sólo a la valoración de los funcionarios

11 SESIN, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, 2º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 21.

12 JÈZE, Gaston, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de la 3º edición francesa, Depalma, Buenos Aires, 1948, T. I, p. XXX.

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 13º ed., Civitas, Madrid, 2013, T. I, p. 488 y ss.

14 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 22.

15 Así, el art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa: “Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena”.

y no se sometía a orden jurídico alguno, salvo que implícita o expresamente contrariara la primacía de la ley<sup>16</sup>.

## 2.2. Vinculación positiva de la Administración a la ley

Por otro lado, cabe distinguir una vinculación positiva de la Administración a la ley. En efecto, como ha expuesto la doctrina, el principio por el cual “la Administración puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe”, expresión de la vinculación negativa de la Administración a la ley, no tardó en ser duramente cuestionado. Winkler<sup>17</sup> señaló que el accionar administrativo fuera del orden legal no armoniza con el Estado de Derecho e interpretando las constituciones austríaca y alemana, propició la vinculación positiva de la Administración a la ley, en el sentido de que la totalidad de la actividad administrativa debe estar sometida a una norma legal previa<sup>18</sup>.

La nueva tesis fue expuesta por primera vez por Kelsen<sup>19</sup>. Esta no admite aplicación del derecho que no sea realización de una atribución normativa precedente. En efecto, considera que toda concepción de normas generales, todo tránsito de un grado superior a uno inferior del orden jurídico, implica llenar un ámbito vacío, respetando los límites establecidos por las normas de grado superior. Ahora bien, como la concreción de las normas inferiores nunca puede ser completamente prevista por la norma superior, existe un espacio creativo, que conforme a la postura kelseniana puede integrar no sólo el administrador sino también el juez. Considera que ambas funciones no están determinadas completamente por la legislación, por lo que existe un margen más o menos amplio de apreciación, pero esta libertad no es absoluta sino que siempre supone una norma previa<sup>20</sup>. Por su parte, el autor austríaco Adolf Merkl<sup>21</sup>, inspirado en las ideas precedentes, esbozó un nuevo sistema de legalidad en la Administración. Consideraba que toda actividad que pretenda presentarse como administrativa sin estar legitimada por un orden normativo previo que determine la conducta debida, no podrá ser considerada como función estatal<sup>22</sup>.

16 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 22.

17 WINKLER, Günther., *Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt*, Viena, 1956, pp. 36 y ss., citado por SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 22.

18 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., pp. 22-23. En efecto, el autor sostiene que la Constitución austríaca de 1920 fue fiel reflejo de esta concepción, estableciendo en el art. 18 que “la Administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino sobre el fundamento de la ley”.

19 KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, pp. 317 y ss.

20 KELSEN, Hans, *Teoría general...*, ya cit., p. 320 y ss.

21 MERKL, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 210.

22 Cf. SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 23.

Ahora bien, ¿qué ocurría en otros países? En Francia, según Carré de Malberg<sup>23</sup>, la ley no era límite de la actividad administrativa sino condición de ella. En este sentido, el art. 3º de la Ley Constitucional francesa en 1875 dispone que es atribución del presidente de la república la ejecución de las leyes, por lo que toda actividad administrativa, cualquiera que fuere su objeto y consecuencias, debe ajustarse a la ley. En Italia, en aquella misma época, Zanobini interpretaba que “mientras el individuo puede hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido, la Administración puede hacer solamente lo que la ley expresamente le consiente hacer”<sup>24</sup>. Esta concepción rígida del principio de legalidad implicaba, por ejemplo, que cada elemento del acto administrativo fuera prenormado en forma expresa. Es decir que el procedimiento de conformación de la voluntad fuera exhaustivamente previsto, así como las atribuciones de la Administración y los efectos jurídicos de cada actividad estatal<sup>25</sup>. La autonomía de la voluntad propia del Derecho Privado, y su gran libertad de acción, se contraponía frecuentemente con el excesivo formalismo legal de la actividad administrativa.

En este contexto doctrinal, como bien señala Sesin, había quienes identificaban la actividad administrativa con la función del Ejecutivo que se limitaba a la simple aplicación de la ley, asimilando el acto administrativo a la sentencia, entendiendo que el primero concretiza en la práctica la abstracción genérica de la norma que regula el accionar administrativo<sup>26</sup> en una operación mental similar a la que da por resultado la sentencia. Esta comparación lógicamente plausible fue posteriormente criticada por considerársela intrínsecamente incorrecta. En efecto, el acto administrativo es consecuencia ineludible del ejercicio de una función administrativa tendiente a satisfacer directa e inmediatamente el interés público. La sentencia en cambio, trasunta el ejercicio de una función judicial reservada a quien institucionalmente debe dirimir imparcialmente una controversia entre partes con autoridad de cosa juzgada<sup>27</sup>.

Así, mientras el juez tiene por misión cardinal la aplicación de la ley a un caso concreto, la Administración tiene como función principal la realización del interés público, solo que para lograrlo utiliza el mismo silogismo lógico jurídico de adecuación del caso particular a la norma<sup>28</sup>. Es decir que si la Administración

23 CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 450.

24 ZANOBINI, Guido, “Sul fondamento della inderogabilita dei regolamenti”, en *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milan, 1955, p. 2 y ss.

25 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., pp. 23-24.

26 MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2º ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, T. I, p. 80 y ss.

27 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 24.

28 Se ha sostenido que la posición central que la ley va a ocupar en los sistemas jurídicos modernos tiene un inmediato reflejo en las relaciones del poder legislativo con los poderes

resuelve expropiar un inmueble, no lo hace para aplicar la ley de expropiaciones, sino para satisfacer el interés público, aunque fundándose siempre en el marco legal correspondiente<sup>29</sup>.

Superada esta concepción formalista de identificación entre el acto administrativo y la sentencia, como se ha expuesto, restaba resolver la problemática derivada de la rigidez del principio de legalidad entendido como la férrea sujeción de la Administración a la ley y, en consecuencia, mera ejecutante de ésta. Sin embargo, esta elaboración teórica nunca pudo funcionar acabadamente en la praxis, atento a la dificultad del legislador para prever casuística y exhaustivamente todo el quehacer administrativo<sup>30</sup>.

---

ejecutivo y judicial. La influencia de la actuación de cada uno de ellos en los otros es inevitable, y se produce tanto en los modelos fundados con base en una estricta separación –como se entendió durante largo tiempo en Europa el diseño que realiza MONTESQUIEU en *El Espíritu de las Leyes*– como en aquellos en los que la clave no es tanto ésta como el equilibrio articulado a partir de un reparto funcional que consiente inmisiones de unos poderes en los dominios de otros para mejor garantizar el recíproco freno de todos ellos (en la línea en que la obra de Montesquieu fue entendida en Estados Unidos y, posteriormente, ha sido integrada en la tradición europea) (cfr. BOIX PALOP, Andrés, *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 29-30).

Especialmente fuerte es la subordinación que a partir de este momento se establece entre el Poder Judicial, llamado a aplicar las leyes, y el Poder Legislativo, que como creador de las mismas pre-determina, al menos en teoría, toda la actividad judicial. Como señalaba GARCÍA DE ENTERRÍA, “la legalización del poder incluye, en primer término, a la justicia, en la que destierra definitivamente su atribución estamental a ciertas castas y también su paternalismo anómico, fundado en la superioridad política o moral del juez o del Rey en nombre del cual actúa, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas, en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del juez. A partir de ahora la justicia será precisamente la aplicación de la Ley y nada más, a cuyo efecto (novedad absoluta en la historia) se hace obligatoria la motivación de la Sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la Ley aplicable” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia...”, ya cit., p. 38). De este modo, se ha advertido que la transformación del papel del juez, operada por este esquema es notable, pues el legislador no actuará de forma abusiva si trata de predeterminar la actuación del juez y la solución que éste deba dar a los asuntos que conozca. Antes, al contrario, la labor encomendada a la ley es justamente convertirse en un instrumento que despliegue este tipo de efectos (cfr. BOIX PALOP, Andrés, *Las convalidaciones legislativas...*, ya cit., pp. 30-31).

29 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 24.

30 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 24.

Un sistema como el descripto no existe en la actualidad ni en realidad ha existido nunca. Como es sabido, embridar hasta ese punto a cualquier aplicador último de la ley, en este caso al juez, no es en la práctica posible. Sin embargo, los fundamentos del modelo expuesto permanecen inalterables desde entonces, y en ellos se basa la estructura de acuerdo con la cual en todos los Estados europeos se articula la aplicación de los mandatos jurídicos. La vinculación del juez a la ley y al Derecho le sitúa en un lugar de subordinación teórica respecto del poder legislativo, que es el punto de partida para que, al amparo de su investidura democrática, se produzcan interferencias de forma más o menos directa, en ocasiones, en la labor del juez. Porque si bien esta pretensión es en condiciones normales expresión de la tarea que legítimamente corresponde al legislador, en otras,

Se adoptaron dos soluciones: una jurídica y otra más bien práctica. La primera de ellas, como se ha esgrimido<sup>31</sup>, resuelve la cuestión desde una perspectiva jurídica. El principio de legalidad en sentido estricto, o “bloque de legalidad” como lo denominó Hauriou<sup>32</sup> sufre una profunda mutación, y comienza a ser utilizado el principio de “juridicidad” que sujeta la actividad administrativa no sólo a la norma jurídica objetiva (constitución, leyes, reglamentos), sino también a los principios generales del derecho<sup>33</sup>. La segunda, de tipo práctico, y la cual se adoptó antes de la postura jurídica amplia, se aplicaron “dos válvulas de escape” que morigeraron la legalidad estricta: la discrecionalidad administrativa, y para casos excepcionales, las ordenanzas o decretos de necesidad y urgencia<sup>34</sup>.

### 2.3. Vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico

Una nueva tendencia doctrinal nació para superar el criterio legalista estricto. Por el contrario, se otorgó una significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales –junto con la ley– pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa<sup>35</sup>.

---

cuando los mecanismos empleados para ello excedan de lo jurídicamente ortodoxo, nos encontraremos ante una actuación ilegítima (cfr. BOIX PALOP, Andrés, *Las convalidaciones legislativas...*, ya cit., p. 31).

31 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 24-25.

32 HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>o</sup> ed., Sirey, París, 1933, p. 400.

33 Sobre el particular, CASSAGNE señala que “la fragmentación del principio de legalidad, que ahora comienza a reconocerse en el derecho europeo, presente en la estructura del derecho comunitario, ha provocado la ruptura del monopolio de la ley por el legislativo y aun cuando la ley sigue conservando una jerarquía superior a los reglamentos y otras fuentes, debe convivir en el plano interno con los principios generales del derecho que vienen a limitar los poderes del legislador (cualquiera fuera el órgano que emite la norma) y, además, con las fuentes del derecho comunitario o de la integración en América del Sur, que tipifican un derecho supranacional. Otra característica que exhibe el actual derecho público de algunos países europeos, radica en la evolución que ha tenido el concepto de Constitución, el cual ha pasado a configurarse como una norma básica, cuya supremacía a y operatividad se impone sobre la totalidad del ordenamiento de inferior jerarquía aplicándose directamente a todos los órganos estatales. La idea de la legitimidad democrática cambiante y sucesiva, así como los fenómenos participativos que se aproximan a formas de democracia directa, deben necesariamente adaptarse a un marco de normas y principios de mayor perdurabilidad, dictados, por los poderes constituyentes de turno, con vocación de futuro. De ese modo, el sistema jurídico, apoyado en un basamento constitucional superior, adquiere una mayor estabilidad, la cual, como es sabido, no solo protege los derechos e intereses individuales o colectivos de las personas sino que es el motor de las inversiones que precisa todo Estado para su desarrollo económico” (CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1<sup>o</sup> ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 176 y ss.).

34 GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 1970, vol. I, p. 82.

35 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 25 y ss. Asimismo, SÁNCHEZ MORÓN ha señalado que el abandono de la tesis de la vinculación positiva se funda “en la

En este marco, el ordenamiento jurídico no constituye un simple agregado de normas al margen de los principios generales del derecho ni de las peculiares características de la sociedad a la cual se proyecten<sup>36</sup>. Ello implica en la práctica que la exégesis de cada norma y su aplicación consecuente operen teniendo en cuenta el ordenamiento entero en el cual se insertan y adquieran en el verdadero sentido. Esta unidad permite suplir los vacíos normativos, interpretados aisladamente, al incorporárselos a un complejo unitario y sistemático<sup>37</sup>.

De este modo, fue mermando la antigua concepción que considera la función administrativa como simple ejecución de la ley. Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automáticamente o ciegamente el contenido de la norma. En este sentido, la Administración en algunos supuestos podrá ligarse más a la ley, pero en otros puede actuar con mayor amplitud, siempre que respete los límites de la juridicidad. En este último caso puede proveer el marco jurídico dentro del cual podrán adoptarse las soluciones oportunamente deseables<sup>38</sup>.

Por ello, no es posible fundar un derecho sobre precedentes administrativos donde la legitimidad haya sido quebrada. La Administración está vinculada positivamente a la juridicidad y no queda pues obligada por un precedente contrario a derecho. Una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades<sup>39</sup>.

El principio de juridicidad es, antes y mucho más que el principio de legalidad, el verdadero reflejo del Estado de Derecho, hasta el punto que ambos

---

constatación de la realidad, entendiendo por tal no sólo la práctica administrativa, sino también la doctrina jurisprudencial, que admite con naturalidad supuestos de vinculación meramente negativa de la Administración (*lato sensu*) a la ley, como es el caso de los reglamentos independientes. También se basa en la existencia de leyes vigentes y de validez incuestionable que contienen reconocimientos o apoderamientos generales de competencia administrativa, que privan de contenido efectivo al pretendido carácter positivo de la vinculación legal. Por otro lado, se justifica en una interpretación sistémica de la Constitución acorde con la realidad y con la letra de sus preceptos, de la que se deduce que el Gobierno y la Administración han recibido de la propia Constitución potestades originarias, empezando por la potestad reglamentaria (...). Dicho de otro modo las potestades gubernativas y administrativas no derivan de la ley, sino directamente de la Constitución, sin que la propia Constitución haya previsto en todo caso que esas potestades solo pueden ejercerse mediante la *interpositio legislatoris*. Los poderes del Gobierno y Administración tienen por tanto una legitimación constitucional propia" (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa...*, ya cit., p. 104 y ss.). Asimismo, ver PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el derecho público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 44 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, T. I, p. 200 y ss.

36 ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, IEP, Madrid, 1963, p. 22 y ss.

37 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 25 y ss.

38 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 25.

39 CNCAFed., Sala IV, "Bressy, Ana María y otros c/ E.N. (M<sup>o</sup> Salud y Acción Social Sec. Salud) (C.E.N.A.R.E.S.O.) s/ empleo público", 29/08/2000.

conceptos son en buena parte sinónimos. La vigencia de aquél está implícita en la sola invocación de éste<sup>40</sup>. Este evolucionado principio de legalidad ha sido adoptado en el sistema constitucional comparado y en las recientes constituciones provinciales argentinas. La Constitución argentina prescribe en el art. 99, inc. 1º, que el presidente de la República tiene a su cargo la Administración General del país. De tal dispositivo normativo como del art. 93 que regula el juramento del presidente: “observar y hacer observar la Constitución y las reglas consecuentes”, se infiere el sometimiento de la Administración a las reglas normativas; esto también ha de concordarse con lo establecido por los arts. 1º, 18, 19, 28 y 31 de la misma Constitución<sup>41</sup>. Atento a la fecha de su sanción y al plexo normativo citado, si bien se adscribe formalmente dentro de las que adoptan un criterio legalista en sentido estricto, sin embargo, el accionar administrativo se somete sustancialmente a las nuevas tendencias. En efecto, los principios generales del derecho, muchos de los cuales se hallan en la Constitución<sup>42</sup> y aun en las leyes de fondo<sup>43</sup>) resultan de permanente aplicación en nuestra realidad administrativa<sup>44</sup>.

Forma parte de ella todo lo que fue llamado –y aún hoy es denominada por algunos– “bloque de legalidad”, cuyos elementos constitutivos son: Constitución, ley del Parlamento, reglamento, jurisprudencia, precedentes administrativos, etc.<sup>45</sup>. Como magistralmente expresa una sentencia del Tribunal Supremo español, “afirmar que la actividad de la Administración es reglada tan sólo cuando se halla regulado por una ley, reglamento u ordenanza, equivale a caer en un puro formalismo jurídico y desconocer que al margen de estas normaciones formales, la acción de la Administración se rige por fines teleológicos inexcusables y por principios indestructibles que reglan su conducta con tanto o más vigor que las ordenaciones legales”<sup>46</sup>.

El primero en distinguir entre el principio de legalidad y juridicidad fue Merkl<sup>47</sup>. Sin embargo, debe tenerse presente que interpretó el segundo como una formulación eminentemente teórica, cuyo contenido jurídico-político deviene de

40 MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 209 y ss.

41 ABAD HERNANDO, Jesús Luis, “La denuncia de ilegitimidad en el derecho público argentino”, en VV.AA., *Procedimiento administrativo*, Colegio de Abogados de La Plata - AADA, La Plata, 1981, p. 110.

42 Cfr. Arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28 de la Constitución Nacional.

43 Por ejemplo, los contenidos en la legislación civil, como la irretroactividad de la ley, la buena fe, el reacondicionamiento contractual, etc. (cfr. arts. 3, 1071 y 1198 del Código Civil de Vélez, y 7, 9, 10 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación, entre otros).

44 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 26.

45 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 26.

46 Tribunal Superior de España, sentencia del 07/06/1972, citada por SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 27.

47 MERKL, Adolf, *Teoría general...*, ya cit., p. 212 y ss.

la naturaleza de los poderes del Estado. En la actualidad, el principio de juridicidad o legalidad en sentido amplio tiene una hermenéutica distinta, con una proyección más práctica, en el cual se somete directamente la Administración al orden jurídico administrativo, como lo sostiene la doctrina española<sup>48</sup> contemporánea, lo mismo que la francesa, la alemana, la italiana y la argentina<sup>49</sup>.

Por el contrario, se ha señalado<sup>50</sup> que el *rule of law* inglés ha seguido una evolución diversa. Desde el siglo XIX ha adoptado una concepción amplia del principio de legalidad, siempre fiel a la ley y al derecho. Dicey fue quien sostuvo originalmente este criterio. Con posterioridad, el proceso sucesivo fue escaso<sup>51</sup>. El principio inglés fue adoptado en los Estados Unidos, existiendo áreas reguladas por el derecho común y otras por el derecho constitucional, cuyas reglas y principios inmanentes presiden la actividad administrativa<sup>52</sup>.

### 3. LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

La Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión no sólo a la ley en sentido formal –es decir al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo al procedimiento previsto para la formación y sanción de las 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<sup>53</sup>. 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.

Como ha señalado recientemente la doctrina –con ocasión de la introducción de este principio a la ley de procedimientos administrativos– el principio de “juridicidad”, se presenta como más amplio que el de “legalidad”, y juega un rol diferente al de este último. Así, se ha sostenido que el principio de juridicidad “exige que la actuación administrativa sea conforme a derecho no sólo en lo que hace al respeto de las leyes sino también de los reglamentos y demás fuentes del derecho. Por el contrario, el principio de legalidad requiere que toda limitación de derechos de los particulares se base en una ley, no siendo suficiente al respecto una mera

48 BALLBÉ, Manuel, “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor, Barcelona, 1949, t. I, p. 55 y ss.; MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad...*, ya cit., p. 210 y ss.

49 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 27 y ss.

50 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit., p. 29.

51 DICEY, Albert V., *Introduction to the studys of the law of the Constitution*, Londres, 1885, p. 88 y ss.

52 WHITE, N. G., *Diritto amministrativo inglese*, Milan, 1969, pp. 14 y ss.

53 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 493.

reglamentación que no esté, a su vez, válidamente basada en ley. Como se observa, la función de estos dos principios es distinta, a menos que se les dé una acepción tan amplia que incluya los dos conceptos bajo una misma denominación<sup>74</sup>.

En efecto, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho – aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas– a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales –que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema– a la ley formal, a los reglamentos –en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos– a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos<sup>55</sup>.

La vinculación de la Administración con la norma debe ser, además, positiva, en el sentido de que el derecho no debe constituir para aquella una instancia formal o externa, sino, antes bien, un presupuesto mismo del actuar administrativo sin el que éste carece de legitimidad; sin perjuicio de la ilegitimidad que puede también derivar de la propia inacción administrativa, en tanto la omisión se configura como un incumplimiento de la legalidad concebida como encargo<sup>56</sup>.

De este modo, como lo ha destacado la doctrina española<sup>57</sup>, la juridicidad no se presenta como un límite del accionar administrativo, sino su presupuesto, el fluido que circula por las venas de la Administración Pública, temperamento que no requiere para su validez teórica de su positivización en una cláusula constitucional expresa<sup>58</sup>. Su efecto práctico es que la hermenéutica de cada norma y su aplicación operen ponderando el ordenamiento entero en el cual se insertan y adquieren el verdadero sentido. Esta unidad permite suplir los vacíos normativos, interpretados aisladamente, al incorporárselos a un complejo unitario y sistémico.

54 MAIRAL, Héctor A. y Enrique V. VERAMENDI, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, *LL*, diario del 12/7/2024, p. 1 y ss.

55 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, ya cit., p. 493-494; GRAU, Armando, voz “Legalidad”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964, T. XVIII, p. 29.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Suprema en el precedente “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 7/7/1992, Fallos: 315:1492, abordó la temática de la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos con relación al derecho de rectificación o respuesta o réplica reconocida en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobado por ley 23.054– con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Ver en igual sentido, “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, 7/7/1993, Fallos: 316:1669; y “Hagelin, Ragnar Erland c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 22/12/1993, Fallos: 316:3219.

56 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo...*, ya cit., p. 494.

57 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho...*, ya cit., T. I, p. 201.

58 COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, ya cit., p. 495.

Así las cosas, se ha planteado que el derecho es un elemento esencial e inescindible del Estado, un componente limitador de éste y, por ende, también de la Administración. Por otra parte, sólo en virtud del derecho una acción humana puede valorarse como estatal. En efecto, Merkl<sup>59</sup> señaló esta última circunstancia elevándola a la condición de una ley jurídico-teórica fundamental de la Teoría del Estado. Más aún, según el punto de vista del autor citado, el derecho administrativo no sería sino un conjunto de preceptos jurídicos en virtud de los cuales ciertos actos humanos se imputan a la administración del Estado<sup>60</sup>. De todos modos, pese a la indicada innecesariedad, la vinculación de la Administración a la ley ha sido establecida expresamente en los ordenamientos austríaco, alemán y español<sup>61</sup>.

En la actualidad, sin embargo, no es posible dejar de señalar, que, en el derecho comparado, existen planteos doctrinarios, sustentados en observaciones empíricas derivadas del propio modo del accionar administrativo en ciertas áreas, a cuyo tenor la vinculación negativa de la Administración con la norma –en el sentido de constituir un comportamiento libre a priori y sólo condicionado por las prohibiciones normativas– configuraría la regla o principio regulador de aquel accionar. Esta manifestación se daría en la Administración prestacional –por oposición a la llamada en Alemania autoritaria– o de fomento y, también, en la organizacional<sup>62</sup>. Por su parte, Parejo Alfonso ha llegado a propiciar el reemplazo del principio de la vinculación positiva por el de la “dirección estratégica de la Administración por la ley”, la cual se limitaría a regular los aspectos esenciales del accionar administrativo<sup>63</sup>.

Sin perjuicio de las consideraciones vertidas por la doctrina, se ha dicho que en el ordenamiento jurídico argentino no es fácil acogerlas, especialmente después de la reforma constitucional de 1994. En efecto, el art. 19 de la Constitución Nacional no ha sido modificado, de modo que no puede haber

59 MERKL, Adolf, *Teoría general...*, ya cit., p. 211 y ss.

60 Cfr. COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, ya cit., p. 495.

61 El fundador de esta teoría fue KELSEN, quien no admite aplicación del derecho que no sea realización de una atribución normativa precedente. Entiende que toda concreción de normas generales, todo tránsito de un grado superior a uno inferior del orden jurídico, implica completar un ámbito vacío, respetando los límites establecidos por las normas de grado superior. Como la concreción de las disposiciones inferiores nunca puede ser completamente prevista por la norma superior, existe un espacio creativo que conforme a la postura kelseniana puede integrar no sólo el administrador sino también el juez. Entiende que ambas funciones no están determinadas completamente por la legislación, por lo que existe un margen más o menos amplio de apreciación, pero esta libertad no es jamás absoluta sino que siempre presupone una norma previa. Al respecto, ver KELSEN, Hans, *Teoría general...*, ya cit., p. 317 y ss.

62 COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, ya cit. p. 496.

63 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación...*, ya cit., p. 90.

obligación alguna, en cualquier ámbito, que no derive, directa o indirectamente, de una ley formal<sup>64</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (art. 19 de la CN) no de los poderes públicos, los cuales, para actuar legítimamente, requieren una norma de habilitación<sup>65</sup>, resultando apropiado especificar que en materia de derechos individuales (tales los implicados en el caso), los mismos pueden ser limitados o restringidos por ley formal del Congreso de la Nación de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la CN<sup>66</sup>, de tal modo que el Estado Nacional se encuentra en estos aspectos sujeto al principio de legalidad, y en lo que al caso interesa, ello impone la sumisión de las normas reglamentarias a la ley que habilita su dictado (art. 31 de la CN)<sup>67</sup>.

Finalmente, respecto de acciones administrativas no restrictivas de la libertad, se ha considerado que no parece posible, después de la regulación, en principio prohibitiva y excepcional y taxativamente admitida, de la delegación legislativa y de los decretos de necesidad y urgencia y, asimismo, de la intocada regulación de los reglamentos autónomos, habilitar potestades administrativas sin sustento normativo expreso, implícito o, excepcionalmente, inherente<sup>68</sup>.

#### 4. JURIDICIDAD Y DISCRECIONALIDAD

Como ya se ha señalado, con la nueva formulación del principio de legalidad, la actividad administrativa no sólo se limita a ejecutar la ley, sino que tiene un poder normativo propio en virtud de la actividad reglamentaria reconocido por la Constitución. Asimismo, con la sujeción ampliada al derecho, los principios generales, figuren o no en la Constitución, conforman igualmente el contexto jurídico aplicable a la realidad administrativa. A todo ello se llama hoy en día juridicidad o legalidad en sentido amplio. Por consiguiente, la actividad administrativa puede relacionarse directamente con la Constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales de derecho. Pero esta vinculación puede ser más o menos intensa puesto que el mismo orden jurídico es quien determina en qué materias la vinculación a la norma es total y en qué materias es parcial o relativa<sup>69</sup>.

Las normas de conducta dirigidas a la Administración, son siempre a la vez normas de control, dirigidas al juez contencioso-administrativo, existe, según este

64 COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, ya cit. p. 496.

65 CSJN, "Peláez, Víctor s/ hábeas corpus preventivo", 19/10/1995, Fallos: 318:1967.

66 CSJN, "Bonetto, Rodolfo Antonio y otros c/ Sup. Gobierno de la Pcia. de Córdoba y otro s/ acción de amparo", 07/12/2001, Fallos: 324:4048.

67 CNCAFed, Sala II, "A M y otro c/ EN INCUCAI Resol. 69/09 s/ amparo ley 16.986", 02/12/2010.

68 COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo...*, ya cit. p. 496.

69 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 47.

punto de vista, una necesaria correlación entre la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa y la intensidad de su control judicial. De este modo, sería la densidad con la que el ordenamiento jurídico programa la acción administrativa la que, al mismo tiempo, determinaría la intensidad de su control jurídico. Por lo tanto, los déficits del control jurisdiccional resultarían ser siempre el producto de déficits de la programación normativa. Y viceversa, “cuanto más regula por sí mismo el legislador, menor es el margen de actuación y decisión del Ejecutivo”<sup>70</sup>.

Desde esta óptica, la discrecionalidad administrativa —entendida en un sentido amplio, pues, como ausencia de programación plena o positiva de la actuación administrativa— no es una magnitud rígida, derivada de una determinada cualidad intrínseca de la actividad administrativa de que se trate (por ejemplo, de su carácter técnico, político, axiológico u otro parecido), sino una magnitud en cualquier caso graduable por el normador<sup>71</sup>. De este modo, toda vez que la densidad regulativa de la ley es muy variada, no sólo es posible, sino que es inevitable diferenciar la potestad de concretización de la Administración y, correlativamente también, la densidad de su control jurisdiccional.

Bajo esta comprensión, la densidad de la regulación normativa o la pre-determinación del sentido de la decisión administrativa es un criterio relevante de control. La intensidad (cuando no la mera posibilidad) del control jurisdiccional es proporcional a la densidad jurídica de la regulación<sup>72</sup>. De este modo, la densidad normativa o de la programación legal —o jurídica— de la decisión se convierte así en el criterio para distinguir la discrecionalidad de la no discrecionalidad.

Así las cosas, se ha sostenido que en la experiencia contemporánea el principio de juridicidad debe asumir un contenido diverso. En algunos supuestos aparece condicionado de manera absoluta por el precepto normativo concreto que establece expresamente la conducta administrativa debida. En otros casos, el orden jurídico no determina un condicionamiento explícito sino que sólo actúa como límite de la libre o discrecional actividad estatal<sup>73</sup>.

Por ello, el resguardo de la juridicidad en cuestiones de índole pública exige observar adecuadamente el régimen jurídico específico, con respecto a la buena fe, a la ética y a la transparencia que hacen a la forma republicana de gobierno<sup>74</sup>; sin que deba perderse de vista en ese ámbito las consecuencias

70 BACIGALUPO, Mariano, La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 82 y ss.

71 BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa...*, ya cit., p. 83 y ss.

72 BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 203.

73 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 47.

74 CSJN, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”, 18/07/2002,

perjudiciales e injustas que conlleva para el interés y el patrimonio públicos el ejercicio irrazonable, imprudente o desviado de los poderes públicos que les son inherentes, como también de las conductas de las personas públicas o privadas que estuviesen relacionadas<sup>75</sup>.

Esta nueva concepción de la juridicidad de la acción administrativa hace que haya que ser más precisos en el modo de ubicar en forma correcta lo discrecional. En otros tiempos, bastaba decir que todo lo que no estaba previsto por la normatividad era discrecional. En la actualidad, la situación es más compleja, por cuanto la discrecionalidad no está “fuera” sino “dentro” del orden jurídico. Es por ello que es de fundamental importancia examinar la primacía del ordenamiento en el marco de la jerarquía normativa y las materias más o menos intensamente vinculadas, para saber en qué ámbitos se mueve normalmente la discrecionalidad y cuál es su capacidad de amplitud o restricción. El análisis de la pirámide constitucional adquiere también un renovado interés para justificar cómo, atento al actual sometimiento de la Administración al orden jurídico, la discrecionalidad no sólo fluye de una norma autorizativa expresa, sino también de la misma unicidad de la juridicidad, por medio de sus principios<sup>76</sup>.

## 5. JURIDICIDAD Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La doctrina ha expuesto que la vigencia del orden constitucional y sus principios inmanentes trasuntan una mutación esencial del ejercicio arbitrario del poder, por el obrar legítimo del aparato estatal sujeto a la fuerza vinculante de la primacía jerárquica. La Constitución es quien establece y delimita la organización administrativa del Estado, los derechos y deberes fundamentales, como los objetivos que se imponen para satisfacer los intereses de la comunidad. De allí se derivan las reglas supremas que la organización y la actividad administrativa deben respetar, como la unidad del ordenamiento, caracterizado por su relación internormativa jerárquica<sup>77</sup>.

A su vez, se ha indicado<sup>78</sup> que en países como el nuestro, la primacía de la Constitución –cúspide del orden jurídico vigente– se debe entre otros motivos a la circunstancia de que configura un ordenamiento originario estable, con garantía de perduración<sup>79</sup>. Pertenecen al género de constituciones rígidas, en la

---

Fallos: 325:1787.

75 CNCAFed., Sala IV, “Secretaría de Desarrollo Social c/ Municipalidad de La Esperanza”, 08/05/2007.

76 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 47.

77 Cfr. SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 48.

78 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 48.

79 SANCHEZ AGESTA, Luis, *Lecciones de derecho político*, Madrid, p. 348 y ss.

terminología de Bryce<sup>80</sup>. Al respecto, Bidart Campos sostenía que “después de resumir en un cuerpo sistemático y unitario todas las normas supremas, las recubre de una garantía de permanencia en cuanto su modificación debe arbitrarse por un procedimiento distinto al de reforma o derogación de las leyes ordinarias. Es el poder constituyente formal el que tiene exclusiva facultad para introducir enmiendas. El texto constitucional asegura de esta manera su supremacía, negando a los poderes constituidos del Estado toda competencia para alterar sus previsiones”<sup>81</sup>.

Por otra parte, cabe señalar con la doctrina que la Constitución Nacional constituye un sistema global del cual deriva el resto de las normas legales y reglamentarias partiendo de lo general a lo particular. De tal manera, se resguarda el principio de supremacía, al sustentarse los actos consecuentes en aquellos genéricos que le preceden jerárquicamente. Esta preeminencia constitucional es formal y también sustantiva, por cuanto las normas que en su consecuencia se dicten, no sólo deben respetar el procedimiento de emisión formal preceptuado por ella, sino también los principios, contenidos, objetivos y limitaciones en su texto. La Constitución argentina, en sus arts. 1º, 28 y 31, consagra su jerarquía superior siguiendo el modelo norteamericano. Téngase presente que la Constitución norteamericana de 1787 establece la supremacía en el art. VI, sección 2º, confiando a la Justicia el cometido de resguardar su validez superior con relación a las leyes que de ella derivan<sup>82</sup>.

En la misma línea, Bianchi ha sostenido que el art. 31 de la Constitución Nacional –cuya redacción fue tomada literalmente del art. VI, sección 2º de la Constitución de Estados Unidos–, bajo su aparente sencillez, describe en realidad tres clases de relaciones de supremacía, que tienen lugar a su vez en tres planos diferentes: la de la Constitución con el resto del ordenamiento jurídico, sea federal o local; la de las leyes del Congreso y los tratados internacionales; y la del ordenamiento federal respecto de los ordenamientos locales. Así, el principio de supremacía de la Constitución permite a ésta “reinar soberanamente por sobre el resto del ordenamiento”<sup>83</sup>.

Son los jueces quienes deben aplicar primero la Constitución por sobre las normativas consecuentes, que podrán declararse inconstitucionales o inaplicables si contradicen la Norma Fundamental. Fue el *Chief Justice* Marshall quien,

80 BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

81 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1959, p. 270. En igual sentido, ZARINI, Helio, J., *Derecho Constitucional*, 2º ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 63 y ss.

82 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 48.

83 BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, T. I, p. 122 y ss.

conforme a lo establecido por la Constitución, señaló en el caso “Marbury vs. Madison” que “la Constitución es superior a todo otro acto ordinario del legislador”. La prioritaria aplicación de las normas más elevadas piramidalmente, las hace preceder a las inferiores, por lo que en caso de contradicción entre ellas es menester seguir el criterio de Marshall, “escogiendo la subordinación y dejando a la subordinada”<sup>84</sup>. Esta cuestión había sido puesta de manifiesto tiempo antes por Alexander Hamilton en la obra “El Federalista”, en la cual expresó que “la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces”, por lo que no era legítimo que los representantes del pueblo violaran “las previsiones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones” ya que “[m]ientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente”<sup>85</sup>.

Sin embargo, a raíz de la reforma de la Constitución en 1994, se plantean actualmente nuevas cuestiones en materia de interpretación constitucional, como aquellas que suscita la incorporación de los nuevos derechos y garantías en el ple-xo constitucional, particularmente lo concerniente a su grado de operatividad, el criterio para resolver los supuestos de colisión entre derechos o principios, los límites de los derechos y la competencia del legislador, la aplicación del *ius cogens* y el problema de la jerarquía de los tratados internacionales, que alguna doctrina sostiene que poseen rango superior a la Constitución cuando versan sobre derechos humanos, doctrina que ha sido seguida por la mayoría de la Corte en el caso “Simón”<sup>86</sup>. En estas condiciones, los principios y garantías que se encuentran en la primera parte de la Constitución (v. gr. no hay delito sin ley previa, la inmutabilidad de la cosa juzgada, etc.) no pueden ser dejados de lado por la aplicación ni por la interpretación que se haga de los tratados internacionales sobre Derechos

84 Suprema Corte de Estados Unidos, “Marbury vs. Madison”, 1803, 5 U.S. 137. Con relación a este precedente, ver AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5° ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.

85 HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John, *El Federalista*, varias ediciones, 1787, artículo 78.

86 CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056. En este punto, cabe precisar que los tratados internacionales, tengan o no por objeto la regulación de garantías concernientes a los derechos humanos, poseen en el derecho público argentino, jerarquía constitucional subordinada a la propia Constitución, pues aunque sean superiores a las leyes internas, a tenor de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 este precepto establece que “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Al respecto, ver CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios...*, ya cit., p. 74 y ss. Asimismo, GARCIA BELSUNCE, Horacio, “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional”, *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2006, p. 10 y ss.

Humanos, porque son principios básicos y fundamentales de nuestro Estado de Derecho<sup>87</sup>.

Por último, cabe precisar que, si bien los jueces no pueden de oficio declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto al margen de una *litis* concreta, nada impide a que en una controversia judicial puedan declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma particular o general, siempre que éstas incidan directamente en el caso bajo examen. Ello al margen de si las partes lo pidieron, ya que cobra relieve el precepto constitucional analizado y el principio *iura novit curia*<sup>88</sup>. En efecto, la Corte Suprema ha admitido la declaración de inconstitucionalidad de oficio en los precedentes “Mill de Pereyra”<sup>89</sup>, “Banco Comercial de Finanzas”<sup>90</sup> y “Rodríguez Pereyra”<sup>91</sup>, entre muchos otros.

## 6. JURIDICIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL

Como se ha visto, en el principio fue la exención, pero ahora cabe hablar del sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y el derecho. Este sometimiento corresponde que sea verificado, también en toda su plenitud y sin limitación alguna, por los tribunales de justicia, a través de un proceso que es también un proceso ordinario, por lo que ya no existe ninguna sombra de excepcionalidad. Siguiendo este razonamiento, el control judicial de “legalidad” o “legitimidad” de la actividad administrativa debe ser sustituido por el control de “juridicidad”. No se trata sólo de un mero prurito formal, sino que las consecuencias jurídicas son también diferentes. La estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico-jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto administrativo con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del ordenamiento jurídico. Así las cosas, la actividad discrecional de la Administración no puede quedar fuera de este nuevo esquema, sino que es menester su ubicación y tratamiento dentro del lugar que le corresponde. En efecto,

87 Ver disidencia del Juez FAYT en el caso “Simón, Julio Héctor y otros”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056. Sobre la cuestión, la Corte Suprema se ha expresado más recientemente en el caso CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14/02/2017, Fallos: 340:47. Asimismo, ver CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios...*, ya cit., p. 156 y ss.

88 HARO, Ricardo, “Control de oficio de constitucionalidad”, en *Constitución, gobierno y democracia*, Córdoba, 1987, p. 208; SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 49.

89 CSJN, “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes”, 27/09/2001, Fallos: 324:3219.

90 CSJN, “Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, 19/08/2004, Fallos: 327: 3117.

91 CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/11/2012, Fallos: 335:2333.

si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese marco.

La existencia de un control judicial, en especial de la discrecionalidad administrativa, como bien se ha señalado<sup>92</sup>, no se justifica sólo por la institucionalización de un sistema de división de poderes sino, en esencia, por la ubicación en que se hallan quienes juzgan. Son las normas constitucionales y procesales las que garantizan esta posición: independencia de la Justicia e imparcialidad frente a las partes en litigio. En efecto, el régimen republicano se relaciona íntimamente con la evolución del control judicial y su trascendencia. El Estado de Derecho reconoce al principio de legalidad como su viga maestra, y al control jurisdiccional como la garantía del sistema<sup>93</sup>. El régimen constitucional es perfecto si la Administración, además del sometimiento a la ley, se somete a la justicia<sup>94</sup>.

Como advierte García de Enterría, a través de los recursos contencioso-administrativos, los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la ley y no a las ocurrencias de los administradores. Son, pues, los derechos fundamentales de los ciudadanos los verdaderos “fundamentos del orden político y de la paz social”<sup>95</sup>. Por lo tanto, lo fundamental reside en la sumisión del poder administrador al control de la Justicia. Como dijimos inicialmente, la mayor garantía de un buen gobierno radica, precisamente, en el equilibrio de los poderes y no en la primacía de un poder sobre otro, por insignes que sean las virtudes del preponderante.

El Estado de Derecho surge de los condicionamientos políticos constitucionales que caracterizaron la realidad política alemana. Se ha sostenido<sup>96</sup> que la institucionalización de un Estado constitucional moderno asentado sobre dos pilares fundamentales, la tutela de los derechos públicos subjetivos y el rol del legislador, fue la preocupación permanente de Gneist, uno de los principales ideólogos de esa nueva posición<sup>97</sup>. El autor, había postulado, en definitiva, la necesidad de que el ejercicio de la función administrativa se someta al derecho, siendo ello garantizado por medio de un sistema de justicia administrativa. Los administrativistas alemanes perfeccionaron este concepto bajo la dogmática del derecho

92 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 30.

93 PERTILE, Alberto, *Control judicial de la actividad administrativa*, Arpón, Córdoba, 1988, p. 7.

94 SARRIA, Félix, *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, 1º ed., Peuser, Córdoba, 1936, p. 5.

95 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces...*, ya cit., p. 71.

96 SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 30.

97 GNEIST, R., *Lo stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 29 y ss., citado por SESIN, Domingo J., *Administración pública...*, ya cit. p. 30.

público, considerando al Estado de Derecho expresión de una Constitución ideal legitimadora del Estado liberal<sup>98</sup>.

En este contexto, recientemente la Corte Suprema ha puesto de manifiesto la importancia del principio de juridicidad en la delimitación de las competencias estatales y los derechos individuales. En esta línea, el Máximo Tribunal ha expresado que “la arquitectura constitucional resuelve la tensión entre las atribuciones del poder público por un lado y los derechos individuales por el otro, a partir del mandato explícito contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Efectivamente, el principio de juridicidad expresa delimitaciones precisas entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para garantizar la convivencia. La precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor”<sup>99</sup>. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha expresado que el art. 19 citado exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige<sup>100</sup>.

De este modo, en lo que respecta al control judicial de juridicidad, la Corte Suprema ha recordado que 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 y a la razonabilidad constitucional (arts. 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional)<sup>101</sup>.

Por otro lado, cabe referirse a algunos precedentes en los que se tuvo en cuenta el principio de juridicidad al momento de resolver. Así, en un caso, por aplicación de este principio, se dejó sin efecto una resolución de la Dirección

98 GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 53.

99 CSJN, “Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio”, 22/12/2020, Fallos: 343:2184, voto del doctor Rosatti, considerando 7.

100 CSJN, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarisimo”, 4/9/2018, Fallos: 341:1017, considerando 9. En igual sentido, CNContAdmFed, Sala III, “Sabán, Jose Daniel c/ EN – PJN – OSPJN Resol. 6/12 s/empleo público”, causa 48.476/2012, del 17/12/2019.

101 CSJN, “Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad”, 2/7/2024, Fallos: 347:653, voto del doctor Rosatti; “Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 20/9/2022, Fallos: 345:951, voto del doctor Rosatti; “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, 18/11/2021, Fallos: 344:3476, considerando 7, voto de los doctores Rosatti y Maqueda.

General de Aduanas por la cual, por la infracción tipificada en el art. 970 del Código Aduanero, se había condenado a una empresa al pago de una multa y se había formulado cargo por los tributos adeudados. Allí, con sustento en la doctrina y la jurisprudencia, se recordó que el principio de legalidad –o juridicidad– impone que el obrar de la Administración Pública se encuentre incondicionalmente sujeto al ordenamiento jurídico, no sólo comprensivo de la ley en sentido estricto, sino de todo el sistema jurídico. En este entendimiento, se expresó que resulta inherente al ejercicio de la actividad administrativa que sea desempeñada conforme a la ley –*lato sensu*–, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella; y en esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del Estado de Derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos. Así, con arreglo a este principio de juridicidad, se indicó que la actuación de la Administración se encuentra objetivamente condicionada al respeto de las reglas y principios comprendidos en el ordenamiento jurídico<sup>102</sup>.

Análogas consideraciones fueron esgrimidas en un caso donde se confirmó la sentencia de primera instancia que admitió la demanda por diferencias salariales iniciada contra la Universidad de Buenos Aires. En este sentido, se consideró que las autoridades universitarias debían haber ceñido su actuación a las reglas previstas en el Convenio Colectivo para Docentes Preuniversitarios de la UBA<sup>103</sup>.

Por último, en otra causa se rechazó la demanda de daños y perjuicios, contra el Estado Nacional, que alegaba una persona a título personal, por la quiebra de una empresa. Se desestimaron los argumentos del recurrente y se expresó que sería ilógico afirmar que el Estado incurre en falta de servicio por una conducta –por acción u omisión– que, de llevarse adelante, sería ilegítima. En efecto, se expresó que “en virtud del principio de juridicidad, el actuar del Estado debe conformarse a todo el ordenamiento jurídico, evitando mandatos contradictorios que impliquen obligar al Estado a una conducta que, al mismo tiempo, es inválida”<sup>104</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

En el presente trabajo me he ocupado de analizar los alcances del principio de juridicidad. En efecto, la Administración Pública, en su obrar debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, el cual no comprende únicamente a la ley en sentido formal, sino también al sistema jurídico entendido como unidad.

En este sentido, resultan fundamentales el principio de la jerarquía normativa y la supremacía constitucional, siendo la Constitución, la cual establece las

102 CNContAdmFed, Sala III, “Sindtec SA (TF 30396-A) c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo”, causa 30.434/2023, del 20/8/2024.

103 CNContAdmFed, Sala III, “Dugo, Mónica Viviana c/ Universidad de Buenos Aires s/ Empleo Público”, causa CNT 12.021/2021, del 6/8/2024.

104 CNContAdmFed, Sala III, “Bakchellian Eduardo Ietvart c/ EN - M° Economía y P - s/ Daños y Perjuicios”, causa 30.603/2006, del 24/8/2017.

reglas supremas que la organización y la actividad administrativa deben respetar. Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a la Constitución nacional, a los principios generales del derecho, a los tratados internacionales –los que cuentan con jerarquía constitucional y aquellos que según la propia Constitución gozan de jerarquía normativa superior a las leyes–, a la ley formal, a los reglamentos, etc.

Si bien puede decirse que el principio de juridicidad ya tenía reconocimiento en la jurisprudencia y en la doctrina, creo que ha sido un acierto del legislador haber contemplado este principio en la ley de procedimientos administrativos. En efecto, el expreso reconocimiento del principio de juridicidad coadyuva a que pueda ejercerse un adecuado control judicial sobre la actividad de la Administración, más aún si se repara que en nuestro sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas son limitadas y se encuentran sometidas a la juridicidad y a la razonabilidad.

---

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid, la Université Paris X Nanterre y la Universidad del Salvador. Profesor Titular de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Presidente de la Sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de diversas publicaciones sobre la especialidad.

# DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, CONTROL DE LAS ARBITRARIEDADES Y DEL AUTORITARISMO

MARÍA ANGÉLICA GELLI

Profesora titular de posgrado en la Facultad de  
Derecho, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. ¿En qué se funda el derecho de acceso a la información pública en argentina? 3. ¿Cómo regula este derecho la Constitución Nacional? 4. La jurisprudencia de los tribunales regionales y de la Corte Suprema, también se ha ocupado de este derecho. 5. La Ley 27.275. 6. Conclusión.\*

## I. INTRODUCCIÓN

Me resulta difícil hablar ante un auditorio tan calificado, que conoce tan bien el Derecho argentino, pero lo voy a intentar. Elegí este tema porque, en estos momentos tan difíciles para nuestro país, en los que parece generarse un embate contra la República, donde se cuestiona la representación democrática, el derecho de acceso a la información pública refuerza y amplía los deberes que tiene el Estado –todos los poderes del Estado– para con los habitantes de nuestro país. No se trata solo de la obligación de publicar los actos de gobierno como manda la Constitución Nacional, sino de algo más: de resguardar y hacer posible el derecho de acceso a la información pública a cada persona que lo requiera.

Por otro lado, el derecho de acceso a la información pública potencia la libertad de expresión. La democracia, cuestionada por los efectos del sistema que parecen no ser demasiado eficaces para resolver las cuestiones y los problemas que nos afectan, tiene –me parece a mí– un valor adicional y es que hace visibles los problemas. Finalmente, nos angustiamos por la falta de buen gobierno, de *gobernanza*, pero percibimos los desajustes del sistema y podemos conocer, en parte al menos, sus causas. Y verlos y considerarlos es el inicio para hacer algo con ellos, quizás un principio de solución. Por eso considero que el tema elegido,

\* Conferencia pronunciada el 19 de abril de 2023, en el Acto de Incorporación de la autora como Socia Honoraria del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

en momentos de tanta desolación, puede generar alguna reflexión que nos dé ánimo en circunstancias difíciles, una vez más, en nuestro país.

Recordaba, a propósito de los beneficios del acceso a la información pública, también las reacciones sociales que origina, un librito muy antiguo de Raymond Barré, *El Desarrollo Económico*. La versión francesa es de 1958, la que tengo en español es del 1962. Allí, el autor analizaba las causas del desarrollo económico de las Naciones –una cuestión central en el debate de esa década– y examinaba las condiciones para ese desarrollo. Barré, además de ser un académico reconocido, tenía la experiencia política intensa que le conocemos de *gobernar la economía* en su país. El autor se refirió a lo que denominó la *Cortina de Bambú* en China, un símil de la *Cortina de Hierro*, que impedía, entre otras restricciones severas a la libertad, conocer qué sucedía allende las fronteras. Ya en 1958, Barré examinaba los efectos que, al contrario, tiene levantar esos muros.

Me pareció muy sugestivo aquello, porque hoy casi estamos en una situación similar en China: una potencia que disputa –quiere disputar– el liderazgo internacional y, sin embargo, también está abocada a ser muy cuidadosa, muy limitativa, del derecho a la información de los habitantes, de los ciudadanos, en este coloso mundial. Pone especial atención a lo que circula por las redes. ¿Por qué? Porque la información es un instrumento esencial en las democracias participativas, en las democracias fuertes, que pueden dar de sí y mejorar por la vía de la rectificación y control de los abusos del poder.

## **2. ¿EN QUÉ SE FUNDA EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA?**

Señalo cuatro tipos de fundamentos:

*Personal*: el derecho humano a conocer, a acceder a los datos para reflexionar y elegir.

*Social*: el derecho de la sociedad a levantar los velos, la opacidad que en ocasiones tiene la acción política y, por esa vía, mínimamente, a controlar la corrupción administrativa. Conocer, a lo menos, indica el camino de lo que está bien y lo que no.

*Político*: el acceso a la información, el conocer posibilita elegir y, lo que es más importante –así lo considero–, mudar las elecciones. En estos días, he asistido a algunos encuentros donde se cuestionaba el hecho de que nuestro país tiene una democracia muy demandante e impide planificar en el mediano plazo, porque cada dos años votamos. Este diseño institucional –se alegaba– exagera la tensión por conservar o conquistar el poder. La política agonial, en consecuencia, condiciona la implementación de las medidas que se deben instrumentar al resultado de la lucha electoral. Comprendo esa dificultad. Pero creo que constituye también una válvula de escape, porque a la vista de lo que ocurre, de lo que se ha hecho u

omitido por parte de las autoridades, podemos mudar nuestras elecciones pasadas, cambiar el voto anterior y, con ello, estimular las correcciones necesarias.

La posibilidad de rectificar nuestras propias elecciones no es solamente un control para los gobernantes, sino un autocontrol de lo que hacemos, porque, finalmente, aun cuando nos quejamos, los que están en el gobierno han sido puestos allí por la ciudadanía. Afortunadamente, a pesar de todas sus imperfecciones, tenemos una democracia que es, diría yo, razonablemente competitiva, transparente y, por cierto, periódica. En estos 40 años de experiencia democrática en el país, a pesar de todo lo que nos ha ocurrido, hemos mantenido y hemos respetado –en ocasiones a regañadientes– el principio democrático.

*Regional:* Más que internacional, porque para nosotros la norma con jerarquía constitucional, la Convención Americana de Derechos Humanos, el también denominado Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 13, reconoce el derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

En “recibir” está el núcleo duro del derecho de acceso a la información pública. Es, pues, un derecho humano, la denominación nueva de lo que antes se conocía como derechos naturales. Todavía se pueden llamar derechos naturales, en tanto unos y otros se conciben anteriores a la existencia del Estado dado que le corresponden a la persona humana por el mero hecho de serlo, a todas las personas, en todo tiempo y lugar sin discriminación alguna. Un piso mínimo de derechos para todos.

Como señalé, ya no se trata sólo de que el Estado –los poderes del Estado– debe dar a publicidad los actos de gobierno, sino que el derecho de acceso a la información exige del poder algo más. Tal como lo establece la ley nacional de acceso a la información pública, es un acceso que debe de ser sencillo y amplio. La regla es el acceso libre porque como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la información pertenece a las personas no al poder del Estado. En consecuencia, las eventuales restricciones son siempre excepcionales y deben justificarse mediante decisiones razonables.

Lamento que algunas de las reformas reglamentarias que se dispusieron en la administración nacional anterior fueran dejadas de lado, cuando eran trascendentes, por ejemplo, para todo lo que se refería a las contrataciones del Estado. Finalmente, parece recurrente el deseo de opacidad, de velar a la mayor cantidad de ciudadanos posibles aspectos de la administración, ensanchar el ámbito de intimidad protegida de los funcionarios públicos en el orden nacional.

### **3. ¿CÓMO REGULA ESTE DERECHO LA CONSTITUCIÓN NACIONAL?**

En la Constitución Nacional histórica, la de 1853, no se estableció una regla general acerca del deber de informar por parte de las autoridades. Sin embargo

sí existía –y existe– la obligación de publicar por la prensa lo referido a las observaciones por parte del Poder Ejecutivo, totales o parciales, que el presidente de la Nación puede efectuar a las leyes sancionadas por el Congreso, es decir, al veto ejecutivo. Considero de enorme importancia la lucidez política institucional de los convencionales constituyentes de 1853 al disponer, en el hoy art. 83, que tanto los nombres y los fundamentos de los sufragantes en el proceso de revisión legislativa del veto presidencial, como las objeciones formuladas por el Poder Ejecutivo al proyecto sancionado, “se publicarán inmediatamente por la prensa”. Las razones –o sinrazones– de un poder u otro, la tensión político institucional o político partidaria plasmada en ese proceso, debían publicarse inmediatamente para conocimiento y reflexión de los habitantes del país. En especial, los ciudadanos, el cuerpo electoral, debían enterarse acerca de las razones del veto o la insistencia del Congreso frente a las observaciones del Poder Ejecutivo. Tomar cuenta de las respectivas decisiones y evaluar, en el mediano plazo, los efectos de cada una de ellas.

En 1860, con la reforma constitucional de ese año que posibilitó la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación argentina, se añadió el art. 33 mediante el cual se consagraron los derechos y garantías implícitos que nacen del principio de soberanía popular y la forma republicana de gobierno. El alcance y el sentido de este artículo constituyeron una vía regia para el derecho a la información indispensable para el ejercicio de la *soberanía popular* y esencial en la *forma republicana de gobierno*.

En 1994, se sancionaron varios artículos que, expresamente, se refieren a este derecho. En primer lugar, se agregó una norma de carácter general, el art. 99, inc. 3 que obliga, en la atribución del Poder Ejecutivo de participar en la sanción de las leyes y promulgarlas, mandarlas a publicar.

En segundo término, se agregaron disposiciones específicas entre los Nuevos Derechos y Garantías. En el art. 41 que consagra derechos y deberes ambientales, se establece que las autoridades proveerán a la *información* y educación en esa materia. En el art. 42 de los derechos de usuarios y consumidores se consagra el de una *información* adecuada y veraz. En el art. 43, en especial en el párrafo referido al *habeas data* se establecen dos garantías de las personas, una frente a los registros o bancos de datos y, la otra, en la seguridad de que no serán afectadas las fuentes de información periodísticas.

Por fin, como ya se indicó, la Convención Americana de Derechos Humanos, que adquirió expresa jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22, incluye en el art. 13, el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo.

#### **4. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES REGIONALES Y DE LA CORTE SUPREMA TAMBIÉN SE HA OCUPADO DE ESTE DERECHO**

Seleccioné solo dos fallos muy representativos de entre la gran cantidad de sentencias que han asegurado el derecho a la información, a fin de no abrumarlos con una presentación demasiado extensa.

Formulo una aclaración preliminar referida a qué considero jurisprudencia internacional, en términos estrictos, jurisprudencia regional. Según lo interpreto, solo las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforman la jurisprudencia regional obligatoria para la República Argentina en los casos en los que el país resulta condenado, quien debe cumplir esos fallos de buena fe, siempre –como señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Fontevicchia y D’Amico”– que la sentencia se dicte dentro de la competencia del tribunal regional. Las demás decisiones que emiten los otros organismos internacionales y regionales –incluso las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana– no tienen valor vinculante absoluto pero, desde luego, el Poder Judicial del Estado parte en la Convención –cuando resuelve conflictos en el orden interno– debe *tener en cuenta* no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

Así, en principio, las resoluciones de los organismos de derechos humanos tienen valor interpretativo. Por otro lado, las sentencias de la Corte Interamericana, en las controversias en las que el Estado no es parte en el conflicto internacional, pueden utilizarse según las reglas del precedente. Deben seguirse en los casos en que los supuestos de hecho sean idénticos o similares.

Desde esta perspectiva, entonces, en el plano regional debe considerarse y *tomarse en cuenta* el caso “Claude Reyes y otro vs. Chile”, sentenciado en 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los afectados habían denunciado al Estado chileno dado que no les había brindado información sobre un proyecto de deforestación en el país, llevado adelante por una empresa privada. La Corte Interamericana condenó a Chile, declaró violado el art. 13 de la Convención y decidió que Chile debía entregar la información requerida. Asimismo, precisó que quien niega la información debe argumentar por qué no la entrega. Es decir, debe señalar qué interés público puede justificar la excepción alegada para no entregar la información. Este es un aspecto que me parece crucial y sobre el que también se ha expresado la Corte argentina en el caso “Chevron”.

Se trata de mantener un punto de equilibrio entre el deber de informar, inclusive por parte de particulares, empresas, que pueden afectar el medio ambiente con sus actividades y la eventualidad de que parte de esa información se reserve, no se haga pública. La ley nacional en la República Argentina establece expresamente la reserva de la información, en caso de que se deba preservar el secreto industrial o de las innovaciones que haya aplicado quien invierte en el proyecto.

Chile cumplió la sentencia de la Corte Interamericana, dictó la ley requerida para asegurar el derecho a la información y creó un Consejo de Transparencia. El primer presidente de ese Consejo, Jorge Jaraquemada, dio una entrevista al Diario *La Nación* de Argentina y manifestó algo curioso –pensando en Chile y pensando en toda América Latina–: “Tenemos una cultura de la opacidad, casi del secretismo” en nuestros países. Lo suscribo en un todo, es sí, lamentablemente, por lo menos en Argentina. Por otra parte, la sentencia en “Claude Reyes” es muy importante porque sienta el *principio de máxima difusión y máxima transparencia*.

En la República Argentina, en el orden interno, también hay varios fallos significativos. De entre todos ello seleccioné el caso “CIPPEC”. El fallo es de 2014. Me inquieto cuando lo releo, porque remite a la situación actual que parece reiterarse. Se trataba de una organización social que pedía informes sobre los beneficiarios, intermediarios y distribuidores de los planes sociales, la aplicación y ejecución en el presupuesto de esos planes sociales y el alcance territorial de los programas diseñados. Y el Estado se negaba a informar acerca de ello, de las responsabilidades del poder y de los beneficiarios.

Todavía se mantiene el problema. La Ministra acaba de decir que hay personas que han recibido planes y no los merecían, porque habían comprado dólares, porque tenían auto, en fin... la arbitrariedad en su máxima expresión.

En ese momento, el del caso “CIPPEC” –reparen en la fecha y recuerden al Ministro de Economía de entonces–, el Estado negó el acceso a los datos, alegando que debía proteger datos presuntamente “sensibles por el contexto”. Lo tendrán presente, tuvo una enorme difusión en los medios de comunicación. Se dijo por las autoridades que “la difusión de estos datos estigmatizaba” a los beneficiarios. La Corte Suprema rechazó esta argumentación, ordenó que se informara. Me permito leer algunos considerandos, porque parecen escritos para hoy. Han pasado casi diez años, es realmente lamentable que no se haya podido aún resolver la cuestión.

El primer voto es de Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt y Juan Carlos Maqueda. Allí se dice: “[I]ejos de estigmatizar, el control social de la eficiencia, eficacia y razonabilidad contribuye a valorar la equidad de los planes sociales para advertir la funcionalidad o la disfuncionalidad de la política si la hubiere”. Agregó, por mi parte, el acceso a la información contribuye a examinar, develar, evaluar el programa, para corregir las falencias si las hubiere.

El voto concurrente de Carmen Argibay y Enrique Petracchi todavía es mejor, si cabe. Cito: “[I]a vulnerabilidad de muchos conciudadanos es una experiencia cotidiana que lastima a quienes la sufren y a quienes son testigos de ella, todos los días... Por el contrario, haciendo accesibles los datos se facilita que las ayudas estatales lleguen a quienes tienen derecho a ellas. La transparencia –no la

opacidad– beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda”.

Este considerando merece destacarse, ubicase en una pancarta, porque, ustedes, igual que yo, en los noticieros de televisión oirán que se hace referencia al Estado – “el Estado da”, “el Estado paga”, el Estado cuida”–. No. Pagamos todos nosotros y más todavía pagan los vulnerables cuando compran un alimento que está gravado con el Impuesto al Valor Agregado. Así que, quizá, sería interesante difundir de manera amplia las expresiones del voto concurrente que he citado.

La Corte argentina ha considerado que el derecho de acceso a la información pública implica la procedencia de una verdadera “acción popular” porque cualquier habitante puede reclamarlo sin justificar interés especial alguno.

## 5. LA LEY 27.275

La jurisprudencia regional y local abrió el camino a la Ley 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, sancionada en 2016. La conocemos y, creo, la apreciamos todos, no me voy a extender en la explicación exhaustiva de sus disposiciones. Sólo quiero hacer una referencia, a propósito del ámbito en que estamos, ya que aquí somos todos abogados.

Es una ley que protege ampliamente el derecho a la información. Establece cerca de 15 principios, entre los que se encuentra el de máxima divulgación y dispone, también, las *excepciones* a la *obligación de informar*. Entre ellas, la del *secreto profesional*, nos atañe personalmente.

Seguramente tienen presentes las excepciones, en especial por el ejercicio profesional de abogar. Vale la pena, me parece, referirse a la *excepción de la excepción*. La ley establece, después de enumerar todas las excepciones, que “[I]as excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad”.

Considero que el derecho profesional de los abogados está directamente ligado con las garantías del derecho al debido proceso del derecho penal liberal. En consecuencia interpreto que, si solo se trata de evitar la comisión del delito –que podríamos discutirlo también como en la libertad de expresión– sino de sancionar el delito ya cometido, esta excepción no debe ignorar, ni vulnerar los derechos que tienen los abogados de preservar la confidencialidad y los deberes que les cabe para con sus defendidos.

## 6. CONCLUSIÓN

Existe la ley, tenemos jurisprudencia robusta, nacional y regional, y una conciencia de cuán importante es el derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, todavía hay muchas falencias que impiden que este derecho sea efectivo y eficaz.

Creo que con mencionar lo que ocurrió durante la pandemia del COVID-19 está casi todo dicho. ¿Cómo se informaba?

Diría que tenemos dificultades para el acceso a la información pública por dos órdenes de motivos. En primer lugar, el Estado, o algunos Estados locales, se mantienen reticentes a la hora de informar acerca de determinadas actividades públicas o privada de interés público. En segundo término, por la ineficacia en la organización técnica en la prestación de la información.

Esto fue notorio durante la pandemia. Emergieron las diferencias en los modos de informar, entre las provincias argentinas y el Estado Nacional y entre las diferentes provincias. Por ejemplo, los datos acerca de los enfermos y los fallecidos que llegaban tarde dadas las dificultades para recogerlos y procesarlos. No se informaba, nítidamente, acerca de cuán grave era la enfermedad, las circunstancias y efectos que se generaban. Datos que eran vitales para decretar o restringir el aislamiento social, o reanudar la actividad económica –cuya suspensión causó tantos daños– o reestablecer el servicio educativo que afectó tanto el aprendizaje como la afectividad y relaciones de niños y jóvenes.

Decía, al comienzo, que el derecho a la información pública amplía la obligación estatal de informar y potencia la libertad de expresión. La potencia en dos sentidos. La fortalece por acción del propio Estado –de los poderes del Estado–, cuando informa. Porque así debe hacerlo, en ocasiones de manera técnica. Ello puede dificultar la cabal comprensión de los datos y sus efectos por parte de la ciudadanía. En esta situación los medios de comunicación tienen un papel relevante, porque difunden en sus propios términos esa información y la abren al conocimiento y al debate público.

También por omisión, cuando el Estado se cierra sobre sí mismo, oculta, enmascara, relata ocultando los hechos, los duros hechos de la realidad. En este caso, los medios de comunicación pueden develar –y de hecho lo hacen– aquello que está oculto. Esa es una relación que me parece muy fructífera, y espero que siga realizándose en nuestro país, para que este derecho –que es instrumental– sirva para mejorar los contextos que nos agobian y que parecen retrotraer el sistema republicano a épocas a las que no quisiéramos regresar.

---

MARÍA ANGÉLICA GELLI

Es Abogada Especialista en Sociología Jurídica por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de la materia Administración y Constitución de la Maestría y Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública y de la materia República Democrática, Justicia y Nuevos Derechos Constitucionales, de la

Carrera de Especialización en Administración de Justicia, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de San Andrés; Profesora Titular de Derecho Constitucional en el Ingreso a la Carrera Diplomática del Instituto Servicio Exterior de la Nación. Académica de Número y Directora del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro del Consejo Consultivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro honorario de la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina. Fue Presidenta de la Junta Directiva del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación de Colegios de Abogados. Recibió el Premio Konex en Humanidades (2006-2010), Diploma al Mérito en Derecho Constitucional. Fue conjuer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2019. Autora de *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (La Ley, 6° ed. ampliada y actualizada, 2022), entre otras obras y publicaciones.



# EL PRINCIPIO DE “EFICIENCIA BUROCRÁTICA” EN EL RÉGIMEN NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU ANTECEDENTE BONAERENSE

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ

Docente en la Universidad Nacional de La Plata;  
Director del portal jurídico “Palabras del Derecho”  
(www.palabrasdelderecho.com.ar).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los principios en el procedimiento administrativo: una breve noción general. 3. El principio de “eficiencia burocrática”. 4. El antecedente bonaerense. 5. Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

El Congreso Nacional, a través de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases)<sup>1</sup>, incorporó relevantes modificaciones al Régimen Nacional de Procedimientos Administrativos (Decreto Ley 19.549, sancionado en 1972, durante el gobierno *de facto* de Lanusse), lo que califica con una reforma determinante para el Derecho Público argentino.

Las múltiples modificaciones introducidas justifican un estudio pormenorizado. En esta oportunidad, simplemente, daremos noticia sobre uno de los principios incorporados al procedimiento, denominado “eficiencia burocrática”, para detallar en qué consiste y reseñar –también– un antecedente cercano en el procedimiento de la provincia de Buenos Aires, territorio en el que desarrollamos nuestra tarea académica.

En tal sentido, esta breve nota apunta a poner de resalto este nuevo principio en el procedimiento administrativo federal y su similar en el ámbito bonaerense, cuya sanción lo antecedió en el tiempo<sup>2</sup>.

1 Ley 27.742, sancionada el 27 de junio de 2024, B.O. 08/07/2024.

2 Este trabajo se inscribe en el marco de una publicación en homenaje a Agustín GORDILLO (1938-2024), un verdadero referente del derecho administrativo y cuyos vastos aportes enriquecieron la ciencia jurídica argentina. Debo decir, a modo de breve relato, que sólo compartí algunas jornadas con ese distinguido profesor en el marco de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA), en la que formo parte, como también, por los generosos aportes que supo ofrecer al Foro Permanente de Jóvenes Administrativistas (FORJAD) de aquella entidad. Sin

## 2. LOS PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA BREVE NOCIÓN GENERAL

El procedimiento administrativo –enseñaba Julio R. Comadira– es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado<sup>3</sup>.

El procedimiento administrativo, para cumplir con esos altos fines, se vale de principios que constituyen las bases informadoras del ordenamiento jurídico y cumplen un papel determinante para equilibrar las relaciones entre los ciudadanos y la Administración.

La sanción del Decreto Ley 19.549 contempló desde sus albores la necesidad de dotar al procedimiento de principios que lo guíen. En tal sentido, la propia exposición de motivos del proyecto consignó: “Hemos estimado conveniente contemplar en el texto de la ley tan sólo los principios básicos a que deberán ajustarse los procedimientos administrativos en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso [...] Los principios básicos del procedimiento administrativo [...] están inspirados, fundamentalmente, en la doctrina jurídica de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la Ley 7.647 de la provincia de Buenos Aires, en las normas del debido proceso desarrolladas en el proyecto de ley de los doctores Juan Francisco Linares y Agustín Gordillo y en la ley española de julio 17 de 1958 (reformada en diciembre 2 de 1963)”<sup>4</sup>.

Los grandes principios del procedimiento administrativo –decía Agustín Gordillo– “son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional”<sup>5</sup>. Asimismo, agrega Estela Sacristán, que además de los contemplados expresamente en el Decreto Ley 19.549, existen otros que aplican y que emergen de otras normas jurídicas<sup>6</sup>.

---

embargo, sí conocí a Gordillo a través de su inmensa obra que me iluminó el camino de la formación en esta disciplina que abracé y que hoy constituye un campo central en mi vida profesional.

3 COMADIRA, Julio Rodolfo. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (anotada y comentada)*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 3.

4 Texto de la Exposición de Motivos elaborada por los doctores Adalberto E. COZZI, Héctor J. ESCOLA y Carlos A. YOUNG.

5 Agustín Gordillo, justamente, citaba y refería para el estudio de los principios generales del procedimiento administrativo y su fuerza expansiva a los trabajos de SÁENZ, Jorge A., “Principios Generales del Procedimiento Administrativo, en POZO GOWLAND, Héctor; HALPERÍN, David; AGUILAR VALDÉZ, Oscar; JUAN LIMA, Fernando y CANOSA, Armando (Dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 326-367. También ver SAMMARTINO, Patricio., “Procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDÉZ, JUAN LIMA y CANOSA (Dirs.), ya cit., pp. 609-644.

6 SACRISTÁN, Estela B., Principios generales del procedimiento, en *Documentación administrativa*, Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Madrid, España, set. 2003,

Se ha dicho, entonces, que “la trascendencia de los principios generales en el Derecho administrativo permite describir a este partiendo de una cadena conformada por los principios que se encuentran en la base del sistema jurídico, que inspiran sus normas y, a su vez, informan su contenido, con lo que permiten que se concrete la obra legislativa, en caso de lagunas”<sup>7</sup>.

A los clásicos principios que hemos conocido, usualmente divididos entre sustantivos y adjetivos, se han incorporado, a través de la reforma de la Ley de Bases, otros nuevos en el texto legal que configuran el elenco actual. Se trató, fundamentalmente, de positivizar avances del desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el régimen del procedimiento.

Se han sumado, ahora, los principios de: juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela administrativa efectiva (dentro del debido proceso adjetivo), simplificación administrativa, buena administración, gratuidad y eficiencia burocrática.

Estos nuevos lineamientos han sido añadidos al texto del Decreto Ley 19.549 y, de este modo, se ha enriquecido la nómina legal.

### **3. EL PRINCIPIO DE “EFICIENCIA BUROCRÁTICA”**

La reforma legislativa de la Ley 27.742 consagró, como se ha dicho, un conjunto de nuevos principios en el procedimiento administrativo. Nos concentraremos, ahora, en uno de ellos que se estableció en los siguientes términos: “*d*) Eficiencia burocrática: los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por la Administración centralizada o descentralizada, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos”.

Este flamante principio exime a los ciudadanos –que presten su conformidad al efecto– de adunar al procedimiento las constancias documentales que ya obren en poder de la Administración. Se trata de una importante previsión, en cuanto, representa una simplificación de las gestiones que los particulares deben hacer cuando articulan con el Estado en el marco de procedimientos administrativos en los que, como se sabe, muchas veces se ponen en juego derechos de importantísima relevancia.

Debe señalarse, también, que este nuevo principio puede verse como especificidad –ahora consagrada– del ya clásico lineamiento de “informalismo” que configura una pauta rectora en los procedimientos. Además, desde luego, de su vinculación con el principio que recae en la Administración de instruir de oficio

---

abril 2004, N° 267/268, pp. 261/278

<sup>7</sup> IVANECA, Miriam M. El principio del informalismo en el procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 155-176.

los procedimientos y orientarlos a su modo regular de conclusión, es decir, la manifestación formal de la voluntad administrativa.

Su incorporación a la letra del texto legal constituye, sin dudas, un importante avance en un tema que, no en pocas ocasiones, genera inconvenientes a los ciudadanos para acompañar a los procedimientos los documentos conducentes a los fines de obtener la pretensión que le requiere a la Administración.

#### **4. EL ANTECEDENTE BONAERENSE**

La importancia de este nuevo principio –que en el plano nacional han denominado “eficiencia burocrática”– es claro y representa un avance para simplificar las gestiones de la ciudadanía. Ahora bien, dicha consagración reconoce antecedentes en el Derecho Público de la provincia de Buenos Aires.

En ese sentido, un año antes de las modificaciones de la norma federal, la Legislatura bonaerense sancionó la Ley 15.430<sup>8</sup> que –sustancialmente– consagró la pauta de ese relevante principio. Concretamente, la norma estableció que los organismos y reparticiones públicas locales ya no podrán solicitar, a los usuarios que deban realizar trámites administrativos, la presentación de documentos que contengan datos o información que ya obra en archivos del Estado o en otros bancos de datos que posea o pueda acceder de manera electrónica o virtual.

La normativa en cuestión dispuso su aplicación a toda la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires, sus organismos centralizados, descentralizados y autárquicos y las sociedades con mayoría accionaria del Estado bonaerense. Asimismo, se invitó a los municipios que deseen adherirse a la norma.

El principal propósito de la ley, según detallaron sus fundamentos, fue eliminar los trámites innecesarios para los usuarios, ocasionados al requerir información generada por la propia administración pública o que ya haya sido presentada con anterioridad. De esa manera, y en términos de la propia ley, para el usuario se minimiza la carga administrativa –y consecuentemente los costos–, dado que se apunta a reorganizar los procedimientos internos de los distintos organismos públicos, en vez de hacer que la ciudadanía se ajuste a los procedimientos actuales.

Para ello, se fijó no sólo la obligación por parte del Estado de desarrollar servicios públicos digitales e interoperables sino también el deber de eliminar los obstáculos digitales vigentes, en pos de que las dependencias y organismos puedan compartir internamente los datos y así garantizar el efectivo cumplimiento del derecho reconocido en la referida legislación.

Por último, la ley no desatendió lo establecido por la normativa de protección de datos personales ya que las reparticiones públicas actuantes –en cada

8 Sancionada el 12 de abril de 2023. Boletín Oficial del 5 de mayo de 2023.

caso— deberán solicitar al ciudadano que manifieste su consentimiento expreso cuando la información requerida para realizar el trámite sea de carácter reservado o secreto. En cambio, para los restantes casos se presume que “la consulta u obtención de datos entre las reparticiones públicas, es autorizada por los interesados”.

## 5. REFLEXIONES FINALES

La legislación del procedimiento administrativo nacional, a cincuenta años de su emisión por medio del Decreto Ley 19.549, recibió una importante reforma a través de la Ley 27.742 denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos y motiva el examen de las novedades que se han incorporado.

Ese proceso merece diversas consideraciones. Por un lado, en sentido favorable, en tanto, ha sido sancionada por un Poder Legislativo elegido democráticamente y, si bien la modificación no es total, la principal norma que rige nuestro procedimiento, ahora, ha sido sancionada —al menos en gran proporción— por un órgano *de iure*. De otro lado, en sentido negativo, la reforma fue aprobada, en el marco de una norma que contempló muchas y diversas materias del Derecho Argentino, ello conspiró con un debate más detenido y detallado sobre las modificaciones propuestas en el proyecto oficial —luego convertido en ley— que venían establecidas por la mirada de profesionales que se desempeñaban en grandes estudios jurídicos, algunos de ellos, ahora flamantes funcionarios públicos.

De las múltiples modificaciones en procedimiento administrativo, cabe decir a nuestro juicio, que existen cambios positivos, otros complejos y, algunos, decididamente problemáticos. Su estudio, naturalmente, no fue parte de este trabajo cuya extensión tornaría imposible ese propósito.

Nos hemos concentrado, en estas líneas, dentro de un aspecto luminoso de esa reforma, como son, los nuevos principios incorporados y, concretamente, hicimos foco en uno de ellos: la eficiencia burocrática.

En esa línea, a modo de reflexión final, el contenido de este nuevo principio es un claro avance en torno a la simplificación del diálogo entre la ciudadanía y la Administración. Un camino que, constantemente, debe ser recorrido por la legislación y los operadores del procedimiento.

---

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ

Es Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, por la Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Integrante del Comité Ejecutivo

de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA). Director del portal jurídico “Palabras del Derecho” ([www.palabrasdelderecho.com.ar](http://www.palabrasdelderecho.com.ar)).

## EL CONTROL JUDICIAL EN LA LEY 27.742 DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS

LAURA MONTI

Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema  
de Justicia de la Nación.

Las reformas que la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) ha introducido a la Ley 19.549, referentes al control judicial, tienden a proteger, en mayor medida que el texto anterior, los derechos de los particulares y a restringir poderes del Estado que le acordaba ese texto y la interpretación jurisprudencial.

La ley, aunque se llame “de Procedimientos”, regula, como sabemos, aspectos de procedimiento, pero también del acto administrativo (Título III) y del control judicial contra actos, hechos y omisiones del Estado (Título IV). Este último título regula también el procedimiento, pues, establece cómo se agota la vía administrativa para acceder a la judicial, y, en cuanto al proceso en sí mismo, instaura los plazos para iniciar demanda o recurso directo en los casos en que interviene el Estado *lato sensu*. También se recrean debates y discusiones que se generaron hace más de 40 años y que vuelven por sus fueros, como la naturaleza de ciertos actos y contratos de las empresas y sociedades con participación estatal, como así también, los plazos de caducidad con inicio “especial” para contratistas del Estado.

Seguidamente, comentaré algunas normas que, si bien no figuran en el Título IV de la Ley 19.549, inciden sobre los aludidos procesos. En efecto:

En el Título I, el ámbito de aplicación (art. 1°), determina que: *a)* Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a: *(i)* La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales (similar a la redacción anterior); y agrega *(ii)* Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.

Esta última disposición evitará disquisiciones interpretativas sobre la actuación administrativa de estos poderes, aunque generará otras, como aquellas en las

que exista una contraposición con lo que esos poderes hayan regulado o regulen en aplicación de sus competencias constitucionales (al estilo de los reglamentos autónomos).

La Ley 19.549, con las modificaciones de la Ley de Bases, en el inc. *b*), dice que también se aplicarán, en forma supletoria, los Títulos I, II y III a: (*i*) 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; también en este caso se brinda la herramienta legal para enjuiciar esos actos.

En el inc. *c*), se señala que la 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 inciso *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.

Las normas o doctrinas que sostenían este sometimiento completo de estas entidades al derecho privado fueron dictadas y evaluadas hace unos 40 años. Al mismo tiempo, ante la realidad de los hechos y la forma en que se comportaban algunos de esos entes, principiando por las normas con potestades cuasiestatales, que establecían en sus reglamentos de contrataciones, se generó una jurisprudencia que, al resolver cuestiones de competencia, asignó el conocimiento de las causas en que eran parte al fuero especializado contencioso administrativo federal. Luego, esa idea se fue expandiendo a otros ámbitos de fondo. Como se ve, la fuerza normativa de los hechos conlleva la adecuación de lo que dicen las normas. Veremos si se repite la historia con las interpretaciones de esta norma que se vayan sucediendo.

En el art. 1° *bis* de la Ley 19.549, en su redacción actual, se establecen varios principios fundamentales del procedimiento administrativo, cuya configuración habrá que evaluar cuando se trate de controlar judicialmente la actividad e inactividad estatales.

En particular, han sido objeto de tratamiento jurisprudencial, la buena fe y la tutela administrativa efectiva.

Esta última se divide en cuatro componentes, tres de los cuales replican prácticamente los que en el texto anterior se determinaban como debido proceso

adjetivo. La calificación de esta garantía como tutela administrativa efectiva parte de los tratados que cuentan con jerarquía constitucional, como lo ha expresado la CSJN en la causa “Astorga Bracht”, 2004, Fallos: 327:4185<sup>1</sup>.

En cuanto al primero, el derecho a ser oído se regula lo atinente a la exigencia legal de audiencia pública, y se determina que “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”. Habrá que evaluar, en caso de “sustitución”, si esta es constitucionalmente válida, porque se estaría modificando una ley.

Se agrega que 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. Esto último cobra relevancia en cuanto a la motivación de aquéllos y su control judicial.

El art. 8° *bis*, dispone que: “[e]n los casos en los que la ley exija la participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos, deberá realizarse un 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. La autoridad regulatoria deberá considerar fundadamente las opiniones vertidas en la consulta pública. También podrá optar por la celebración de una audiencia pública no vinculante, cuando así lo ameriten las circunstancias del caso justificando la decisión en razones de economía, sencillez y celeridad”.

En la jurisprudencia, la ausencia de procedimiento de consulta previa ha determinado la anulación de actos estatales, en particular, en materia tarifaria y ambiental<sup>2</sup>.

El derecho a una decisión fundada, es decir, a la motivación adecuada del acto, abre la puerta al control judicial de la inexistencia o grave vicio en este elemento, que no ha sido incorporado como tal en el art. 14.

Se incorpora el derecho a un plazo razonable para todos los procedimientos administrativos. Ello puede encontrar su fuente jurisprudencial en el caso “Losicer”, 2012, Fallos 335:1126, fallado por la CSJN en relación con la potestad sancionatoria estatal. Habrá que ser muy prudente al determinar judicialmente si se venció ese plazo, en especial cuando se trata de decisiones tan drásticas como

1 “Astorga Bracht Sergio y otro c/ COMFER – Dto.TO. 310/98 s/ Amparo Ley 16.986”, Fallos: 327:4185 (14/10/2004).

2 CSJN “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad” 2016, Fallos 339:1077, “Mamani, Agustín Pío”, 2017, Fallos 340:1193.

la extinción de esa potestad sancionatoria, con un punteo adecuado del expediente y criterios extremos de razonabilidad en la apreciación del trámite, para no generar, además, desigualdad entre los litigantes según cuál sea el tribunal que les toque en suerte.

En cuanto a la “denuncia de ilegitimidad”, se la regula de modo similar al texto anterior, pero se establece, por ejemplo, que para que sea desestimada de plano por haber excedido razones temporales, estas en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto, de modo que se entienda que medió abandono voluntario del derecho.

Continúa en aplicación, por lo tanto, la jurisprudencia de la CSJN en la causa “Gorordo”, 1999, Fallos 322:73, en cuanto a que la resolución de fondo de la denuncia no reabre la vía administrativa o judicial, pues el acto ya se encontraba firme al momento de interponerla.

Se determina 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 (aquí, al no hablarse de que la deducción incorrecta sea hecha por error excusable, se abre la posibilidad eventual del *fórum shopping*). Igual efecto producirá la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente (de nuevo no se habla del error excusable).

Con esta norma, se concluye la controversia que generaba el texto anterior en cuanto al efecto sobre los plazos de las actuaciones administrativas (que sean regladas, agregado, no cualquier actuación administrativa). Y también hay que tener en cuenta que la interrupción solo se producirá respecto de la pretensión esgrimida en el reclamo o recurso, y no de otra u otras que se agreguen en la vía administrativa o judicial.

En el Título III de la actual Ley 19.549 –el cual regula materia de fondo sobre acto administrativo, como acto jurídico de Derecho Público–, se establecen los requisitos esenciales del acto administrativo.

Entre ellos, en el art. 7º (requisitos del acto administrativo) se hace referencia nuevamente al respeto del principio de tutela administrativa efectiva, al establecerse que 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; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados.

Y en el inc. *e*), lo referente al derecho a una decisión fundada (integrante del principio de tutela administrativa efectiva, pues el acto deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso *b*) del presente artículo (causa).

En cuanto a las vías de hecho, en el art. 9º, inc. *a*), se establece que la Administración se abstendrá de llevar a cabo comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de derechos o intereses jurídicamente tutelados. Se replica aquí el texto anterior y, en cuanto al control judicial, se advierte que el objeto de la eventual demanda será similar al que puede tener un amparo. La ventaja de atacarlo como vía de hecho es que no hay plazo para interponer la demanda y en que el recurso de apelación (su concesión) no tendrá efecto suspensivo.

Asimismo, en el inc. *d*), la norma dispone que se considera vía de hecho imponer por sí medidas que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa, tales como embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares. Aquí hay un límite, ya creado por doctrina y jurisprudencia a partir de la interpretación de la ley, que la CSJN recogió, por ejemplo, en la causa “Administración Federal de Ingresos Públicos” 2010, Fallos 333:935.

En cuanto a la demanda o contrademanda de nulidad de sus propios actos (llamada “de lesividad”), el art. 17 restringe la potestad revocatoria de la Administración, con lo cual ésta deberá iniciar demanda para que se anule el acto administrativo de beneficio, salvo que haya existido dolo del particular. El dolo podrá ser por acción u omisión, y habrá que evaluarlo con establecidas pautas jurisprudenciales acerca de la mayor diligencia que debe exigirse a ciertas personas que se relacionan especialmente con el Estado (por ejemplo, contratistas recurrentes del Estado, con experticia bastante en las reglas de las contrataciones públicas). A la vez, si es necesario iniciar acción de lesividad, se prohíbe a la Administración suspender, mientras dura el juicio, la ejecución del acto, con lo cual deberá solicitar esto al tribunal por las vías que establece la Ley 26.854.

En cuanto a los plazos de prescripción para que el Estado solicite la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo se establece en diez (10) años en caso de nulidad absoluta y dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto (art. 22). Estos plazos se aplican a sede judicial y establecen un límite temporal que puede ser contrario al interés público cuando se detecta un acto irregular de beneficio pasado aquel. El no poder solicitar la anulación del acto, ¿conllevará, por ejemplo, que no se pueda reclamar al particular lo que recibió por aplicación de ese acto, u obligará a que siga recibiendo beneficios ilegítimos porque el acto ya está firme?

En el Título IV, de la Ley 19.549, en su redacción actual, se mantienen las vías administrativas impugnatoria de actos particulares y generales (arts. 23 y 24) y reclamatorias contra hechos y omisiones.

Se amplía la legitimación activa a “derechos o sus intereses jurídicamente tutelados” (art. 23).

Se establecen varias excepciones a la obligatoriedad de agotamiento de la vía administrativa, lo cual deberá ser evaluado prudentemente por los litigantes, a fin de que, por recurrir a estas vías –por ejemplo, el amparo–, no pierdan plazos de caducidad administrativos o judiciales –por ejemplo, si se declara inadmisibles el amparo– (art. 23).

En cuanto a los plazos para demandar al Estado –término de inicio especial y diferenciado para 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 art. 1°—, se establece 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.

Con ello, se establece un régimen que podría ser afectante de la igualdad con las demás personas y crear, eventualmente, un pasivo contingente para el Estado y, por lo tanto, las generaciones futuras.

En el art. 24, referente a la impugnación de actos generales, también se amplía la legitimación activa a derechos o intereses jurídicamente tutelados, excepciones a la obligatoriedad del reclamo impropio en la impugnación directa y se aclara lo relativo a la relación entre esa impugnación y la de los actos de aplicación.

En el art. 25 –plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación por vía de acción o recurso–, se amplía el plazo de caducidad judicial a (180) días hábiles judiciales, se establece que no habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. Se agrega que la falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción –en caso de acción del Estado o de particulares, lo cual conducirá a evaluar la aplicación o no del art. 22, y se establece que el plazo de interposición de recursos directos no podrá ser inferior a 30 días en ningún caso (art. 25 *bis*).

En esa norma también se determina que 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 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.

Se suprime, para todos los casos, la exigencia como requisito de admisibilidad del recurso judicial, de pago previo cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria.

Asimismo, en el art. 26 se determina que 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. La verdad es que ninguna acción judicial “correr”, la acción se ejerce o no. Lo que “corre” son los plazos: para la declaración de nulidad del acto administrativo, los de caducidad, y para los daños y perjuicios, los de prescripción. No se ha establecido que la acción de nulidad del acto tenga algún efecto sobre el plazo de prescripción, razón por la cual esta norma (2º párrafo) podría considerarse inconstitucional, al impedirle al particular litigar por daños hasta que obtenga una sentencia declarativa firme de nulidad del acto que habría originado el perjuicio.

Por lo demás, en el art. 27 se establece, para el Estado, los plazos de prescripción para demandar, los que pueden tener los inconvenientes que se señalaron al comentar el art. 22.

En los arts. 30 a 32 se regula la otra vía, la del reclamo administrativo previo frente a hechos y omisiones, se regula adecuadamente el procedimiento y los efectos del silencio<sup>3</sup>, se establece la posibilidad de recurrir el acto denegatorio en sede administrativa, y el plazo de caducidad para la demanda. También se incluyen como excepciones a su obligatoriedad (art. 32), el reclamo de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual, y se reinstala la situación de que mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.

Finalmente, la acción judicial de amparo por mora de la Administración, prevista en los arts. 28 y 29 de la ley, se regula en forma similar al texto anterior, pero agrega un procedimiento similar al establecido por la CSJN en la causa “Pietranera”, 1996, Fallos 265:291, pero que cuenta con una disposición inquietante, pues el juez, si hubiere vencido el plazo fijado al Estado para pronunciarse

3 En el sentido del fallo “Biosystems SA c/ Estado Nacional Ministerio de Salud Hospital Posadas s/ contrato administrativo”, 2014, Fallos 346:921 de la CSJN.

o si considerare irrazonable la demora, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que en el plazo de cinco (5) días hábiles judiciales informe las causas de la demora aducida y el plazo dentro del cual expedirá la medida solicitada. Del informe de dicha autoridad se correrá traslado al peticionante por otros cinco (5) días hábiles judiciales. Contestado el traslado o vencido el plazo antedicho que corresponda, según el caso, sin que la autoridad o el peticionante se hayan pronunciado, el juez aceptará el plazo informado por la autoridad administrativa si lo considera razonable en atención a la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes y a la demora ya incurrida, *o, de no haberse informado tal plazo o considerarlo irrazonable, fijará el plazo dentro del cual deberá expedirse la autoridad requerida pudiendo agregar, en todos los casos, el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante de no respetarse el nuevo plazo aceptado o fijado* (el resaltado no figura en el original). Es decir que, a discreción del juez, podrá darse por bueno, en una especie de silencio positivo general, mucho más amplio con el que se innova en el art. 10, lo que pidió el particular en sede administrativa, sin importar, por ejemplo, si este tiene o no razón.

---

LAURA MONTI

Es Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y en Derecho y Economía por la Universidad Torcuato di Tella. Cursó el Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de León (España). Personalidad Destacada en el ámbito de las Ciencias Jurídicas (Declaración 436/2024 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## LA LEY DE BASES Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

MARIO REJTMAN FARAH

Profesor consulto, Universidad de Buenos Aires; Director  
del Doctorado en Economía y de la Maestría en Gerencia  
Pública, Universidad Nacional de la Patagonia.

SUMARIO: 1. A modo de balance. 2. Un Derecho Administrativo ausente. 3. Algunas cuestiones puntuales de la reforma –o las previsiones que no se reformaron– respecto al procedimiento administrativo. 3.1. Las audiencias públicas. 3.2. El ámbito de aplicación de la ley. 3.3. Los principios del procedimiento administrativo recogidos por el capítulo III de la Ley 27.742. 4. Avances. 5. El mantenimiento del *statu quo*. 5.1. La vista en materia recursiva. 5.2. El carácter no suspensivo de la ejecutoriedad del acto frente a la interposición de un recurso administrativo. 5.3. El reclamo administrativo previo. El agotamiento de la vía administrativa. 6. El porqué de nuestras críticas.

### **I. A MODO DE BALANCE**

La Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho nos invita a reflexionar sobre las recientes modificaciones introducidas por la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, conocida como Ley de Bases<sup>1</sup>. Agradezco en la persona del Dr. Enrique Alonso Regueira tal excelente iniciativa y la oportunidad de participar en esta obra. La Asociación de Docentes constituye un privilegiado foro para analizar este tema por la pluralidad de pensamientos que caracteriza a esta Universidad, por el nivel de excelencia de sus cuadros docentes y por la libertad de ideas que en ella circula.

Me focalizaré en ciertas reformas introducidas por el Cap. III de la Ley 27.742 a la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (indistintamente LNPA). Estas, sumado al mantenimiento de otras regulaciones preexistentes en dicha ley, no constituyen un progreso en lo que se refiere a dicha materia. Fue una oportunidad perdida si pensamos en la necesidad, no satisfecha, de

1 En la tradición jurídica argentina no existía el mecanismo, ahora utilizado por esta ley, de reformar, modificar, sustituir o derogar diversas leyes a través de una sola norma. Con excepción de puntuales modificaciones incluidas habitualmente a través de la Ley de Presupuesto.

introducir reformas estructurales que impulsen cambios sistémicos en el sistema procedimental.

Compartiré aquí las razones que justifican tal afirmación pues, más allá de algunos aspectos positivos que introduce en esta materia la nueva ley, el balance final de dicha norma es, conforme mi criterio, negativo. Las críticas que me despiertan algunas de sus previsiones son mayores que algunos avances que traslucen los cambios introducidos. Los que también mencionaré.

El procedimiento administrativo en una verdadera garantía de tutelas administrativas y judiciales efectivas. La Ley de Bases no contribuye, a mi juicio, a tal propósito. No debemos perder de vista que la posibilidad de encontrar tutela judicial se juega mucho antes de llegar a los tribunales.

## 2. UN DERECHO ADMINISTRATIVO AUSENTE

Alguna vez me ocupé de poner de relieve la existencia de un Derecho Administrativo en retirada<sup>2</sup>. En otras ocasiones me referí al desencuentro entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) y el actuar administrativo<sup>3</sup>. Se menciona también al fenómeno de la huida del Derecho Administrativo.

En esta oportunidad, a dichas calificaciones agregaría una más: la debilidad que en ocasiones presenta nuestra disciplina para resguardar los derechos de las personas frente a la obligación de promover la tutela administrativa y judicial de los particulares y evitar la asincronía entre el Derecho escrito y el Derecho practicado. También en lo que se refiere a la protección de aquellos en situaciones de vulnerabilidad<sup>4</sup>.

Me referiré solo a algunos aspectos del Capítulo III de la Ley 27.742 en relación al procedimiento administrativo regulados por la Ley 19.549, así como a otros no modificados sustancialmente, los que, a mi juicio, no impulsan ni contribuyen a hacer efectivo aquellos derechos. Esto a pesar de que la ley incorpora expresamente como un principio esencial del procedimiento el de la tutela administrativa efectiva ampliando, asimismo, esta garantía a los derechos o intereses jurídicamente tutelados.

2 Ver así entre otros trabajos, Mario REJTMAN FARAH, *¿Un derecho administrativo en retirada?* Estudios de Derecho Público, p. 251-269, Vol. 464

3 Mario REJTMAN FARAH, *Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas*, publicado originariamente en *Suplemento Derecho Administrativo*, LL 2010. Luego reproducido en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, Tomo 7, Capítulo XXVII, pp. 485 y ss.

4 Ampliar en Mario REJTMAN FARAH, *Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social*, *Revista de Derecho Administrativo*, Juan C. CASSAGNE, Director, Abeledo - Perrot, marzo - abril 2022.

### **3. ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES DE LA REFORMA –O LAS PREVISIONES QUE NO SE REFORMARON– RESPECTO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Veamos ciertas cuestiones derivadas de la Ley 27.742 y otras que ella mantuvo, ya previstas en la Ley 19.549.

Opto por seleccionar un conjunto de ellas que, entre otras y a mi criterio, no satisfacen los derechos de los particulares cuyos derechos o intereses deben estar jurídicamente tutelados. Dada la naturaleza de este trabajo, lejos estoy de agotar el tratamiento del tema.

#### *3.1. Las audiencias públicas*

Incluyo en este breve análisis a este procedimiento administrativo previo al dictado de actos de alcance general o de algunos de particular relevancia.

Una de las previsiones de la Ley 27.742, Cap. III, que traduce a mi criterio un retroceso, es exigir la celebración de una audiencia pública previa solo cuando una norma de rango legal la imponga como obligatoria<sup>5</sup>.

A esta limitación –esto es, que dicho procedimiento debe venir exigido por una norma de rango legal– se le suma otra: la posibilidad discrecional que confiere la ley a la Administración de sustituir su celebración por una consulta pública u otro procedimiento similar.

La consulta pública no puede asimilarse ni reemplaza a una audiencia pública en la que existe debate, posibilidades de refutaciones, réplicas, intercambio entre los asistentes, etc.

Prever la celebración de una audiencia pública solo cuando lo exija una norma de rango legal traduce, además, una lesión a la tutela administrativa efectiva, en particular al derecho de los potencialmente afectados por un acto administrativo de alcance general o por algunos de particular relevancia. Se los priva del derecho a ser oídos en forma efectiva y adecuada atentando ello contra el principio de buen gobierno.

5 Conforme art. 25 del Cap. III de la ley que incorpora a la Ley 19.549, el art. 1 bs, apartado a) punto i: ... “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...”.

No puede ser potestativo oír previamente a los potenciales afectados a través de una audiencia pública y reemplazar a este procedimiento por otro mecanismo consultivo<sup>6</sup>.

Es innegable el extraordinario desarrollo que ha tenido la potestad reglamentaria de la Administración Pública, lo que ha provocado un laberíntico sistema de disposiciones, con frecuencia de difícil acceso, que lejos está de promover la seguridad jurídica. Bien se ha dicho que este fenómeno constituye una paradoja si se tiene en cuenta que la seguridad es uno de los postulados básicos de cualquier sistema normativo.

Calificada doctrina se ha referido con insistencia al riesgoso crecimiento expansivo de la potestad normativa de la Administración Pública, incluso a alguna conferida a órganos de segundo grado<sup>7</sup>.

La celebración del procedimiento previo de audiencia pública fortalece los combatir lo que se ha dado en llamar *la captura regulatoria* por parte de sectores que pueden llegar a presionar para proteger sus intereses. Cuestión que, a veces, a pocos preocupa.

Por otra parte, y tal como en una oportunidad ya lo he mencionado, la audiencia pública es un procedimiento de diálogo, debate y deliberación para que la Administración someta un proyecto al debate público de los interesados... No se trata de que aquellos emitan opiniones aisladas sino que puedan, en una misma oportunidad, dialogar o replicar las demás posiciones expuestas por otras partes, refutarlas o ratificarlas, arrimar pruebas y expresarse sobre las argumentaciones desarrolladas<sup>8</sup>.

Reconozco que el Cap. III de la Ley 27.742, con muy buen criterio, incorpora como un deber de la Administración Pública considerar las principales cuestiones planteadas en la audiencia antes de adoptar una decisión, como parte de los antecedentes de hecho, del futuro acto administrativo. De todos modos, si

6 Conforme lo garantizan el art. 18 de la Constitución Nacional y el 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Principio además recogido por el art. 1º de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, el que no distingue, a los efectos de su obligatorio cumplimiento, entre los actos particulares y los generales, garantizando el derecho de los interesados al proceso adjetivo.

7 Como afirma Agustín GORDILLO, ... el reglamento es a la vez la más extendida y la más problemática de las fuentes del derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia sempiterna de la administración a fijar continuamente, sin demasiado estudio ni reflexión, normas generales propias para todo lo que hace. La palabra "reglamentarista" del lenguaje común es sinónimo de previsión detallada y cuasi absurda. Ver Tratado...ya cit. Tomo II, Cap. X, p. VII y ss.

8 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *El Procedimiento de Audiencias Públicas*, en *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos Especiales*, Tomo IV, Cap. X, Buenos Aires, La Ley, 2012, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Directores).

ello no fuera así se vulneraría el art. 7° de la propia ley en lo referido a la causa y motivación del proyecto sometido a tal procedimiento.

### 3.2. *El ámbito de aplicación de la ley*

Quedan fuera del alcance del Cap. III de la ley 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, las empresas y sociedades del Estado Nacional y sus entidades financieras o bancarias, que se prevé sean regidas en esta materia en sus relaciones con terceros por el Derecho Privado. No comparto tal exclusión. Al menos en lo vinculado a los principios generales.

Desde la perspectiva de calificados autores, en el Derecho Administrativo argentino las sociedades anónimas cuyo capital pertenece en un 100% al Estado son entes descentralizados de la Administración Pública, más allá del régimen normativo que les sea aplicable o de la forma o el ropaje externo que ellas asuman. Su calidad estatal en consecuencia determina la necesaria e imperativa aplicación de normas y/o como en este caso principios de Derecho Público administrativo, que rigen en materia de procedimiento administrativo<sup>9</sup>.

Calificada doctrina ha concluido que, como en apariencia la regulación de estas empresas es privada, es razonable que se las consideren sociedades comerciales comunes y ajenas a la Administración Pública. No obstante, esto es más aparente que real, en la medida en que, si leemos detenidamente el régimen jurídico que para estas formas societarias ha sido establecido, veremos que bajo un sistema aparentemente privado subyace en gran medida un interés público. Por eso la misma doctrina expresó que estos sujetos no están relevados del cumplimiento de los principios jurídicos elementales, que atañen al sector público<sup>10</sup>.

Así una sociedad anónima cuyo paquete accionario pertenece al Estado en un 100%, ejerce una actividad por parte de este, aun cuando no cumpla una función propiamente estatal. De ello, en forma inevitable se desprende que los principios generales aplicables al Derecho Administrativo en general y al

9 Ver entre otros Luis Eduardo REY VÁZQUEZ en La organización administrativa descentralizada: El caso de las empresas y sociedades estatales, [core.ac.uk/reader/61910000](http://core.ac.uk/reader/61910000)

10 Ver Alberto B. BIANCHI, Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa, *Revista ED*, 129-266 quien sostiene que “el límite de la Administración Pública, [...] lo constituyen las Sociedades del Estado, ya que representan el último grado de la descentralización administrativa posible”. Considera así que como en apariencia la regulación de estas empresas es privada, es razonable que existan inclinaciones doctrinarias que las consideren sociedades comerciales comunes y ajenas a la Administración Pública. Lo que el citado autor no comparte.

procedimiento administrativo en particular no les pueden ser ajenos. Sea en forma directa, subsidiaria, supletoria o analógica.

A la cuestión de si las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, pertenecen o no a la Administración Pública se ha opinado que “[...*sin duda alguna las susodichas sociedades integran los cuadros de la administración...*] pues estos sujetos no están relevados del cumplimiento de los principios jurídicos elementales, que atañen al sector público”<sup>11</sup>.

Coincidió con este criterio la CSJN en la causa “La Buenos Aires Cía. de Seguros”<sup>12</sup>. Se resolvió allí que “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública nacional, provincial y municipal en los casos en que resulta autónoma). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal”.

En dicha causa, el dictamen del Procurador General de la Nación, que la CSJN hizo suyo, señaló que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y con mayor razón ello aplica a las sociedades anónimas cuyo capital accionario está en un 100% en manos del Estado, están regidas por un ordenamiento jurídico complejo presidido por disposiciones de derecho privado, en lo que hace al objeto específico de actuación, pero influido por normas de derecho público derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad.

Concluyó el dictamen del Procurador General que el Tribunal Federal hizo suyo, que “la empresa demandada ha sido constituida como una sociedad anónima, en la que los entes estatales tienen la mayoría accionaria y decisoria, creada bajo el régimen jurídico previsto en la Ley de Sociedades 19.550, Sección VI. Con esta sola mención, podría concluirse que el sistema normativo que le resulta aplicable es de naturaleza privada, [...] no obstante, la regulación jurídica aplicable a este tipo de empresas ha ido nutriéndose en el tiempo con otras normas que reflejan un panorama complejo, pone en crisis la primera afirmación. Así, la Ley 19.549, que establece las normas básicas a que deben sujetarse los procedimientos administrativos, fija su ámbito de aplicación en la Administración Pública Nacional, aclarando que se trata tanto de la centralizada como de la descentralizada”. Concluyó así que: “El concepto de descentralización [...] es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización. [...] no cabe excluir a

11 Ver cita anterior.

12 CSJN, Fallos 350-311

empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del Estado”.

### 3.3. *Los principios del procedimiento administrativo recogidos por el Capítulo III de la Ley 27.742*

Se consagran en la ley diversos principios vinculados al procedimiento administrativo. Así, prevé que este se rige por los de la tutela administrativa efectiva, la confianza legítima, la buena fe, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la transparencia, la simplificación administrativa y la buena administración.

Debo reconocer que es bienvenida esta consagración legal como pautas directrices a cuyo amparo debe desarrollarse el procedimiento administrativo.

No obstante, aun considerando su entidad, se producen frecuentemente violaciones al momento de su aplicación, tal como en numerosos casos lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Confío no suceda ello al momento en que los jueces deban dirimir conflictos en esta materia en los que aquellos se vean vulnerados.

Celebro la apelación e incorporación del principio de juridicidad, el que muestra una perspectiva más amplia que el de legalidad, pues a diferencia de este, centrado en la obligatoriedad de cumplir con lo que dispone la ley, el primero busca dar un sentido interpretativo más amplio no limitándose solo a la ley formal, sino a principios jurídicos, estén ellos positivizados o no.

La ley hace explícito lo que doctrina y jurisprudencia ya habían previsto desde hace tiempo. Lo que deriva, entre otras facetas, que prime en el procedimiento administrativo el principio de la verdad material, que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones que tienden también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

La ley introduce también como principio el de proporcionalidad, el que de todos modos no es sino uno de los modos en que se traduce el de razonabilidad. La exigencia que es imprescindible su estricto acatamiento venía ya recogida por toda nuestra jurisprudencia. Incluso para la doctrina dominante, razonabilidad y proporcionalidad son sinónimos, aunque habitualmente se haga referencia al principio de razonabilidad, pero como sinónimo del de proporcionalidad. De hecho, el principio estaba ya receptado en el art. 7º, inc. f, de la anterior LNPA.

En cuanto al principio de tutela administrativa efectiva, este no es más que la garantía del debido proceso adjetivo que contenía el texto original de la LNPA. Lo que no impidió la existencia de frecuentes violaciones a aquel.

Es de destacar asimismo (como faceta de la tutela administrativa efectiva) la recepción a nivel legislativo el principio del plazo razonable, sentado por la

Corte Suprema en el caso “Losicer”<sup>13</sup>. Aun cuando no alcanzo a avizorar qué consecuencias jurídicas tendrá la violación a tal principio.

El principio de transparencia en todo el actuar administrativo también había sido incorporado a nuestra legislación nacional antes de esta ley. En materia de procedimiento administrativo se lo vincula también al de publicidad. Me referí a este principio aplicado al procedimiento en un trabajo anterior de hace casi 20 años<sup>14</sup>. La existencia de tal principio no ha servido para disuadir o impedir la existencia de actos violatorios de aquel.

Entre otros precedentes, puede verse que en el caso “Astorga Bracht”<sup>15</sup>, la CSJN lo vinculó a la publicidad y vista de los expedientes, del que se deriva exigencia de que los procedimientos administrativos sean públicos, teniendo, consecuentemente, carácter restrictivo el secreto del expediente. Ya habíamos señalado en sentido concordante, que la publicidad y transparencia en el marco del procedimiento administrativo suponen el leal conocimiento e información ya que sin publicidad no hay transparencia<sup>16</sup>. El principio fue también recogido por la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>17</sup> y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>18</sup>. De modo que, aunque ya era un principio recogido legalmente, lo que abunda no daña.

El principio de simplificación también tuvo recepción en nuestro ordenamiento administrativo a través del Decreto 891/17 y el Decreto 894/2017 promoviendo buenas prácticas en la materia. Darle jerarquía de ley no es para nada criticable. Solo me pregunto si ello será suficiente al momento de su aplicación. Una sociedad no se cambia por una norma. La Administración Pública tampoco. No pretendo ser escéptico. Solo advertir sobre estas cuestiones.

La ley incorpora también otros principios como el de buena fe, la confianza legítima, la tutela administrativa efectiva y la buena administración.

Soy un tanto escéptico acerca de la eficacia que tendrá esta mención a diversos principios generales para mejorar la protección de los particulares. Veremos qué resuelve la justicia con el paso del tiempo

Nuestra Justicia se ocupó de aplicarlos como principios generales sin necesidad de la consagración en la ley. Confiemos que la conducta de la Administración se regirá por ellos al momento de aplicarlos a cada caso concreto, para que no

13 CSJN, Fallos 247:121

14 Ver REJTMAN FARAH, Mario, El principio de transparencia en el procedimiento administrativo, en *Procedimiento y proceso administrativo*, Juan C. CASSAGNE (Director) Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 79-101.

15 CSJN, Fallos 327-4185

16 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Cap. VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

17 Ley 24.759

18 Ley 26.097

se conviertan en letra muerta o en mero derecho proclamado. De todos modos, y en cualquier caso los jueces tendrán, frente a la violación de alguno de ellos, una herramienta de jerarquía legal.

#### 4. AVANCES

Existen, tal como fuera mencionado, avances diversos en ciertas normas vinculadas al procedimiento administrativo.

Así, por ejemplo, la importante previsión que, con buen criterio, admite la promoción de la demanda en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración y algunas otras soluciones vinculadas a esta institución y al silencio positivo.

También es un fundamental progreso el abandono de una categoría ajena totalmente a nuestro sistema como lo era la distinción entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. La ley, con excelente criterio, se refiere ahora a derechos o intereses jurídicamente tutelados. Un significativo avance considerando las consecuencias que de ello se derivan.

No puedo dejar de celebrar la importante previsión que, con buen criterio, admite la promoción de la demanda en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración y algunas otras soluciones vinculadas a esta institución y al silencio positivo.

También es un fundamental y positivo cambio, el abandono de una categoría ajena a nuestro sistema como lo es la distinción entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. La ley, con excelente criterio, se refiere ahora a derechos o intereses jurídicamente tutelados. Un significativo progreso considerando las consecuencias que de ello se deriva.

Otro adelanto, aunque a mi criterio insuficiente, es la previsión respecto a la impugnación de actos contractuales. Entendí oportunamente<sup>19</sup>, junto con parte de nuestra doctrina, que los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato podían ser impugnados judicialmente después de la extinción del contrato. La ley prevé la posibilidad de hacerlo hasta 180 días después de dicha extinción, pero si hubieran sido cuestionados previamente en forma expresa en sede administrativa dentro de los 30 días de su notificación.

Por un lado, es posible que cualquiera de los actos dictados durante la ejecución contractual produzcan, en sí mismos, agravios al contratista. Nada obsta en consecuencia a que éste los impugne inmediatamente después de ser notificado de ellos, incluso llegando a la impugnación judicial.

19 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000

Pero conforme lo afirmara la CSJN en la causa “Mevopal”<sup>20</sup>, los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato administrativo no pueden considerarse, en principio en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden 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.

De conformidad con ello, el acto administrativo dictado en relación con un contrato administrativo se encontraría prácticamente integrado a este. La CSJN señaló 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.

Es lo que ahora exige la ley, aun cuando admite la posibilidad de hacerlo hasta 180 días después de la extinción del contrato, pero solo si hubieran sido cuestionados previamente en forma expresa en sede administrativa dentro de los 30 días de su notificación.

A través del caso “Gypobras S.A.”<sup>21</sup>, la Corte dejó 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 “Petracca”<sup>22</sup>.

A nuestro criterio, en el marco de la actual ley, un contratista se encontraría obligado a cuestionar (no queda en modo alguno claro a qué se refiere la ley con el término *cuestionar*) en sede administrativa cada uno de los actos administrativos contractuales mediante la interposición de los recursos que marca la ley. Aunque permite también la impugnación judicial de ellos con posterioridad a la finalización del contrato pues la obligación de cuestionar o impugnar en sede administrativa cada acto provocaría, en palabras de la CSJN aunque referidas a la acción judicial, un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato.

Resulta también un avance que la ley establezca plazos de prescripción para demandar la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance particular. Este plazo es de diez años en caso de nulidad absoluta y de dos en caso de nulidad relativa, desde la notificación del acto.

Respecto a las legitimaciones activas para interponer una acción judicial la ley plantea una ampliación que, como fuera dicho, es de celebrar y por la que

20 CSJN, Fallos, 307: 2216

21 CSJN, Fallos, 318: 4411. Ampliar en Mario REJTMAN FARAH, *Máximos precedentes: derecho administrativo: Corte Suprema de Justicia de la Nación* Tomo II. pp. 775-793, Juan C. CASSAGNE (Director).

22 CNFed. CA, en pleno, 24/IV/1986, “Petracca e hijos SA c/ Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial ‘78”, ED, 118: 391.

muchos veníamos bregando desde hace tiempo<sup>23</sup>. Incorpora en diversas previsiones el concepto de *derechos o intereses jurídicamente tutelados*. Esto constituye sin duda un importantísimo avance en lo relacionado a la ampliación de las legitimaciones para acudir a la Justicia. También el Decreto Reglamentario 713/2024 recoge esta ampliación, al contemplar respecto al trámite administrativo, que este puede iniciarse a petición de cualquier persona humana o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o un interés jurídicamente tutelado, quienes serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo.

Otro avance es la ampliación de plazos que contempla la ley tanto para interponer un recurso administrativo como para promover el control judicial. Se prevé así que el plazo mínimo para presentar recursos que agotan la vía administrativa (en la actualidad, el recurso jerárquico) no podrá ser inferior a 30 días contados desde la notificación válida del acto que se impugna.

Asimismo, se amplía el plazo de caducidad para interponer la demanda judicial elevándose aquel a 180 días hábiles judiciales que comienzan a computarse a partir de la denegatoria expresa del recurso o reclamo que agote la vía administrativa. Con lo que elimina la previsión conforme la cual se contemplaba que, si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podría exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podía requerir pronto despacho y si transcurrieren otros 30 días sin producirse dicha resolución, se consideraba que hay silencio de la Administración. Con la reforma solo frente a una decisión expresa comienza el cómputo de los plazos recursivos. Interpretar al silencio como denegatoria es una facultad, no una obligación.

La gratuidad del procedimiento, en un bienvenido principio impuesto ahora por la nueva ley como una regla general, nos obliga a interpretar que aquel prevalece sobre previsiones que exigen, por ejemplo, el pago de una garantía previa para impugnar algunos actos precontractuales en materia de contratos administrativos. Nos pronunciamos en anteriores ocasiones respecto a la inconstitucionalidad de tal exigencia<sup>24</sup>. El art. 3° *bis* de la reglamentación a la Ley de Bases<sup>25</sup> reafirma el principio de gratuidad y crea excepciones que tampoco se vinculan con el pago previo para impugnar.

La realidad nos indica que no siempre este criterio rector ha funcionado así.

23 Ampliar en Juan I. SÁENZ, Legitimación del ciudadano, el elector y el contribuyente. la legalidad objetiva como bien colectivo, en *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Agustín GORDILLO, Buenos Aires, FDA, 2012

24 Ley 26.097.

25 Decreto n° 713/2024.

Esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (indistintamente mencionada como CSJN) hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis<sup>26</sup>.

## 5. EL MANTENIMIENTO DEL STATU QUO

Como fuera dicho, la Ley de Bases no introduce modificaciones estructurales en el sistema recursivo. Mencionaré sólo algunas de las cuestiones que, en lo fundamental, no han sido objeto de modificación y que por su trascendencia lesionan el derecho a una tutela administrativa y judicial efectiva.

### 5.1. *La vista en materia recursiva*

Al regular el instituto de la vista, la Ley 27.742 mantiene la criticable solución de la LNPA. Prevé que, en caso que fuere necesario hacer uso de este derecho a fin de presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales, la solicitud de vista producirá la suspensión de todos los plazos. Más allá de ampliar los supuestos originariamente contemplados por la LNPA, incluyendo otros derechos además de la presentación de recursos, el sistema previsto y las consecuencias que de ello se derivan, no ha sido objeto de modificaciones.

Si se produce la suspensión, de ello se desprende –en una interpretación literal– que se contabiliza el tiempo cumplido con anterioridad al pedido y que aquel, después de tomada la referida vista, se reanuda por el lapso que falta. A nuestro juicio una solución protectora de una tutela administrativa efectiva sería aquella que contemple que el pedido de vista interrumpe los plazos, lo que provocaría en forma expresa que aquellos volvieran a computarse desde cero a partir del plazo para tomarla.

No podemos dejar de señalar que, en la mayoría de los casos la interposición de un recurso no suspende en principio la ejecución del acto, los mayores interesados en evitar una eventual dilación parecerían ser los afectados, con interés en que su impugnación sea resuelta con la mayor celeridad posible.

La reforma del art. 26 elimina la norma que hacía correr el plazo de prescripción durante el silencio administrativo. Esto, a la luz de la redacción del inciso (i) del nuevo art. 1° bis con respecto a la finalización de los efectos interruptivos (que sólo operan ante una decisión expresa) crea una contradicción con el nuevo texto del art. 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

26 *Tratado*, ya cit. Tomo 7, Cap XXVII.

administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo.

Consideramos que, en estos casos no cabrá perjudicar al particular.

### *5.2. El carácter no suspensivo de la ejecutoriedad del acto frente a la interposición de un recurso administrativo*

La ley reitera en lo sustancial lo previsto por la Ley 19.549 respecto al carácter no suspensivo de la ejecución del acto como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Solo que ahora faculta –en modo alguno, obliga– a suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta.

La solución que mejor se hubiera compatibilizado con los principios de buena administración y de buena fe debiera haber sido, frente a aquella situación, la solución inversa. Como regla, la suspensión de la ejecutoriedad, salvo decisión expresa en sentido contrario que debería dictarse una vez interpuesto el respectivo recurso. Ello permitiría fortalecer la legalidad de la actividad administrativa pero además la responsabilización de los funcionarios quienes, adoptando tal resolución, deberían por decisión fundada disponer la ejecución luego de interpuesto un recurso administrativo.

Es por otra parte la solución que adoptan otras legislaciones (por ej. la ley alemana en su art. 9°). La suspensión en estos casos tan específicos –razones de interés público, alegación fundada de una nulidad o el mayor perjuicio que ocasiona la ejecución– son de carácter tan excepcional que ameritan que el funcionario que suscribió el acto impugnado insista luego de interpuesto el recurso, en su ejecución. Se invierte así el principio actual. El funcionario competente deberá en cada caso concreto justificar y fundar, luego de interponerse un recurso, por qué insiste en su ejecución. Se conserva la potestad de ejecutar el acto, sólo que desde esta perspectiva por expresa decisión fundada<sup>27</sup>.

### *5.3. El reclamo administrativo previo. El agotamiento de la vía administrativa*

La ley prevé que el reclamo administrativo previo no es necesario si mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil.

En una sustancial cantidad de casos, la mayoría de estos reclamos no tiene resultado favorable. Sólo provoca inútiles dilaciones y escollos a la tutela judicial efectiva.

27 En similar sentido, ver Agustín GORDILLO, *Tratado...* ya cit. Cap. V y Cap. XIII, Tomo 3.

Cuando gran parte de la doctrina había casi saldado la discusión sobre el reclamo administrativo previo y consensuado en su no exigibilidad cuando éste muestra ser sólo un ritualismo inútil se insiste en el sistema de la LNPA.

Dar a este trámite el carácter de optativo para el interesado hubiera significado estar en la misma sintonía que la casi totalidad de nuestra doctrina. La reforma no lo contempla así.

Debo agregar que además la ley incorpora entre otras dos causales nuevas respecto a las cuales no resulta necesario agotar la vía administrativa. Ello sucede cuando la impugnación se basa exclusivamente en la inconstitucionalidad o invalidez de la norma de jerarquía legal superior que aplica al acto que se impugna o cuando se interponga un amparo u otro proceso urgente.

La ley también mantiene, al menos como principio general, la obligación de, a través de los recursos administrativos pertinentes, agotar la vía administrativa como condición necesaria para impugnar luego judicialmente un acto administrativo.

Exigirla como recaudo previo a la interposición de una acción judicial ordinaria transforma el paso previo de la vía recursiva en una trampa o carrera de obstáculos para acceder luego a la jurisdicción, al ser impuesta como condición para abrir las puertas de los tribunales.

Para alcanzar el dictado del buscado acto administrativo definitivo que agote la vía es necesaria la interposición de un recurso administrativo, para lo cual existe un fugaz y exiguo plazo, vencido el cual el acto queda firme y consentido y no puede ya impugnarse en sede judicial aun cuando el derecho de fondo afectado tenga previsto un plazo de prescripción mucho mayor.

Es que la posibilidad de acceder o no a la justicia no se resuelve al momento de iniciar una demanda sino mucho antes cuando debe recurrirse el acto en sede administrativa dentro de los pocos días de notificado aquel.

La realidad indica que los recursos administrativos no han conllevado, en nuestro sistema procedimental, a un autocontrol de la Administración Pública ni han servido para que, como regla general, la Administración corrija sus actos, liberando de trabajo a la Justicia, en resguardo de la legalidad del obrar estatal.

La Ley 27.742, en su Cap. III, no modifica esta exigencia, la que lesiona la garantía de acceso a la justicia. Aun cuando a nuestro juicio debería haberse suprimido la exigencia del agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso o la obligación de formular un reclamo previo, la ley podría haber considerado que es una potestad del afectado presentarlo o no, esto es contar con un régimen recursivo o reclamatorio facultativo u opcional, pero no obligatorio.

El tema no es novedoso. Calificada doctrina se ha expedido respecto al debilitamiento del derecho al control judicial que se deriva del actual sistema propiciando, en el mejor de los casos, que los recursos administrativos sean

potestativos. Algunos hemos sostenido incluso que el sistema recursivo es un mero privilegio de la Administración.

La ley dispone que “la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios, incluyendo los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente”. No se exige ahora la existencia en este último caso de un “error excusable”. La norma incluye no solo a los recursos administrativos sino a los reclamos previos. Tal efecto interruptivo subsistirá hasta que culmine el procedimiento administrativo.

Atento a la eliminación en el último párrafo del anterior inciso *e*) del art. 1º de la LPA (ahora inciso *[k]* del art. 1º *bis*) que utilizaba la palabra *suspensión*, concluimos que la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales tiene el efecto interruptivo previsto en el Código Civil y Comercial por lo cual deberá tenerse por no sucedido el lapso que precedió a la interposición del remedio.

## 6. EL PORQUÉ DE NUESTRAS CRÍTICAS

El procedimiento administrativo es el que permite o impide el acceso a la justicia. En el balance final del Cap. III de la Ley 27.742, sea por existencia de nuevas respuestas jurídicas o por el mantenimiento de otras disvaliosas ya reguladas por la Ley 19.549, es posible afirmar que no al omitir modificarse las cuestiones sustantivas antes mencionadas, se perpetúan las soluciones de la LNPA que lesionan las tutelas administrativas y judiciales efectivas, por lo que, a nuestro criterio, la nueva ley representa un retroceso en la búsqueda de tales objetivos.

Hoy el acceso a la Justicia es desigual y no podría dejar de serlo en una sociedad intrínsecamente desigual. Porque dicho acceso es un espejo de la desigualdad. El desafío que nos cabe es ser impulsores de un cambio estructural en el procedimiento administrativo o resignarnos a mantener el actual estado de situación, lo que en definitiva constituye un retroceso.

---

MARIO REJTMAN FARAH

Es Profesor Consulto de la Universidad de Buenos Aires. Director del Doctorado en Economía y de la Maestría en Gerencia Pública de la Universidad Nacional de la Patagonia. Miembro del Consejo Académico de la Maestría en Administración Pública. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho.



## FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, ACTO, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE BASES: LA CONCRECIÓN SISTÉMICA DE LA “AUTORREGULACIÓN REGULADA”

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

Profesora titular de Derecho Administrativo, en la  
Universidad del Museo Social Argentino y en la  
Universidad Nacional de la Matanza; Miembro del Instituto  
Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

SUMARIO: 1. El Derecho Administrativo es político, imposible no ser valorativo. Desde qué atalaya opinamos... 1.1. Nuestra concepción antropológica: la naturaleza social del hombre. 1.2. El principio de subsidiariedad como criterio de intervención estatal. 1.3. El Estado como valor ético. 2. La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. 2.1. Su inspiración en Alberdi. 2.2. Institutos del Derecho Administrativo excogitados para demostrar sumariamente la tesis explicitada en el título de este trabajo. 2.3. El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada”. 3. Función administrativa, acto, procedimiento, contrato: análisis de disposiciones de la Ley de Bases que trasuntan un paradigma afín al de la “autorregulación regulada”. 3.1. La exclusión de las manifestaciones empresariales del Estado del ámbito de aplicación de la LNPA y la aplicación “a pedido” del Derecho Administrativo. 3.2. La supresión del párrafo *in fine* del art. 7, LNPA. 3.3. La derogación de los actos de alcance general a la luz del principio según el cual “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos”. 3.4. Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases). 4. Prognosis conclusiva.

### **I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ES POLÍTICO<sup>1</sup>, IMPOSIBLE NO SER VALORATIVO. DESDE QUÉ ATALAYA OPINAMOS...**

Toda concepción jurídica se nutre de principios generales del Derecho que expresan una determinada visión del mundo y de sí mismo (*weltanschauung*); en definitiva, una concepción metafísica, antropológica y política.

1 COMADIRA, Julio R., ESCOLA Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo, (Coord. Colab.y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo, Tomo I, Prov. de Bs. As, 2012, p. 16.

Afirmado esto, el Derecho Administrativo como derecho del poder y de las libertades no escapa a la premisa anterior.

### 1.1. *Nuestra concepción antropológica: la naturaleza social del hombre*

El hombre es un *zoon politikon*, “solo un Dios o una bestia pueden vivir sin sociedad”, nos dice Aristóteles.

El ser humano requiere para satisfacer plenamente sus necesidades vitales, espirituales y culturales de la cooperación social, para remediar sus indigencias; necesita vivir en sociedad.

El Estado es la única sociedad que puede ofrecer la multiplicidad de condiciones necesarias para la realización de los fines existenciales del hombre, para la integración de la naturaleza humana de un modo tan amplio que asegure la satisfacción completa de los mencionados fines existenciales. La sociedad que realiza estas posibilidades es la sociedad global, o sea, el Estado<sup>2</sup>.

Por ello, el fin del Estado se diferencia de todas las figuras o instituciones sociales. Porque consiste en la satisfacción amplia y completa de las funciones sociales fundamentales exigidas por la integración de la naturaleza humana, la defensa de la propia comunidad, así como el mantenimiento de su orden jurídico y de su bienestar general<sup>3</sup>.

De tal suerte, puede afirmarse que es y será siempre función del Estado la creación de las condiciones para el pleno desarrollo de la naturaleza humana, fundando, favoreciendo y regulando la cooperación social en todos sus aspectos<sup>4</sup>.

Acorde con esta caracterización, el Estado califica como sociedad perfecta y necesaria.

No enerva la afirmación precedente, si bien ciertamente influye, el actual fenómeno de la globalización; porque los elementos populares, la cultura, las formas de vida, el orden jurídico y las especiales exigencias del bien común de la población de cada Estado siempre serán propios de cada Estado<sup>5</sup>.

2 MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, pp. 156-157.

3 *Ídem*.

4 Esta tarea por cierto se realiza con la debida consideración e integración de los llamados cuerpos intermedios que constituyen el tejido social u orgánico. El grupo o cuerpo intermedio es aquel que se encuentra entre el individuo y la sociedad o el Estado. Constituye un verdadero “puente de amistad” y de entendimiento entre el individuo y la sociedad o el Estado (v. LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “El orden natural y los cuerpos intermedios, en AAVV, *Contribución al Estudio de los Cuerpos Intermedios*, Speiro, 1968, Madrid, p. 39).

5 MESSNER, Johannes, ya cit., pp. 156-157.

Ahora bien, del carácter necesario, múltiple amplio, y casi omnicomprendivo de los diferentes órdenes de relación de las personas y cuerpos intermedios se deriva una amplia autoridad del Estado para cumplir con estos fines<sup>6</sup>.

En suma, la naturaleza social del hombre y el Estado como sociedad necesaria y perfecta, junto con el primado de la política constituyen, en nuestra opinión, el título legitimante, de la intervención administrativa.

Esa intervención estatal en el marco de la gestión de ese Bien Común será regida por el principio subsidiariedad.

### 1.2. *El principio de subsidiariedad como criterio de intervención estatal*

El principio de subsidiariedad se traduce en dos mandas operativas.

La *positiva* consiste debe hacer todo aquello que sea necesario para crear las condiciones necesarias para el bien común; y la *negativa*, en que no debe sustituir a los particulares en la realización de aquellas condiciones, cuando esa realización sea posible sin la intervención estatal.

El principio de subsidiariedad permite reconducir las funciones del Estado a la función esencial de servir al Bien Común<sup>7</sup>.

Esta se caracteriza por el hecho de que la comunidad estatal es una unidad de personas individuales y sociales que poseen sus fines existenciales y sus propias funciones así como sus propios derechos y facultades y que tan solo pueden conseguir la plenitud esencial de su ser respondiendo a las necesidades derivadas de estos fines. El pleno desarrollo de la personalidad humana no es algo que el hombre puede recibir como un regalo. Se trata más bien de la *autorrealización en el cumplimiento de sus funciones vitales y por consiguiente no puede tener lugar sino con sus propias fuerzas y bajo su propia responsabilidad*<sup>8</sup>. Porque la vida es una experiencia intransferible. Toda agrupación social, incluido el Estado, no puede desempeñar más que una función auxiliar.

El principio de subsidiariedad es una expresión del hecho de que el ser humano no puede conseguir el pleno desarrollo de su personalidad más que con la actuación de su libertad y el cumplimiento de su propia responsabilidad.

El principio de subsidiariedad de la sociedad y del bien común se expresa en la fórmula de que la responsabilidad individual precede a la responsabilidad global<sup>9</sup>.

Dicho más concretamente, en cuanto los individuos y pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer frente a su propia responsabilidad de conseguir los fines basados en esa responsabilidad, no tiene el poder social de orden, la autoridad, ningún derecho a arrogarse tareas sobre estos fines<sup>10</sup>.

6 MESSNER, Johannes, ya cit. pp. 956 y ss.

7 *Ibidem*, pp. 949 y ss.

8 *Ibidem*, pp. 198 y ss.; también, pp. 333 y ss.

9 *Ibidem*, pp. 227 y ss.

10 *Ídem*.

El bien común es la ley superior de la sociedad porque determina los derechos de la autoridad social y porque regula su conducta en el uso de estos derechos en cada ocasión. Por eso para Messner, la ley del Bien Común y el principio de subsidiariedad son, en su esencia, idénticos.

Ambos se traducen en la siguiente fórmula: el bien común es ayuda pero solo ayuda para los individuos en la consecución de los fines esenciales de la vida. El bien común fundamental limita las facultades del poder social de orden: autoriza para todo y para solo lo requerido para la realización efectiva del Bien Común. Bien común y subsidiariedad son dos aspectos de la misma cosa. Son principios estructurantes de toda organización y delimitantes de los campos de incumbencia de la autoridad.

De la ley de la subsidiariedad se desprenden tres corolarios o criterios que permiten un juicio responsable sobre si la situación de una sociedad corresponde al orden exigido por la naturaleza y hasta dónde<sup>11</sup>:

- a) un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la prosecución de sus propios intereses, pero a la vez cuanto más les obligue mediante instituciones adecuadas a servir también ahí al bien común;
- b) un sistema es tanto más valioso cuanto más se valga la autoridad central de las autoridades subordinadas, por consiguiente, mediante la descentralización de poderes y autonomías de las comunidades menores;
- c) un sistema social será tanto más eficaz cuanto menos acuda para alcanzar un alto grado de bien común a las leyes y más a los estímulos de rendimiento.

El principio de subsidiariedad suele ser expresado, entonces, “en tanta libertad como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”<sup>12</sup>. Cuantas menos regulaciones imponga una comunidad para asegurar el orden público y la utilidad común, más se acercará a este ideal. Y esto –nos apuramos a advertir– rectamente inteligido conforme los tres criterios *supra* expuestos, no es, en modo alguno, liberalismo.

Porque si el Bien Común constituye el fin del Estado, no cabe albergar dudas de la *primacía de la política* que no se opone a la apuntada subsidiariedad de las funciones estatales sino que se *apoya* en ella.

### 1.3. *El Estado como valor ético*

Explica Messner que como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Es la creación más destacada de la razón humana, como sostiene tanto Santo Tomás como Aristóteles; la incorporación del Estado dentro de la escala de valores –prosigue– puede desterrar la idea derivada del utilitarismo político de que el estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos

11 *Ibidem*, p. 228.

12 *Ibidem*, p. 338.

intereses. El Estado es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre.

En contraposición con esta concepción, para el liberalismo, el Estado es un simple servidor del individuo y de sus intereses económicos, una institución de organización técnica al servicio de diferentes intereses, más allá de que sea un medio al servicio de la plenitud humana; y el colectivismo, un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material como propugna Marx<sup>13</sup>.

Siendo que el Estado es un medio al servicio de la plenitud humana, Aristóteles y Santo Tomás no vacilan en asignar a la política el valor más elevado de todas las artes<sup>14</sup>.

Nada caracteriza tan abiertamente la esencia ética del Estado como su función de realizar el mínimo ético de la convivencia humana. El Estado atiende esta tarea con la institución del orden jurídico, el instrumento de poder con que cuenta recibe para ello una justificación ética y su uso un carácter moral.

Procede destacar que la consideración ética del Estado ha sido una constante en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro que siempre ha referido al Estado como persona ética por excelencia (Dictámenes 190:103; 223:147; 251:411).

## **2. LA LEY DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS**

### *2.1. Su inspiración en Alberdi*

La Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) evoca de modo metafórico, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Organización política de la República Argentina de Alberdi.

La evoca en su valoración por la libertad, la evoca como programa de acción, la evoca en su carácter fundacional. Esto último en tanto la obra de Alberdi fue fuente inspiradora de la Constitución Argentina de 1853, después de la batalla de Caseros.

La obra de Alberdi reconoce a la categoría jurídica Estado; téngase presente que la “República” cuya organización política se propone, es la forma del Estado. En contraposición, la Ley de Bases enfatiza sobre la libertad de los argentinos. Pero debemos intelegir este matiz como un recurso de sinécdoque toda vez que “no existen los argentinos sin Estado...”.

### *2.2. Institutos del Derecho Administrativo excogitados para demostrar sumariamente la tesis explicitada en el título de este trabajo*

Con el objeto de demostrar sumariamente que las modificaciones introducidas por la Ley de Bases reconfiguran en su conjunto el Derecho Administrativo

13 *Ibidem*, pp. 857 y ss.

14 *Ídem*.

sobre un molde que bien puede ser calificado afín al fenómeno de la “autorregulación regulada”, hemos seleccionado como institutos demostrativos de tal postulación a los siguientes: función administrativa, acto administrativo, procedimiento administrativo y contratos administrativos. Ellos, por cierto, según la nueva fisonomía normativa que les ha otorgado la mencionada Ley de Bases.

Entendemos al respecto que los apuntados capítulos del Derecho Administrativo constituyen elementos suficientes para mostrar que el conjunto de las modificaciones implementadas por la aludida Ley de Bases, verdadero corte transversal al derecho administrativo –sistémicamente examinadas– se enrollan en la *ratio* del fenómeno apuntado, la “autorregulación regulada”.

Esta, si bien no apostata de la regulación estatal, importa el desplazamiento de la ley como fuente normativa por el contrato.

La novedad –nos apresuramos a señalar– ciertamente no está tanto en las modificaciones individualmente consideradas que introduce la Ley de Bases, muchas de ellas, valiosas, sino en el resultado sistémico de estas, en la sinergia que surge del total de las modificaciones holísticamente ponderadas, en su unidad de sentido y consistencia y en su funcionalidad acumulativa.

Esta funcionalidad sistémica es la que permite enrollar a los institutos del Derecho Administrativo relevados en el paradigma de la “autorregulación regulada” y como facilitadores del desplazamiento del principio de legalidad de la Administración de la ley, por el contrato.

### 2.3. *El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada”*

Es sabido que por diferentes motivos, primordialmente de índole económico-financiera que pueden sintetizarse en la conocida frase de que “los números no cierran”<sup>15</sup> (los números del Estado) –pero también debido al correlativo empoderamiento tecnológico y económico privado–, el denominado Estado de Bienestar que se expresa en Derecho Administrativo, a través de una Administración prescricional, ha dado paso al llamado Estado garante o Estado regulador<sup>16</sup>.

Este fenómeno va acompañado del tránsito de la heteronormatividad a la autonormatividad, esto es, a la “autorregulación regulada”; de la ley al contrato<sup>17</sup>. No desaparecen ni la ley ni el reglamento, pero dejan mayor autonomía de voluntad reguladora a las partes privadas, las que emiten sus normas, encuadrándose en un

15 La versión argentina de esta frase puede encontrarse en la conocida declaración efectuada por el actual Presidente de Argentina, Javier Milei, cuyo *leitmotiv* ha sido en muchas ocasiones “no hay plata”.

16 Sobre el Estado Garante como Estado Subsidiario, v. CASSAGNE, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs. As., 2023, pp. 56 y ss.

17 V. ESTEVE PARDO, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2023.

bloque de legalidad más amplio, que no fija pormenores; muchas veces, enmarcándose en normas que expresan el *soft law* o *droit souple, droit mou* (derecho flexible o blando) y no un derecho imperativo (*ius cogens*).

La función del Estado, en este modelo, se reconduce más bien a la regulación de aspectos generales o globales, y al control.

Se ha representado este nuevo paradigma con la imagen de un bote en el que el Estado dirige al mando del timón a vigorosos remeros (la sociedad empoderada integrada por grupos económicos de gran poder tecnológico) con la idea de enderezarlos hacia el Bien Común.

Pero frente a esa imagen, aparecen interrogantes como el que plantea Rainer Wahl<sup>18</sup>, ¿tendrá el Estado que conduce el timón, la fuerza suficiente frente a estos remeros para lograr que cambien el rumbo o lo enderecen, si no le obedecen...? ¿hasta dónde podrá contrarrestar el Estado al timón, la fuerza de tan poderosos y obstinados remeros y hacer prevalecer el rumbo hacia el bien común?<sup>19</sup>

### **3. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, ACTO, PROCEDIMIENTO, CONTRATO: ANÁLISIS DE DISPOSICIONES DE LA LEY DE BASES QUE TRASUNTAN UN PARADIGMA AFÍN AL DE LA “AUTORREGULACIÓN REGULADA”**

#### *3.1. La exclusión de las manifestaciones empresariales del Estado del ámbito de aplicación de la LNPA y la aplicación “a pedido” del Derecho Administrativo*

18 WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Bs. As, 2013, p. 133.

19 *Ídem*.

La modificación introducida al art. 1° de la LNPA<sup>20</sup> aporta elementos materiales para la definición de la función administrativa (v. art. 1°, *a*) *ii*); *b*) 1), LNPA según el art. 24, Ley de Bases)<sup>21</sup>.

20 Reza el texto actual del art. 1° LNPA:

“Ámbito de aplicación: *a*) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a: (*i*) La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales; (*ii*) 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: (*i*) 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; (*ii*) Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incisos (*i*) y (*ii*) del inciso *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 inciso *c*), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se registrarán 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”.

21 Expresan Cassagne y Perrino: “Asimismo, otras importantes reformas efectuadas a la LNPA responden a la recepción de la concepción material de la función administrativa [basada como es sabido en la doctrina de Marienhoff], tal como se desprende de la redacción del nuevo art. 1. Allí, al regularse el ámbito de aplicación de la LNPA, en los apartados (*i*) y (*ii*), se adopta un criterio objetivo de la función administrativa para delimitar el ámbito de aplicación de la LNPA, al prescribir la aplicación directa de sus normas a las actividades materialmente administrativas que lleven a cabo los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público. Cabe recordar que, con anterioridad a la reforma, ante la falta de mención en el art. 1° de los poderes Legislativo y Judicial se controvertía si era posible su aplicación en dichos ámbitos cuando obraban en ejercicio de la función administrativa. En más de una ocasión, las distintas salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal consideraron que la LNPA era aplicable por vía de la analogía. Todos estos problemas interpretativos que provocaba la redacción anterior del art. 1° de LNPA han quedado disipados con la modificación efectuada a dicho precepto que, con arreglo a un criterio objetivo de la función administrativa, dispone la aplicación directa de sus normas a la actividad administrativa de los poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público. Como consecuencia de la concepción material de la función administrativa adoptada en la LNPA, se expande la noción legal del acto administrativo, pues aquel comprende no solo a los que emita la Administración Pública, sino también a los que provienen de cualquier órgano estatal o de personas de derecho público no estatales y

Sin embargo, no parece congruente con el criterio material que incorpora, la exclusión del ámbito de la LNPA que formula con respecto a las manifestaciones empresariales del Estado (v. art. 8, inc. b), Ley 24.156)<sup>22</sup>, así como de la banca oficial.

Ello, aun cuando la ley admite que el Jefe de Gabinete de Ministros previo dictamen de la Procuración del Tesoro, someta, *a petición del interesado*, 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.

La apuntada exclusión podría proyectarse dentro de lo jurídicamente opinable sobre otras normativas de derecho público que resultarían a nuestro ver implícita e indirectamente impactadas. Así, por ejemplo, el art. 25, inciso d), ap. 8, del Decreto 1023/01 (RCAN) que regula la contratación interadministrativa cuando una de las partes contratantes con el Estado, es una empresa o sociedad del Estado<sup>23</sup>.

Cuadra interrogarse, en efecto, ¿el hecho de que no resulte de aplicación la LNPA a las manifestaciones empresariales del Estado o al sector de la banca oficial, impide aplicar el RCAN cuando estas entidades actúan como contratistas del Estado? ¿Impide que la contratación resultante califique como “interadministrativa”...?

Pero más allá de estos aspectos colaterales, lo que a nuestro juicio asume singular relevancia en lo atinente a demostrar nuestra tesis, es la posibilidad de que el Jefe de Gabinete de Ministros someta, previo dictamen de la Procuración, “a pedido del interesado”, la cuestión al derecho público; ello parece habilitar una latitud normativa que puede afectar en nuestra opinión, tanto el principio de legalidad como vinculación positiva de la Administración, como la garantía de igualdad de los particulares administrados.

No resulta en tal sentido, un elemento objetivo, suficiente, satisfactorio del principio de legalidad y de vinculación positiva de la Administración, la amplia e indeterminada referencia que efectúa la norma autorizativa al supuesto en que para la solución del caso, “conforme con el derecho en juego”, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.

---

personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas.” (v. CASSAGNE, Juan C., PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, TR LA LEY AR/DOC/2299/2024, pp. 1-2).

22 V. en tal sentido, SCBA, causa A. 69.021, “Utilducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”.

23 Porque si la relación o contratación es “interadministrativa”, las dos partes deberían ser sujetos administrativos y regirse por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación instrumental del Derecho Privado en los aspectos concernidos por los fines industriales, comerciales, financieros o económicos.

Por otra parte, en la economía de la norma examinada, termina siendo el interesado, –ni siquiera la Administración– quien cuenta con la atribución de efectuar la solicitud de aplicación del régimen de derecho público. Esta normativa conduce a “un derecho administrativo a elección del particular administrado” en la medida en que la Administración cohoneste el pedido; pudiéndose proceder de diferente manera, según el caso, y según la diferente voluntad del órgano, con escándalo de la garantía de la igualdad.

Nótese por otra parte, que si bien la intervención de la Procuración del Tesoro podría garantizar una adecuada admisión de la aplicación del derecho público –devenida excepcional<sup>24</sup> en el contexto de la Ley de Bases– lo cierto es que el test de admisibilidad del cambio de régimen<sup>25</sup>, que permitirá requerir la opinión del Alto Órgano Asesor, será efectuado en definitiva, si el Jefe de Gabinete acompaña la petición del interesado. Si este órgano se opone a formular la consulta a la Procuración del Tesoro, denegará al particular la aplicación del derecho público, en puridad, sin intervención de la Procuración del Tesoro.

Es decir, para no efectuar esta aplicación excepcional del derecho público, bastará con que el Jefe de Gabinete de Ministros no requiera el dictamen de la PTN, más allá de lo que esta institución pudiera en el caso opinar.

En esta disposición refulge el nervio vivo de la filosofía que anima la “auto-regulación regulada”. La vinculación positiva que junto con la negativa –ambas constitutivas del principio de juridicidad– caracteriza la competencia del órgano en Derecho Administrativo, se restringe al máximo, vaciándose de contenido, creando una “zona franca”, libre, para la Administración.

Y permite la integración del bloque de juridicidad, con el que se deberá resolver “la controversia”, tanto por la voluntad del particular administrado –en su carácter de solicitante de la aplicación del derecho público– como del órgano que deberá merituar la pertinencia de aplicar este y solicitar la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación. Finalmente, el Derecho Público o Administrativo, verdadero derecho “común” de la Administración, pasa a ser un derecho “de excepción”.

No se nos escapa que las manifestaciones empresariales del Estado que asumen diversas tipologías reclaman en muchos aspectos vinculados con los objetivos industriales y comerciales<sup>26</sup> la aplicación instrumental del Derecho Privado

24 No cabe perder de vista que el derecho administrativo es el derecho común de la Administración; sobre la aplicación del Derecho Público (Constitucional y Administrativo) a las manifestaciones estatales del Estado, más allá de disposiciones específicas y puntuales que retacean o directamente excluyen esta aplicación, v. Dictámenes PTN 301:49.

25 Es decir, del cambio de régimen privado a un régimen de Derecho Público.

26 Así fue como aparecieron tempranamente consagrados en su elaboración pretoriana, los denominados “servicios públicos industriales y comerciales” que justificaron la exclusión de la competencia del Consejo de Estado francés por el Tribunal de Conflictos (v. Tribunal des conflits, 22

(Dictámenes PTN 301:49). Pero no menos cierto es que el interés público implicado en la hacienda estatal a la que pertenecen las referidas manifestaciones empresariales y el sector de la banca oficial, ha gravitado siempre en beneficio de su regulación sistémica tanto por el Derecho Público como por el Administrativo, ello en línea con lo dispuesto en el art. 85 CN (v. Dictámenes PTN 301:49). Y la más autorizada doctrina ha pregonado el corrimiento de las formas y la necesaria primacía de la sustancia, es decir, de su insoslayable estatalidad<sup>27</sup>.

Es que como con preclaras palabras sostiene Barra, el bien común o interés público, por ser un bien para otros (la comunidad), no puede ser definido por la Administración Pública –y menos por el particular administrado, agregamos nosotros–.

Se trata del interés de la comunidad y es a ella a la que cabe su definición, aun cuando lo haga a través de la misma organización estatal por un sistema político de representación que, en el constitucionalismo democrático, es confiado al órgano o poder legislativo<sup>28</sup>.

De estos principios emana la primacía de la ley sobre la Administración Pública (centralizada y descentralizada), lo que quiere decir que en este campo, la autonomía de la voluntad es reemplazada por el principio de legalidad, en un sistema complejo en donde actúan, según una especial relación jerárquica, la Constitución, las leyes emitidas por el órgano legislativo y los reglamentos originados en la propia Administración Pública pero que también para ella integran la

---

janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, conocido como arrêt "Éloka", disponible en <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-societe-commerciale-de-l-ouest-africain>.

27 V. BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Abaco, de Rodolfo Depalma, Bs. As, 1989, pp. 33-34, ver en especial, p. 34, nota a pie N° 4; v. también Dictamen PG CABA, del 12-12-2013, IF-2013-07165436-PG, REF EE N° 6859808-MGEYA-PG-2013 en el cual con cita de dictámenes de la PTN, se expresó: "aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; agregando que aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad (Dictámenes PTN 219:145. 241: 242).

Ya se ha destacado que el Estado es siempre una persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza para objetivos análogos".

28 BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 18-20.

zona de legalidad de respeto imperativo, solo derogables o modificables por otra norma de igual o mayor jerarquía<sup>29</sup>.

El principio de legalidad – prosigue el autor citado– no representa solamente una vinculación negativa de la Administración a la ley, con lo que su situación no sería radicalmente diferente a la que subordina a los particulares al ordenamiento (poder hacer todo lo que la ley no prohíbe), sino manifiesta una vinculación positiva. El resultado es que *no hay en la actuación administrativa espacios francos o libres de ley*. El derecho no es para la Administración una linde externa que señala hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola voluntad y arbitrio. Por lo contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa<sup>30</sup>.

### 3.2. *La supresión del párrafo in fine del art. 7, LNPA*

El art. 7º de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA)<sup>31</sup> disponía que “los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

Este párrafo implicaba que el Título III de la LNPA que albergaba y alberga, en puridad, el núcleo duro del régimen del acto administrativo devenía de aplicación a todos los contratos que celebrara el sector público nacional integrado por los componentes indicados en los incisos del art. 8º de la Ley 24.156<sup>32</sup>.

29 *Ídem*.

30 *Ídem*.

31 Según la modificación introducida por el art. 36 del Decreto delegado 1023/01, que consagró justamente el Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Nacional, como un ordenamiento básico, omnicompreensivo de las diferentes categorías contractuales con vocación de aportar unidad de régimen a los diferentes contratos alcanzados.

32 V. BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 94-95; reza el mencionado art. 8º: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca 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 organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición

El acto administrativo, como explica Barra, es el modo de expresión típico de las administraciones públicas, la vía a través de la cual estas cumplen con los cometidos que le fueron asignados por el ordenamiento jurídico. A la vez, el acto administrativo es el instrumento jurídico que por sus caracteres (los elementos propios que lo ubican dentro de la estructura sistémica del ordenamiento iusadministrativo), en mayor medida, garantiza la prosecución del interés público y los derechos de los administrados<sup>33</sup>.

A partir de la supresión efectuada por la Ley de Bases al art. 7º de la LNPA (v. art. 27, Ley de Bases), los contratos que celebre el sector público nacional quedan fuera de la aplicación directa del marco legal general que proporcionaba el Título III de la LNPA. Ello significa que resultan dependientes del régimen en el que puedan ser alojados, es decir, dependientes muchas veces de lo que diga la documentación licitatoria y contractual; quedan fuera del territorio continental que configuraba el aludido Título III de la LNPA y pasan a configurar un mapa de aspecto insular, al que en el mejor de los casos, les resultará aplicable el mentado Título III de modo analógico, técnica de integración que había sido superada por el Decreto delegado N° 1023/01 al prescribir la aplicación “directa” de este Título III a todos los contratos que celebrara el Sector Público Nacional en cuanto fuera pertinente.

Esta supresión no es inocua a nuestro juicio, y permite encender una luz roja en el camino del vaciamiento de contenido del principio de legalidad, en su eventual desplazamiento por la autonomía de voluntad de la Administración que pierde la vinculación positiva con este Título III de la LNPA.

Téngase presente que en el aludido Título III se alojan importantes prerrogativas de la Administración –aplicables aun a falta de estipulación expresa, por virtud del principio de legalidad de la Administración– y que al cortar el puente de la contratación administrativa con la LNPA, no resultarán ahora directamente aplicables.

Y serán expresamente excluidas del componente del sector público nacional indicado en el inciso b) del art. 8º de la Ley N° 24.156 por obra del actual art. 1º de la LNPA (texto reformado por la Ley de Bases).

### *3.3. La derogación de los actos de alcance general a la luz del principio según el cual “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos”*

El art. 18 de la LNPA según la modificación introducida por la Ley de Bases (art. 37), reza: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser

---

de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

33 BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 94-95.

derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos que pudieran haber nacido al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por sus titulares”.

Teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia administrativa de la PTN a cuyo tenor “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos” (Dictámenes 274: 721, 268:151; 220: 167; también Fallos 306:721; 305:2205), entendemos que la segunda parte de la norma traída solo podría tener virtualidad en el caso de que el particular fuera beneficiario de regímenes promocionales que le hubieran garantizado beneficios durante un plazo determinado, o bien, expedido un certificado de estabilidad fiscal, o bien, al amparo de la posibilidad de invocar, siempre en el marco de una relación contractual previamente formalizada, la teoría del hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.

Pero lo cierto es que la disposición en su segundo párrafo, congruente con la *ratio* de la “autorregulación regulada” parece “atar” lo que es una potestad soberana o de la Administración, la modificación de los reglamentos, a supuestas consecuencias indemnizatorias que esta modificación pudiera suscitar, desdibujando como principal norte, el interés público que debe primar en la función administrativa, de conformidad con la clara manda que dimana del art. 32 de la CADH<sup>34</sup>.

### 3.4. *Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases)*

#### (i) *Prerrogativas*

Toda prerrogativa estatal debe estar fundada en una ley<sup>35</sup> dado que su ejercicio concreto tendrá la potencialidad de afectar la esfera jurídico patrimonial del particular administrado, quien se encuentra respecto de la prerrogativa, en un

34 Según este artículo, en una sociedad democrática, los derechos se gozan conforme las justas exigencias del bien común.

35 Aludimos a la ley, pero, por cierto, también la Constitución Nacional como ley suprema fundamenta prerrogativas estatales, a nuestro criterio, tanto de modo explícito, implícito e inherente. Sobre la legalidad como atributiva de las potestades, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ramón FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1º edición argentina, Thomson Civitas, La Ley, Bs. As., 2006, p. 453; sobre los poderes inherentes, v. AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes implícitos y de los Poderes Inherentes*, Buenos Aires, Tea, Rca. Argentina, 1987, pp. 151 y ss. Para este autor, los poderes implícitos derivan del enunciado de una norma; en cambio, los poderes inherentes o “resultantes”, emergen de la naturaleza misma de los tres poderes del Estado.

estado de situación pasiva de inercia; es por ello que la prerrogativa se halla sujeta a una vinculación positiva, al orden jurídico positivo<sup>36</sup>, a la ley.

Al estar la prerrogativa contemplada en la ley, formará parte del bloque de legalidad aplicable al contrato en virtud del principio de juridicidad sin necesidad de estar contemplada en la documentación licitatoria o contractual (v. Dictámenes PTN 307:445).

No alcanza en tal sentido con que la prerrogativa se encuentre en una fuente de tenor reglamentaria como los pliegos de bases y condiciones, sean estos generales o particulares o en el contrato; ello, en tanto el reglamento no tiene aptitud para legitimar injerencias imperativas en los derechos de los particulares (v. arts.16, 17, 18 y 28 CN) y el contrato –integrado por estos reglamentos– requiere, en definitiva, de la aquiescencia del contratista.

Si la prerrogativa se encuentra en la documentación licitatoria o contractual requerirá ser “aceptada” o “acordada” por la contraparte contractual<sup>37</sup>; e incluso podrá ser modificada por la autoridad que dictó el reglamento, respetando el principio de inderogabilidad singular del reglamento. Pero si está en la ley, como acontece en el marco del Decreto delegado N° 1023/01<sup>38</sup> (art. 12), resultará imperativa y no podrá ser excluida por una fuente de rango jerárquico inferior como el reglamento o el propio contrato, ni, por cierto, soslayada por los órganos administrativos que dependen del PEN, titular de la Administración (v. Dictámenes PTN 307:445).

Ahora bien, nótese que la Ley de Bases no alberga a las prerrogativas en su plexo, tal como sí lo hace el Decreto delegado 1023/01 (art. 12), sino que se limita a establecer que la documentación licitatoria y contractual deberá establecerlas, así como fijar su alcance (v. art. 7°; Ley 17.520, texto sustituido por la Ley de Bases)<sup>39</sup>.

Ello, sin perjuicio de establecer, la primera, un conjunto de prerrogativas estatales que no asegura la autotutela administrativa del interés público con la misma eficacia que el Decreto delegado. Tómese como ejemplo en este sentido a la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, a través de un acto

36 V. CASSAGNE, Juan C. Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, Tendencias actuales sobre el “ius variandi”, LL, ejemplar del 23 de abril de 2018; también CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., La Ley, Bs. As., 2016, 11° edición actualizada, pp. 76-79.

37 Aceptación que surge de la presentación de la oferta.

38 Los decretos delegados en Argentina tienen rango de ley en sentido formal.

39 Sigue en este aspecto, así como en muchos otros, similar temperamento al asumido oportunamente por la Ley 27.328 que constituye un exponente a nuestro juicio del paradigma de la “autorregulación regulada”, si bien con superior técnica legislativa que la plasmada por la Ley 27.742.

administrativo con los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad (art. 12. LNPA), contemplada en el RCAN<sup>40</sup>, pero ausente en el marco de la Ley de Bases.

Consistente con el paradigma de la “autorregulación regulada” y del consiguiente desplazamiento de la ley por el contrato que esta implica, la Ley de Bases consagra la institución de los paneles técnicos (art. 7° *bis*, y art. 12, Ley 17.520 reformada), que previo acuerdo que los establezca, conducirán a una solución del diferendo interpretativo por terceros ajenos a la Administración y, por cierto, sin los caracteres del acto administrativo.

(ii) *La posición de la Administración en el caso de los contratos nulos*

El art. art. 7°, inciso e, de la Ley 17.520 (texto sustituido por el art. 68 de la Ley de Bases), expresa en su párrafo *in fine* que “la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal judicial competente”.

Esta disposición que reedita su similar contenida en el art. 9°, inc. p) de la Ley 27.328 para los contratos de participación público privada, socava las bases de la autotutela administrativa del Estado en tanto priva a la Administración de las herramientas necesarias para la concreción por sí misma de la jurisdicción en su seno y en definitiva, la “ata de manos”<sup>41</sup>. La potestad revocatoria por ilegitimidad resulta una potestad no solo consagrada desde siempre por la LNPA sino también inherente a las potestades constitucionales de la Administración en tanto función del Estado independiente de los otros dos poderes, que debe contar con poderes propios para el logro de sus cometidos institucionales<sup>42</sup>. De tal suerte, “La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del

40 V. art. 12, inc. a, RCAN.

41 Reeditamos esta expresión de un trabajo previo elaborado con respecto a la Ley 27.328 que plasma también, a nuestro juicio, pero con mayor perfección técnica el paradigma de la “autorregulación regulada”; v RODRÍGUEZ María José, “La huida del derecho administrativo en los contratos PPP”, en *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo, Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales*, Ediciones RAP, Bs.As., 2018, pp. 247 y ss.

42 RODRÍGUEZ María José, ya cit., nota anterior; v. en igual sentido, V. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, MONTI, Laura (colaboradora), Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 333 y ss.; sobre los poderes inherentes; AJA ESPIL, Jorge A., ya cit. Tal como explica Enrique Alonso Regueira, la independencia de las funciones del poder que constituye uno de los pilares sobre los cuales se asienta el diseño constitucional de la República fundamenta la interdicción de sustitución judicial de la función administrativa (ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Lajouane, Bs. As., 2017, pp. 57-58).

*statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.”<sup>43</sup>

(iii) *El desplazamiento de los marcos legales regulatorios de los servicios públicos*

La regulación prevista en la Ley de Bases, con respecto a los contratos de concesiones no contempla, en el bloque de legalidad que establece, a los marcos regulatorios de los servicios públicos, tal como advierte Perrino<sup>44</sup>. Y habilita de este modo el desplazamiento de estos plexos normativos<sup>45</sup> por la documentación licitatoria contractual, de modo congruente con el paradigma que aplica<sup>46</sup>.

(iv) *Paneles técnicos y tribunales arbitrales. Prórroga de jurisdicción*

La Ley de Bases posibilita –del mismo modo que la Ley 27.328 – que el contrato administrativo de concesión huya no solo de las prerrogativas de la Administración<sup>47</sup>, sino también de los jueces locales, establecidos por la CN.<sup>48</sup>

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *Curso de...*, ya cit., p. 515.

44 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*, ejemplar del 5-8-2024, LA LEY Ar/doc/1804/2024. Para este autor, esta omisión podría ser subsanada, entre otras, por vía reglamentaria.

45 Este bloque de legalidad se encontraría configurado por las Leyes 24.076 y modif., 24.065, 19.798 y 27.078, Decretos 656/94 y N° 44/91 (PERRINO, Pablo E., ya cit., nota 41).

46 Esta ausencia se inscribe en el desplazamiento de la ley por el contrato, dado que esta previsión probablemente será prevista en la documentación licitatoria y contractual, de así considerarse. La ley deja de ser una fuente limitativa tanto de la Administración como del particular administrado en la relación iusadministrativa.

47 Nos referimos, en puridad, a las prerrogativas “fuertes” incluidas en el art. 12 del Decreto delegado 1023/01, régimen excluido tanto por la Ley 27.328 como por su similar 27.742.

48 La Ley de Bases sigue los estándares de la Ley 27.328 en muchas de sus disposiciones, singularmente en cuanto interviene sobre la relación de subordinación jurídica que por naturaleza caracteriza a la relación ius administrativa, otorgando al contratista derechos que no se encuentran en el régimen común de la contratación administrativa perfilado por el Decreto N° 1023/01. Esto admite una justificación axiológica en el campo de aplicación de la segunda dado que podría ser considerada, dentro de lo jurídicamente opinable, como un régimen de fomento; pero no encuentra fundamento suficiente en el marco de la Ley de Bases que no reviste tal carácter. Nótese que uno de los elementos que impiden considerar a un régimen como de fomento es la falta de limitación temporal de los beneficios que confiere (v. RODRÍGUEZ María José, “El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación” en AAVV, Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones Rap, pp. 679-708). En tal sentido, como advierte Perrino, la Ley de Bases no fija un plazo máximo para los contratos que se celebren en su marco a diferencia de lo que acontece con los contratos denominados de participación público privada (v. PERRINO, Pablo E., ya cit.). Por otra parte, cabe tener presente que la aplicación de la Ley N° 27.328 es reglada y subsidiaria, en tanto su art. 1° prescribe que “Los contratos de participación público-privada

Expresa el art. 12 de la Ley 17.520, sustituido por la Ley de Bases: “Todos los contratos podrán prever mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje.

Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión podrán ser sometidas a consideración de un panel técnico o tribunal arbitral a solicitud de cualquiera de ellas.

Los paneles técnicos 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.

En el caso de optarse por la vía del arbitraje con prórroga de jurisdicción, deberá incluirse la respectiva cláusula arbitral que será aprobada en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional e informado inmediatamente al Honorable Congreso de la Nación”.

Más allá de las razones de peso que obran en sustento de la desconfianza de los contratistas del Estado, teniendo presente que nuestro país adolece de políticas públicas perdurables en el tiempo con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica –variando estas, además, al son de los vaivenes políticos– lo cierto es que la justicia pactada, sea a través de paneles técnicos, sea a través del compromiso de árbitros, instala una situación de desigualdad en la contratación administrativa con respecto a los contratistas del régimen común de la contratación pública perfilado por el Decreto delegado 1023/01, que no cuentan con esta posibilidad.

Resuenan las palabras de Esteve Pardo consagradas en el título de una de sus obras, mencionada ya en este trabajo: “De la Ley al contrato, así se abre el camino a la desigualdad”<sup>49</sup>.

---

podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer”. Y que la clave de bóveda de aplicación de su régimen reside en que se trate de obras *que no se financien sustancialmente con fondos del Tesoro* (v. art. 1º, *in fine*, Reglamento aprobado por el Decreto 118/17). De tratarse de obras que se financian sustancialmente con fondos del Tesoro, corresponde la aplicación del régimen perfilado por la Ley 13.064 (v. RODRÍGUEZ, María José, “La huida...”, ya cit.). En efecto, tal como explica Cassagne, “Como condición básica para la implementación del financiamiento *privado* de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica...” (v. CASSAGNE, Juan C., “El contrato administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, 3º edición, pp. 274-275–el resaltado es propio–, cit. por PERRINO Pablo en ya cit., nota 75).

49 ESTEVE PARDO, José, ya cit.

#### 4. PROGNOSIS CONCLUSIVA

En suma, la Ley de Bases –en lo atinente a los institutos y disposiciones del derecho administrativo aquí examinados– parece inscribirse en el modelo hodierno de la “autorregulación regulada”.

Pero aun congruente con el modelo al que adscribe, exhibe algunos aspectos observables desde la economía general del ordenamiento constitucional vernáculo.

Puntualmente, al modificar el art. 1º de la LNPA –de singular trascendencia en tanto define el ámbito de predicación subjetiva de este plexo– postula en el inciso c) del aludido artículo, una vinculación positiva de la Administración extremadamente lata y difusa que desnaturaliza el principio de legalidad de la Administración, vaciándolo prácticamente de contenido imperativo y creando una suerte de “zona franca” para la Administración.

El legislador abdica en definitiva de su función legisferante al sancionar normas que deberán ser integradas por la voluntad de la Administración y puestas incluso en acto a través del concurso de la iniciativa del particular administrado sin pautas legales suficientes. Esta suerte de “delegación” que no se ajusta por cierto a los parámetros del art. 76 CN, a nuestro juicio, podría calificar, en el ordenamiento jurídico argentino, como una virtual inconstitucionalidad por omisión<sup>50</sup>. Ello, por insuficiencia de la ley formal, en tanto deslegaliza atribuciones que la propia CN ha conferido al legislador como órgano que debe determinar el Bien Común o interés público con la precisión debida<sup>51</sup>.

En lo tocante a la contratación administrativa, esta, luego de la modificación efectuada por la Ley de Bases, exhibe una fisonomía más fragmentada producida por categorías de contratos que se apartan del plexo general de la contratación administrativa perfilado oportunamente por el RCAN<sup>52</sup>, cuyo dictado tuvo vocación omnicompreensiva (v. arts. 1º, 4º y 5º, Decreto delegado N° 1023/01).

La fragmentación de la contratación administrativa se agrava por el corte del puente que la unía con las normas legales aplicables en materia de acto

50 Categoría reconocida en Fallos 344:3011, entre muchos otros.

51 V. al respecto, BARRA Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales...*, ya cit., pp. 18-20.

52 V. art. 12 *bis*, Ley 17.520, texto incorporado por el art. 72 de la Ley de Bases: “No serán de aplicación directa, supletoria ni analógica a las contrataciones sujetas a la presente ley: a) El decreto 1023/01 sus modificatorios y su reglamentación; b) Los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias. El pago del precio del contrato y/o la remuneración del concesionario constituyen una obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El Estado nacional sólo se liberará si el concesionario percibe las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.”; v. en similar sentido, art. 31, Ley 27.328.

administrativo, efectuado por el art. 27 de la Ley de Bases; ello, al suprimir este último, el párrafo *in fine* del art. 7º de la LNPA, que postulaba la aplicación directa del Título III de la LNPA a los contratos celebrados por el sector público nacional, en cuanto fuere pertinente.

Teniendo en cuenta que la teoría de la contratación administrativa exhibe desarrollos dogmáticos suficientes<sup>53</sup> que justifican una regulación unitaria, consistente y sistémica de los aspectos comunes de la categoría, cabe hacer votos para que el legislador recupere la apuntada unidad que supo concretar el RCAN.

Ello, sancionando un nuevo *régimen general con unidad sistémica*, mediante el dictado de una *ley de contratos de la Administración Nacional*. Esta, armonizada con las disposiciones introducidas en materia de función, acto y procedimiento por la citada Ley de Bases, deberá restaurar la unidad de régimen y sentido de la contratación administrativa.

Y revertir así el retroceso normativo producido, a partir de la yuxtaposición inorgánica de plexos que han sustraído, progresivamente, tipologías de contratos del ámbito de aplicación del RCAN, fulminando su aplicación<sup>54</sup> y generando un archipiélago de regulaciones<sup>55</sup> en lugar de la frustrada unidad.

La norma legal que propiciamos debería consagrar asimismo en su texto, las prerrogativas de la Administración necesarias para la protección del interés público, las garantías de los particulares, y las modulaciones regulatorias que las diferentes categorías contractuales realmente reclamen.

El dictado de este cuerpo normativo será asimismo una ocasión propicia para enmendar defectos técnicos e inconsistencias<sup>56</sup> que presenta el capítulo II del Título III de la Ley de Bases en lo tocante a la regulación de los contratos de concesiones

53 V. CASSAGNE, Juan C., “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *El Derecho - Diario*, T. 180, p. 773, 23-01-1999, ED-DCCLXV-58; BARRA, Rodolfo C. “Los actos administrativos contractuales”, ya cit.; por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Címero ha consagrado la categoría del contrato administrativo en los casos “Dulcamara” (Fallos 313:376), “Cinplast” (Fallos 316: 212), “Pluspetrol” (Fallos 330: 2286); también la PTN, singularmente, en Dictámenes 239:418.

54 V. art. 12 *bis*, Ley 17.520, texto incorporado por el art. 72, Ley de Bases.

55 Estas normas, por otra parte, impiden cimentar una “unidad en la diversidad” dado que responden a filosofías y paradigmas contrapuestos que corresponden a perspectivas en muchos sentidos, opuestas, reflejo de políticas pendulares. De allí que el resultado es un conjunto normativo que luce fragmentado y carente de consistencia y unidad de sentido.

56 V.gr., el art. 66, Ley de Bases que adicionó en el tercer párr. del art. 1º Ley 17.520, la referencia inapropiada a los servicios públicos; también el art. 73, Ley de Bases, que debió ser ubicado en el Título III, Capítulo I y no en el Capítulo II (aspectos indicados por PERRINO Pablo E., en ya cit., app. I y IV.1).

de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos, e incluso para subsanar superposiciones o duplicaciones de este capítulo con la Ley 27.328<sup>57</sup>.

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

Es Magíster en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Tributario, por la Universidad Austral. Profesora Titular de Derecho Administrativo en grado en la Universidad del Museo Social Argentino y de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza y de la Universidad Austral. Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, de la Universidad de Lorraine, Metz- Sarreguemines, Francia. Directora Académica de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Fue Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Autora de dos libros y publicaciones varias sobre la especialidad.

57 El art. 7° inc. e, párr. *in fine*, Ley 17.520 –texto sustituido por el art. 68, Ley de Bases– aparece repetido en lo tocante a la extinción del contrato por razones de interés público en el art. 7° *ter*, Ley N° 17.520, texto sustituido por la Ley de Bases; v. también, al respecto, PERRINO, Pablo E., ya cit., apartados III y IV.



# IGUALDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

ROBERTO SAGGESE  
Secretario Letrado de la Corte Suprema  
de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho a la igualdad. 2.1. Discriminación proveniente del texto de las normas. 2.2. Discriminación proveniente de la aplicación práctica de las normas. 2.3. Discriminación proveniente de actos. 3. Libertad de expresión. 3.1. Afectación directa. 3.2. Afectación indirecta.\*

## I. INTRODUCCIÓN

De varios precedentes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años se advierte que el tribunal ha comenzado a elaborar y aplicar en ciertos casos un estándar de control de constitucionalidad mucho más intenso que los tradicionales. Se trata del denominado “estándar de presunción de inconstitucionalidad”.

Este nuevo estándar, a diferencia de los tradicionales, implica que la norma sometida a control se presume inconstitucional. Dicha presunción conlleva la inversión de la carga probatoria y, por lo tanto, será la parte que pretenda la declaración de constitucionalidad quien deberá demostrar que la norma cumple con todos los requisitos necesarios a tal fin.

Aunque existen algunas referencias en sentencias dictadas hace varios años,<sup>1</sup> este estándar fue aplicado por primera vez por una mayoría del tribunal en 2004 (“Hooff”) y luego en 2006 (“Gottschau”). Esos precedentes construyeron las bases de esta novedosa doctrina, pero sus avances más significativos vinieron después, con el dictado de sentencias más recientes.

\* El presente trabajo es una adaptación del Capítulo I de la obra *El estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la CSJN*, Rubinzal-Culzoni, 2024.

<sup>1</sup> El primer antecedente fue el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, fallado en 1988 (Fallos 311:2272).

De acuerdo con la jurisprudencia actual de nuestra Corte Suprema, el estándar de presunción de inconstitucionalidad resulta aplicable cuando están en juego dos derechos en particular: el derecho a la igualdad y la libertad de expresión.

En materia de igualdad, el estándar se aplica a supuestos de discriminación (categorías sospechosas) proveniente del texto de las normas, de la aplicación práctica de ellas y de actos. El concepto de discriminación se identifica con el de categorías sospechosas en la medida en que ambos aluden a la idea de restricción de derechos en función de criterios prohibidos. Esa idea está presente en los tres supuestos en los que se aplica el estándar. Lo que distingue a cada uno de ellos es el origen o la fuente de la discriminación: en el primer caso proviene de la norma (de su propio texto); en el segundo de la aplicación práctica de ella; y en el tercero la discriminación surge de un acto.

En el ámbito de la libertad de expresión, el estándar se aplica tanto a los supuestos de afectación directa (censura previa) como indirecta (a través de medios económicos).

## 2. DERECHO A LA IGUALDAD

La jurisprudencia clásica de la Corte en materia de igualdad –anterior a este nuevo estándar– sostenía que la arbitrariedad en cualquier tipo de distinción no se presumía y por lo tanto la discriminación no sería tenida por cierta hasta que fuera probada por quien la invocare<sup>2</sup>.

Según esa visión tradicional, el derecho de las personas a ser tratadas de igual modo por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas sino un principio genérico que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.<sup>3</sup> El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados<sup>4</sup>. De ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación en la medida en que dichas distinciones obedezcan a una objetiva razón de diferenciación<sup>5</sup>.

2 Fallos 306:2147.

3 Fallos 153:67; 229:765. En 1875, en el conocido precedente “Criminal *c/* Olivar” (Fallos 16:118), la Corte expresó que “...el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos”.

4 Fallos 229:428.

5 Fallos 229:428; 302:457; 306:195; 306:1560; 320:1166.

Esas clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de la Corte, tenían siempre una presunción favorable que debía ser derrotada por la parte interesada, demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional era manifiesta, clara e indudable<sup>6</sup>.

Ahora bien, esa concepción tradicional fue luego complementada con un examen mucho más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios expresa y específicamente prohibidos por la Constitución Nacional o por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Desde esta nueva perspectiva, este tipo de clasificaciones resulta sospechosa y es esa sospecha la que motiva la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad. Una norma o acto que quite u otorgue derechos a unos y no a otros con fundamento en alguno de esos criterios prohibidos pasa a ser considerada *prima facie* discriminatoria y esa circunstancia justifica la presunción de su inconstitucionalidad<sup>7</sup>.

En nuestro Derecho, a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución, existe la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados 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 (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)<sup>8</sup>.

6 Fallos 100:318; 209:200; 210:848; 210:1129; 246:172; 314:424; 332:433.

7 La introducción de esta novedosa doctrina no estuvo exenta de críticas. Autores importantes han mostrado un férreo desacuerdo con esta idea, sobre todo por los efectos negativos que podría generar en materia de seguridad jurídica. Entre ellos, Segundo V. Linares Quintana ha escrito: “[s]in desconocer el plausible propósito institucional que pueda inspirar a la doctrina de la presunción de inconstitucionalidad [...], receptando una opinable línea de pensamiento de los tribunales de los Estados Unidos, la consideramos riesgosa en grado sumo para la consecución práctica del propósito que la inspira, por su evidente imprecisión y ambigüedad, capaces de generar imprevisibles manipuleos conceptuales con consecuencias y proyecciones atentatorias contra la certeza y, por ende, la seguridad jurídica inseparables de la libertad individual y sin las cuales mal puede ésta existir; y nos basta recordar para fundamentar nuestra inquietud al respecto, la honda preocupación expuesta por el *justice* Jackson de la Suprema Corte norteamericana, y a la que ya nos refiriéramos con anterioridad, de que: ‘no podemos dar a algunos derechos una posición de preferencia sin relegar a otros derechos a una posición inferior’” (*Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein*, 2ª edición actualizada y aumentada, LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, tomo I, p. 562). El comentario estuvo motivado y se refiere al voto de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, que como se verá enseguida fue el primer antecedente del estándar en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

8 También deben mencionarse la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 y 3) y la Convención Americana sobre Derechos

Como adelanté, en el ámbito del derecho a la igualdad, la Corte aplica este nuevo estándar de presunción de inconstitucionalidad en los supuestos de discriminación (categorías sospechosas), lo cual puede surgir del texto de una norma, de su aplicación práctica o de un acto.

### 2.1. *Discriminación proveniente del texto de las normas*

La primera mención del estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte se refirió a este supuesto y aparece en el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”<sup>9</sup>, fallado en 1988.

Una mujer nacida en los Estados Unidos cuestionó la constitucionalidad de una resolución de la provincia de Buenos Aries que le impedía –al exigir el requisito de la nacionalidad argentina– desempeñarse como maestra del nivel preescolar en la actividad privada. En el referido voto se expresó que “... en consecuencia, cabe concluir –ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional– que toda distinción entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”; y se concluyó que “...la demandada no ha cumplido con el requisito arriba mencionado, toda vez que no ha probado cuál es el ‘interés estatal insoslayable’ que se ha visto protegido en el caso”.

La mayoría se integró con tres votos concurrentes. El primero, de los jueces Caballero y Belluscio; el segundo –recién aludido– de los jueces Petracchi y Bacqué; y el tercero del juez Fayt. El primero y el segundo son idénticos en sus primeros seis considerandos. El segundo agrega un séptimo considerando que contiene las expresiones transcritas en el párrafo anterior.

Un párrafo inserto en el considerando 4º del texto común a esos dos votos podría hacer pensar que los cuatro jueces presupusieron que las normas en juego estaban afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. El párrafo expresa: “[n]o hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos, por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones

---

Humanos (art. 24), además de instrumentos específicos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

9 Fallos 311:2272.

entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional”<sup>10</sup>.

No obstante, tal interpretación no parece del todo convincente. La circunstancia de que los dos votos sean idénticos en los primeros seis considerandos y que la referencia a la presunción de inconstitucionalidad aparezca en el considerando 7º agregado en el voto de los jueces Petracchi y Bacqué parece indicar más bien que los jueces Caballero y Belluscio no compartieron lo expresado en dicho considerando; de lo contrario los cuatro jueces podrían haber firmado un mismo voto. Cabe inferir entonces que la expresión contenida en el considerando 4º no tuvo la intención de introducir el nuevo estándar, sino que, por el contrario, se orientó a sostener la idea de que cuando una norma establece una discriminación prohibida nada debería presumirse sino que sería directamente inconstitucional.

Sin perjuicio de ello, este fallo constituyó un verdadero *leading case*, pues fue el primer antecedente en el cual se hizo referencia a la presunción de inconstitucionalidad.

Diez años más tarde, en el caso “Calvo y Pesini”<sup>11</sup>, al debatirse la constitucionalidad de una norma que impedía a los extranjeros desempeñarse en el servicio de salud de un hospital público, la Corte –ahora por mayoría– consideró que debía exigirse a la demandada una “justificación suficiente de la restricción” consagrada en la norma y que ello suponía la existencia de un “razonable interés estatal”. Es decir, el tribunal invirtió la carga de la prueba, una solución consistente con la presunción de inconstitucionalidad, aunque sin hacer referencia expresa a esto último. Este precedente fue el primero en que una mayoría del tribunal adoptó un criterio que empezaba a dejar de lado la habitual presunción de constitucionalidad que tenía este tipo de distinciones. Dado que la provincia demandada no justificó ni acreditó los extremos exigidos, la norma fue declarada inconstitucional. El estándar de presunción de inconstitucionalidad estaba en plena gestación.

Dos años después la Corte falló el caso “González Delgado”<sup>12</sup>, donde se debatía la validez de una ordenanza dictada por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba mediante la cual se había transformado al Colegio Nacional de Monserrat en un establecimiento de educación mixta. La

10 Es la interpretación que sostienen Hernán V. GULLCO y Enrique T. BIANCHI en La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente (La Ley 0003/008074) y Alberto F. GARAY en Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas (La Ley 1989-B, 931). Este último apunta que ambos votos producen en la práctica una inversión de la carga de la justificación constitucional de la norma bajo análisis, pues en ambos casos es el Estado y no el individuo quien debe demostrar que aquella no transgrede la Constitución.

11 Fallos 321:194 (1998).

12 Fallos 323:2659 (2000).

mayoría del tribunal no abordó la cuestión relativa a la discriminación por sexo.<sup>13</sup> Sí lo hizo, en cambio, el juez Petracchi en su voto concurrente, donde afirmó que “... aun cuando alguna ‘distinción’ o ‘discriminación’ sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican –a los fines de la eventual justificación– son muy exigentes” y que “[s]i la exclusión en el goce de un derecho está fundada en una de aquéllas [en referencia a los trece criterios prohibidos de discriminación que menciona el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos] habrá una ‘presunción’ o una ‘sospecha’ de ilegitimidad que tendrá por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba”.

Uno de los avances más importantes se produjo en 2004, al dictarse el precedente “Hoofit”<sup>14</sup>, primer fallo en el cual el estándar fue enunciado de manera expresa y aplicado por una mayoría del tribunal.<sup>15</sup> Allí se cuestionó la validez del art. 177 de la Constitución bonaerense que imponía como condición para ser juez de cámara haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, generando una distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos. La sentencia contiene varias definiciones acerca de los supuestos en los que se aplica el estándar y sus consecuencias.

La Corte, tras remitir al dictamen del Procurador General –que propiciaba la incompatibilidad de la norma local con el art. 16 de la Constitución Nacional– sostuvo que frente a normas tan explícitas como el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran el derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país, “... una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (‘ciudadanos’, en los pactos) de primera clase (los ‘nativos’ y los ‘por opción’), y otros de segunda clase (los ‘naturalizados’, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”. Agregó, con cita de John Stuart Mill, que “[d]esde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre

13 Por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la mayoría confirmó la sentencia que había rechazado la acción de amparo iniciada por padres de alumnos del colegio contra la referida ordenanza. Los fundamentos del dictamen se limitaron a que el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba había actuado con competencia para dictar la ordenanza y que por lo tanto no correspondía expedirse sobre su mérito, oportunidad o conveniencia.

14 Fallos 327:5118.

15 El tribunal reconoció la influencia del precedente “Calvo y Pesini”, con la aclaración de que si bien dicho caso concernía a la discriminación entre nacionales y extranjeros –en tanto que “Hoofit” se refería a la distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos–, su criterio era aplicable *mutatis mutandi*.

los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad”<sup>16</sup>.

El tribunal entendió que el actor –que había nacido en el extranjero pero se había naturalizado como argentino– era discriminado por el origen de su nacionalidad, situación que encuadraba en uno de los supuestos de discriminación que prohíben los pactos. Expresó entonces que “[e]llo hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el ‘origen nacional’), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba”; y agregó que “...la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. La conclusión fue, lógicamente, que la demandada no había logrado cumplir con tales exigencias.

Dos años más tarde la Corte falló el caso “Gottschau”<sup>17</sup>, donde se discutía la constitucionalidad de una norma local que imponía el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de primera instancia en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La Corte aplicó el mismo estándar que en “Hooft”, con la aclaración de que el control de mera razonabilidad funciona cuando se trata de la impugnación de normas que gozan de presunción de constitucionalidad pero resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. En estos casos, sostuvo, se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características habían sido delineadas en aquel caso. Agregó que, por lo tanto, no era suficiente para la demandada la sola alegación de que la exigencia de la nacionalidad argentina fuera razonable o aun conveniente y resultara adecuada al fin perseguido, sino que debía acreditar que existían fines sustanciales que hacían al ejercicio de funciones básicas del Estado –como lo es la jurisdicción– que requerían que el cargo solo pudiera ser cubierto por argentinos, además de disipar toda duda sobre la existencia de medidas

16 La cita corresponde a la obra *The Subjection of Women*, Wordsworth Classics of World Literature, 1996, p. 118.

17 Fallos 329:2986 (2006).

alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado. En cuanto a esto último (necesidad del medio), el tribunal señaló que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, más que a la nacionalidad, a la extensión de la residencia en el país o al lugar en el cual los estudios fueran efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parecía apuntar. Ello demostraba, a juicio de la Corte, que no se había optado por alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante<sup>18</sup>.

En “Reyes Aguilera”<sup>19</sup> se juzgó la constitucionalidad de un decreto que exigía el plazo de veinte años de residencia a los extranjeros para obtener una pensión por invalidez. No obstante, solo el voto conjunto del juez Petracchi y de la jueza Argibay aplicó el estándar, al señalar que “... la norma antes citada prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que [la norma] está directamente contrapuesta con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional...”. Agregaron que “[e]sa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción

18 El voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco y del juez Maqueda transitó por un carril distinto. Consideraron que la distinción entre nacionales y extranjeros no debía presumirse inconstitucional. En ese sentido expresaron que “[s]i bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa ‘Hooff’ [...], en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad. La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción supere el test de constitucionalidad. Así lo confirma lo dispuesto en el art. 23, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], en tanto establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de las oportunidades a que se refiere el inc. 1° –entre ellas el acceso a las funciones públicas–, por razones de [...] nacionalidad [...]”. Planteado en estos términos, parece tratarse de un estándar intermedio que se sitúa entre el de mera razonabilidad y el de presunción de inconstitucionalidad. El juez Maqueda reiteró esta idea en su voto concurrente en “Reyes Aguilera”, que será examinado a continuación. Sobre un análisis crítico de esta postura puede verse SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo y ELÍAS, José S., *Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia*, Jurisprudencia Argentina 2012-IV, Suplemento del fascículo n° 13, Buenos Aires, 26 de diciembre de 2012, pp. 18 y 19; y ELÍAS, José S. y SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, *Los distintos “anteojos” de la Corte según los derechos en juego*, en Tratado de los derechos constitucionales, directores Julio C. Rivera (h), José S. ELÍAS, Lucas S. GROSMAN y Santiago LEGARRE, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, tomo III, pp. 1440 a 1444.

19 Fallos 330:3853 (2007).

de inconstitucionalidad”<sup>20</sup>. En el párrafo siguiente reiteraron lo dicho en “Hoofft” y “Gottschau” sobre las consecuencias de la aplicación del escrutinio estricto: inversión de la carga de la prueba, fines sustanciales y medios necesarios<sup>21</sup>.

En el caso “Mantecón Valdés”<sup>22</sup>, al juzgar la constitucionalidad de un artículo del Reglamento para la Justicia Nacional que exigía ser argentino para ingresar al Poder Judicial de la Nación (más concretamente, para concursar al cargo de auxiliar de la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), nuevamente una mayoría de la Corte aplicó el estándar al fallar por remisión parcial al dictamen del Procurador General de la Nación que, a su vez, remitía a lo resuelto por el tribunal en “Hoofft” y “Gottschau”<sup>23</sup>.

Un caso muy particular fue “Partido Nuevo Triunfo”<sup>24</sup>, en el cual se aplicó el estándar en un supuesto de discriminación en razón de ideas políticas. El tribunal

20 Concurrieron con la decisión –aunque no con los fundamentos– el voto conjunto de los jueces Fayt y Zaffaroni y el voto del juez Maqueda. Los dos primeros no abordaron la cuestión atinente a la discriminación porque directamente consideraron inconstitucional el requisito de residencia de 20 años para acceder al beneficio, por desconocer los derechos de la seguridad social y comprometer el derecho a la vida. El juez Maqueda consideró que el requisito de residencia continua en el país para los extranjeros era constitucionalmente válido –en línea con la postura que había adoptado en “Gottschau”–, aunque estimó inconstitucional el plazo de veinte años. Para arribar a tal conclusión sostuvo que las reglamentaciones que distinguen entre nacionales y extranjeros no son en principio inconstitucionales y que por esa razón el legislador se encuentra habilitado a emplearla cuando responda a intereses que involucren el bienestar general y respondan a una justificación razonable y proporcional con los propósitos que persiguen. Entendió que el requisito de residencia en el país aparecía ligado a la necesidad de un cierto grado de integración y permanencia que resultaba de relevancia jurídica al tiempo de organizar un sistema de asistencia social que, sin desatender los principios constitucionales en la materia, velara porque tales beneficios no se convirtieran en una carga de tal magnitud que pudiera afectar el nivel global de otras prestaciones y obligaciones que le corresponden al Estado. En cuanto al plazo, consideró que resultaba manifiestamente irrazonable porque su exorbitancia convertía en ilusorio el derecho a la pensión e importaba en los hechos una discriminación indirecta en tanto equivalía a vedar el beneficio a los extranjeros. La jueza Highton de Nolasco y el juez Lorenzetti, en disidencia, remitieron al dictamen del Procurador Fiscal subrogante que, sin aplicar el estándar, se había pronunciado a favor de la validez constitucional de la norma impugnada.

21 Sobre este fallo puede verse el comentario de Roberto Gargarella, *Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo “Reyes Aguilera”*, *Jurisprudencia Argentina 2007-IV*, pp. 731-736.

22 Fallos 331:1715 (2008).

23 La jueza Highton de Nolasco y el juez Maqueda votaron en disidencia parcial remitiendo a su voto conjunto en “Gottschau”. Sostuvieron que la condición de argentino no configuraba un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretendía acceder y que por ello carecía de una justificación suficiente con el fin perseguido por la norma. Tal conclusión –agregaron– no enervaba la facultad de establecer otros requisitos destinados a acreditar el arraigo y un cierto grado de pertenencia, como exigir un plazo de residencia o la realización de estudios en el país.

24 Fallos 332:433 (2009).

confirmó la sentencia que había denegado el reconocimiento de la personería jurídica a una agrupación política que promovía ideas y prácticas discriminatorias. Para así decidir, aplicó el estándar partiendo de la base de que “... el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales –antes que meramente convenientes– y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”<sup>25</sup>.

Este caso fue el único en el que la Corte entendió revertida la presunción de inconstitucionalidad, al considerar que se encontraban cumplidos los requisitos requeridos para ello. Lo dijo en estos términos: “... la decisión de negar autorización al Partido Nuevo Triunfo supera los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad, tanto desde el punto de vista del criterio amplio cuanto del más estricto impuesto por las cláusulas antidiscriminatorias. En efecto, el régimen de partidos políticos, tal como ha sido interpretado en la sentencia apelada, distingue del resto a aquellas organizaciones cuyo programa político incluya la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional y ese distingo responde a una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar”. Agregó que “...un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es, entonces, desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas”. Finalmente expresó que “[e]s por tal razón que no sólo resulta conveniente, sino imperativo, que las autoridades de la República Argentina tomen en cuenta este dato a efectos de trazar políticas orientadas a impedir el proselitismo a favor de semejante oferta política. Lo contrario implicaría permitir no sólo el elogio de conductas que constituyeron uno de los peores crímenes de que tenga recuerdo la humanidad, sino incluso consentir la realización de un programa orientado a reproducirlo en alguna medida”.

El fallo construye una sólida argumentación para justificar el insoslayable interés estatal de evitar la propagación de las ideas sostenidas por el partido. En cuanto a la necesidad del medio, cabe inferir que el tribunal entendió que la denegación de la personería jurídica constituía la medida menos restrictiva para alcanzar aquel objetivo.

En el caso “Pérez Ortega”<sup>26</sup> se cuestionó una ley que exigía la nacionalidad argentina para ingresar en la administración pública nacional. La mayoría de la Corte remitió a los precedentes “Calvo y Pesini” y “Gottschau” y afirmó que “... el artículo 7°, inciso d, de la Ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser

25 El voto concurrente del juez Fayt no aplicó el estándar.

26 Fallos 336:131 (2013).

considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos”.

Por último, en el caso “Zartarian”<sup>27</sup>, se planteó la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Córdoba que no contemplaba al conviviente varón en la nómina de causahabientes con vocación al beneficio de pensión. La Corte aprovechó la oportunidad para reafirmar la vigencia del ya consolidado estándar. Expresó que “[e]l tribunal ha aplicado un escrutinio riguroso sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social...” y agregó –con cita de “Hooft”, “Gottschau” y “Mantecón Valdés”– que “...cuando [...] ha tenido que expedirse sobre la validez de las leyes que utilizan, como en el caso, alguno de esos criterios de clasificación expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad [...], que sólo cae si la demandada justifica los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demuestra que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado”.

Luego, la Corte destacó el incumplimiento de estos recaudos (fin sustancial y medio necesario) al considerar que la demandada no había justificado que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondiera a un fin trascendente que únicamente pudiera ser alcanzado por ese medio, pues se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba y a citar otra norma que también deparaba un tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez. Frente a esa ausencia de argumentos, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma<sup>28</sup>.

Antes de concluir con el análisis de estos casos resulta oportuno hacer referencia al precedente “ALITT”<sup>29</sup>, donde a pesar de que se juzgaba la constitucionalidad de una decisión fundada en un criterio discriminatorio y haber sido fallado dos años después que “Hooft”, la Corte no aplicó el estándar.

Se cuestionaba la resolución de la Inspección General de Justicia que había denegado a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual la autorización para funcionar como persona jurídica por considerar no cumplido el requisito legal de tener por principal objeto el bien común, tal como exigía el Código Civil entonces vigente (artículo 33, segunda parte, apartado 1°). Si bien

27 “Z., J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción”, sentencia del 20 de agosto de 2014 (no publicada en la Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

28 El mismo criterio fue aplicado en el caso “Salas” (Fallos 338:399; 2015).

29 Fallos 329:5266 (2006).

el tribunal reconoció que la orientación sexual del grupo al que pertenecían los integrantes de la asociación había tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada, la resolución del caso se centró en la afectación del derecho de asociación.

Sobre lo primero la Corte expresó que “... no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia”, y que “...tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo”.

No obstante, en el considerando final el tribunal concluyó que “[l]a diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada Convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso”.

Otra posible solución del caso podría haber partido de considerar que la decisión del órgano estatal resultaba sospechosa de discriminación hacia los integrantes de la asociación actora por haberles negado la autorización para funcionar como persona jurídica en razón de un criterio prohibido (orientación sexual) y sobre esa base aplicar el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

También podría interpretarse que la Corte consideró que la orientación sexual no constituye un criterio prohibido que dé lugar a la aplicación del estándar, por no tratarse de una categoría expresamente vedada por la Convención

Americana sobre Derechos Humanos ni por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>30</sup>.

En suma, de los precedentes analizados surge lo siguiente:

La doctrina de la presunción de inconstitucionalidad fue introducida en la jurisprudencia del tribunal en el voto de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso “Repetto”, fallado en 1988.

El primer caso en que una mayoría de la Corte invirtió la carga de la prueba, a pesar de no hacer referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, fue “Calvo y Pesini”, sentenciado diez años más tarde, en 1998.

El caso “Hoof”<sup>31</sup>, del año 2004, fue el primero en que una mayoría del tribunal aplicó expresamente el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

A partir de allí, el estándar fue aplicado por la Corte de manera sostenida hasta la actualidad en los casos de discriminación proveniente del texto de las normas. Quizá la única excepción sea el caso “ALITT”, sobre discriminación por orientación sexual.

El caso “Partido Nuevo Triunfo” fue el único en el que la Corte consideró que se había logrado revertir la presunción de inconstitucionalidad.

Si bien el tribunal afirmó siempre que el estándar se aplica respecto de todos los criterios de distinción prohibidos, los únicos casos resueltos –sobre este supuesto de discriminación proveniente del texto de las normas– se refieren a distinciones en razón de la nacionalidad, con la única excepción de “Partido Nuevo Triunfo”, donde la distinción se fundó en ideas políticas.

## 2.2. *Discriminación proveniente de la aplicación práctica de las normas*

En este supuesto quedan comprendidos todos aquellos casos en los cuales la discriminación no surge del texto de las normas sino de sus efectos prácticos. La norma es neutral en su literalidad dado que su texto no contiene ninguna distinción prohibida; sin embargo, aplicada en un momento y lugar determinado, genera en los hechos una discriminación. Por esa razón la discriminación está “oculta” o “encubierta”.

A este supuesto se refirió la Corte en el precedente “Castillo”<sup>31</sup>, quizá una de las sentencias constitucionales más relevantes de los últimos años.

30 En este sentido se pronuncia María Marta Dider, quien además critica la jurisprudencia que considera a la orientación sexual como una categoría sospechosa (*El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 305 y *El principio de no discriminación y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Apuntes críticos sobre el caso F.*, *El Derecho* 235-2010, pp. 909 a 916).

31 Fallos 340:1795 (2017).

El tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley de educación de la Provincia de Salta en cuanto disponía que la enseñanza religiosa “...integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”.

El razonamiento partió de considerar que luego de la reforma constitucional de 1994, a la luz del art. 75 inc. 23 y de las diversas disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación sino también desde una “perspectiva estructural” que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Esta nueva comprensión considera el “contexto social” en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas, las prácticas que de ellas se derivan y el modo en que impactan en los grupos desventajados.

Continuó afirmando el tribunal que esta perspectiva de la igualdad conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad. En ese enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad, es decir, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial<sup>32</sup>.

Hasta acá la decisión siguió, en cuanto al estándar aplicable, la línea de los precedentes examinados bajo el supuesto anterior.

Pero el fallo continuó con una construcción inédita en la jurisprudencia del tribunal, partiendo de la siguiente afirmación: “... hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, puede ocurrir, sin embargo, que *prima facie* la norma –aplicada en un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, ‘leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras’ causantes de una ‘discriminación sistémica [...] que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros’”<sup>33</sup>.

32 Con cita del precedente “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433).

33 Las transcripciones que hace la sentencia corresponden a la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (puntos 10 y 12).

Bajo esa premisa, la Corte consideró que en esos supuestos (norma neutral que *prima facie* genera un impacto desmedido en los miembros de un grupo) será necesario comprobar la manera en que la norma se implementó. Es decir, la disposición cuestionada por la existencia *prima facie* de discriminación requiere analizar los efectos que su aplicación generó en la realidad, y si se comprobaba la desigualdad, el Estado debería justificar la necesidad de esos efectos desproporcionados para evitar la declaración de inconstitucionalidad.

El análisis de constitucionalidad no recae sobre la norma ni sobre la práctica de manera aislada sino sobre ambas cosas a la vez, de modo que el objeto de revisión constitucional está conformado por la norma y sus efectos prácticos como un todo inescindible.

Para justificar este novedoso criterio la Corte sostuvo que si el análisis no se centrara en la norma como causante de efectos discriminatorios, el efecto negativo de la ley se perpetuaría más allá de que una y otra vez se invalidasen las prácticas, pues estas últimas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Por esa razón resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña.

Tras esas consideraciones, la Corte expresó que la norma en cuestión era en “apariencia” neutral porque, en principio, de su letra no surgía preferencia de ningún culto respecto de otro. Sin embargo, estimó que resultaba incuestionable que el contexto social en el que dicha norma se aplicaba estaba caracterizado por una preponderancia de la población que profesaba la religión católica y que de las constancias de la causa –y de la audiencia pública que se había celebrado ante el tribunal– se desprendía que la aplicación de la norma había causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios.<sup>34</sup> Agregó que dentro del sistema educativo público de la provincia existían patrones sistemáticos de trato

34 El tribunal tuvo por acreditado que la aplicación de la norma había favorecido en los hechos conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integraban el grupo religioso predominante. Para llegar a esa conclusión hizo mérito de varias circunstancias, como por ejemplo: (i) que en numerosas escuelas públicas salteñas se había adoctrinado a los alumnos en el catolicismo; (ii) que había alumnos en las aulas durante las clases de catequesis pese a que sus padres habían exteriorizado la voluntad de que sus hijos no recibieran educación religiosa o habían manifestado en forma expresa que no profesaban religión alguna; (iii) que en algunos casos los padres habían consentido que sus hijos permanecieran en el aula durante las clases de enseñanza religiosa por cuestiones de seguridad, o que ingresaran a la escuela más tarde, una vez concluida la clase de religión, para que no fueran “individualizados y segregados”, o que fueran durante ese horario a la biblioteca o a una clase de música; y (iv) que las prácticas y usos propios del catolicismo no se llevaban a cabo exclusivamente en el espacio curricular destinado a la educación religiosa, pues se efectuaban rezos a diario al comienzo de la jornada escolar, se realizaban ocasionales lecturas de pasajes de la Biblia y escritura de oraciones en los cuadernos de los alumnos al inicio de cada día de clases, se bendecía la mesa y se agradecía a Dios por los alimentos en los desayunos y meriendas y se celebraban festividades patronales.

desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes, y que la forma como se venía implementando la enseñanza religiosa –durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas– había generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesaban el culto mayoritario, sin que la provincia hubiera justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementaba.

El tribunal concluyó que la norma en cuestión no contenía un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tenía decisivos efectos discriminatorios y de este modo violaba el principio de igualdad y no discriminación que deben orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva. Esos desequilibrios fácticos afectaban la constitucionalidad de la norma porque esta última había contribuido causalmente a su producción, aumentando la situación de desventaja en que se encontraban los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes. Por consiguiente, no solo resultan violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyan a determinado grupo sino también aquellas que, como sucedía en el caso, tenían comprobados efectos o impactos discriminatorios.

Finalmente, la Corte realizó una aclaración para distinguir este supuesto de otros. Señaló que aquí no se trata de una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma en un caso concreto, es decir, una situación en la que el inconveniente se presenta en la aplicación práctica de la norma que es contraria a su contenido, un caso *contra legem* en el que no se implementa lo que la norma prevé. De ser así no estaría justificada su declaración de inconstitucionalidad porque el problema no estaría en la norma sino en su aplicación ilegal.<sup>35</sup> Por el contrario, en este caso se está en presencia de una norma irrazonable por contener una discriminación encubierta. La norma, a pesar de su literalidad, es inconstitucional porque genera como consecuencia natural un comprobado efecto sistémico de desigualdad. Por lo tanto, de no recurrir a esta forma de analizar la cuestión constitucional, propia del derecho antidiscriminatorio, el impacto negativo de la ley se perpetuaría aunque se invalidasen las prácticas.

Es decir, el tribunal calificó la norma como aparentemente neutral, en tanto no contenía de modo explícito una categoría sospechosa. Sin embargo, como el actor había demostrado que la norma generaba en los hechos un impacto desproporcionado hacia un grupo, la Corte entendió que para analizar su constitucionalidad debían considerarse también sus efectos prácticos. Comprobada la desigualdad invocada, el tribunal exigió que el Estado justificase la necesidad de los efectos desproporcionados de la disposición.

La norma es en apariencia neutral, pues no surge de su letra ningún tipo de discriminación. Sin embargo, en su aplicación práctica genera un trato

35 Doctrina de Fallos 317:44; 328:2966.

desigualitario hacia un grupo. Frente a ello, el examen de constitucionalidad de la norma debe incluir también la valoración de sus efectos. Es la comprobación fáctica de ese impacto desproporcionado lo que dispara la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad.

A diferencia del supuesto anterior, donde la categoría sospechosa y la consecuente presunción de inconstitucionalidad surgen del propio texto de la norma (*on its face*), aquí ambas cosas derivan de los efectos que la norma produce en un caso dado (*as applied*). Mientras en el primer supuesto la discriminación es expresa y se conoce de antemano, en el segundo está encubierta y solo puede percibirse luego de examinar las consecuencias prácticas que genera. En definitiva, una norma de apariencia neutral que pierde su presunción de constitucionalidad por los efectos que produce.

De esta manera, la Corte cambió una antigua doctrina según la cual la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debía surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella pudiera hacerse en un caso concreto.<sup>36</sup> En ese sentido, el tribunal tenía dicho que efectuar el análisis de constitucionalidad de las normas sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas y que, por tanto, resultaría inadmisibles declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento, dado que éstas pueden ser modificadas permanentemente<sup>37</sup>. A su vez, con especial referencia a la igualdad, tenía un criterio consolidado según el cual la afectación a la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional requería que la desigualdad resultara del texto mismo de la ley y no de la aplicación que de ella hubiera realizado la autoridad encargada de su ejecución<sup>38</sup>.

En este punto radicó el principal motivo de la disidencia parcial del juez Rosatti, quien declaró la constitucionalidad de las normas, pero la inconstitucionalidad de todas las prácticas que implicasen la prevalencia de un culto por sobre los demás o la discriminación de quienes profesaran algún culto en particular o no profesaran ninguno. Según este juez, una vez admitido que las normas no lesionaban derechos constitucionales y resultaban acordes con los tratados internacionales, pero aceptado también que el panorama fáctico distaba de garantizar el pleno goce de los derechos en juego para todos los habitantes de la provincia en los términos exigidos por la disposición legal, la solución no podía ni debía pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtuaban y por establecer las condiciones necesarias para que alcanzaran plena vigencia.

36 Fallos 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109; 340:141.

37 Fallos 288:325.

38 Fallos 237:266; 272:231; 294:87.

En resumen, si bien existe un único caso fallado por la Corte sobre este supuesto (“Castillo”, 2017), en la medida en que la doctrina allí sentada no ha sido modificada, puede considerarse que se trata de un criterio vigente en la jurisprudencia del tribunal, criterio que varió su antigua doctrina según la cual la afectación del derecho a la igualdad requería que la desigualdad surgiera del propio texto de las normas y no podía juzgarse en función de los resultados de su aplicación.

### 2.3. *Discriminación proveniente de actos*

En el caso “Sisnero”<sup>39</sup> la Corte tuvo oportunidad de juzgar la constitucionalidad de un acto tildado de discriminatorio. Se trataba de un amparo colectivo iniciado por una mujer por afectación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de su imposibilidad –y de las mujeres en general– de acceder a un puesto de trabajo como conductora de colectivos en las empresas de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta, pese a cumplir con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto.

A diferencia de los casos anteriores, donde la discriminación surge del texto de las normas o de su aplicación práctica, aquí la discriminación proviene de un acto y, por lo tanto, no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable. El problema que presentan estos casos es que sus verdaderos motivos suelen ser más presuntos que patentes, difíciles de demostrar, pues normalmente las razones subyacentes a la diferencia de trato permanecen en la mente de su autor y la información que podría servir de prueba está en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Por esa razón, si se aplicaran los criterios tradicionales sobre la carga de la prueba se ofrecería una protección demasiado débil al derecho constitucional en juego.

Para compensar esa dificultad la Corte aplicó el estándar probatorio que había elaborado tres años antes en el precedente “Pellicori”<sup>40</sup> para juzgar la constitucionalidad de un despido *a priori* discriminatorio.<sup>41</sup> En dicho precedente sentó la siguiente regla: a la parte que invoca un acto discriminatorio le basta con acreditar los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso la parte demandada, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, deberá probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Es decir, si el actor acredita la existencia

39 Fallos 337:611 (2014).

40 Fallos 334:1387 (2011).

41 En “Pellicori” la actora había solicitado la declaración de nulidad de su despido y la reinstalación en el cargo por considerar que el motivo real del distracto no era el invocado a modo de justa causa por la empresa demandada sino que respondía a razones de índole discriminatoria.

de hechos que permitan presumir el carácter discriminatorio del acto, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia<sup>42</sup>.

Esta regla no exime de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto sino que hace pesar sobre ella la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente pueda inferirse la discriminación. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión total de la carga probatoria, pues el demandado solo deberá probar los hechos que permitan descartar el motivo *prima facie* acreditado.

Estos criterios fueron ratificados y precisados más recientemente en los casos “Varela”<sup>43</sup> y “Caminos”<sup>44</sup>.

En “Varela” se discutía si había existido un despido por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o en una opinión gremial según la ley 23.592. La Corte sostuvo que resultaba aplicable el estándar probatorio fijado en “Pellicori” y “Sisnero” y que dicho estándar adquiría contornos específicos en función de lo que aquellas leyes disponían.

En ese sentido, recordó que cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación. Agregó que quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar *prima facie* que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca, puesto que no cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien alega un despido discriminatorio en los términos de la Ley 23.551 debe mostrar que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar que estaba ejerciendo una actividad protegida por dicha ley de modo regular, tal como lo exige su art. 47, ya que no toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical. Señaló asimismo que en el caso de la Ley 23.592 el interesado debe acreditar que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión.

Una vez demostrados por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio, a cuyo

42 En “Sisnero” el tribunal consideró acreditada *prima facie* la discriminación con la constatación de que en las empresas demandadas no existían mujeres contratadas y que dicha práctica se había mantenido aún después de las sucesivas postulaciones y reclamos de la actora. A su vez, consideró que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas demandadas resultaban inadmisibles para destruir la presunción de que ellas habían incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular.

43 Fallos 341:1106 (2018).

44 Fallos 344:1336 (2021).

fin el tribunal aclaró que esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado respecto de aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. En el primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no veda el supuesto de despido sin causa y por lo tanto el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las Leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios, que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado.

Finalmente, en el caso “Caminos” se debatió sobre la existencia de una conducta discriminatoria del empleador en razón de que la desvinculación laboral había sido simultánea a la difusión pública de aspectos de la vida privada de la actora que no guardaban relación con las obligaciones que emergían del contrato de trabajo.

En el dictamen del Procurador Fiscal –al que la Corte remitió–, además de aplicar el estándar de “Pellicori” y “Sisnero”, se señaló que la enunciación de las motivaciones prohibidas incluidas en el segundo párrafo del art. 1º de la Ley 23.592 (raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos) no era taxativa pues las conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no se agotaban en esos supuestos. Por lo tanto, se concluyó que todo tratamiento arbitrario que tuviera por objeto impedir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional constituía un acto discriminatorio en los términos de aquella norma.

También se destacó el consolidado criterio del tribunal según el cual la regla interpretativa para establecer si en un caso existe trato discriminatorio requiere determinar si existe una justificación objetiva y razonable y que ello implica evaluar si ese trato persigue fines legítimos y si es un medio adecuado para alcanzar los fines propuestos (con cita de “Sisnero” y “Partido Nuevo Triunfo”).

Queda claro entonces que frente a un acto que *prima facie* aparezca como discriminatorio corresponde invertir parcialmente la carga de la prueba según los criterios expuestos. No obstante, en ninguno de los precedentes en los que la Corte fijó dicha regla hizo referencia a que los actos que se estaban juzgando tuvieran una presunción de inconstitucionalidad. En todos los casos la inversión

de la carga de la prueba se justificó exclusivamente en la necesidad de compensar las dificultades probatorias que se suscitan en estos supuestos.

Si bien es cierto que la inversión de la carga de la prueba es la principal consecuencia de la presunción de inconstitucionalidad, también lo es que la Corte no hizo explícita la aplicación del estándar en estos supuestos y que la invocada dificultad probatoria constituye un fundamento autosuficiente para justificar la inversión de la carga de la prueba. Por ello, no es posible determinar con certeza si en estos casos la Corte consideró o no aplicable el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

Podría sostenerse que el estándar resulta aplicable y hay para ello un buen argumento: más allá de las dificultades probatorias, una vez acreditados los hechos que permitan inducir la discriminación, la situación sería similar a la que se presenta en los casos en que la discriminación surge del texto de una norma o la que se produce cuando se acreditan los efectos discriminatorios de una norma neutral. Alcanzado ese punto, no parece haber razones para no presumir la inconstitucionalidad del acto. Si se aceptara este argumento, en estos casos la inversión de la carga de la prueba tendría un doble fundamento: la dificultad probatoria y la presunción de inconstitucionalidad del acto.

El argumento es sólido y parece insertarse bien en la jurisprudencia del tribunal en materia de discriminación. De todos modos, mientras la cuestión no sea abordada expresamente por la Corte, no hay elementos que permitan realizar una afirmación concluyente en ese sentido.

Lo que sí puede afirmarse es que existe en la jurisprudencia actual del tribunal una doctrina consolidada según la cual en estos supuestos corresponde aplicar un estándar probatorio que implica una inversión parcial de la carga de la prueba y que ello responde a la necesidad de compensar las dificultades probatorias que se presentan en estos casos. Podría agregarse que hay buenas razones –pero no evidencia– para afirmar que en estos supuestos el estándar de presunción de inconstitucionalidad también resulta aplicable y que ello constituye un fundamento adicional para justificar la inversión de la carga de la prueba.

El precedente más importante de esta doctrina es “Sisnero” (2014), sobre discriminación en razón del sexo, aunque el tribunal aplicó un criterio que ya había desarrollado en un caso sobre despido discriminatorio (“Pellicori”, 2011). La doctrina fue ratificada luego en otros dos casos, también sobre despido discriminatorio: “Varela” (2018) y “Caminos” (2021).

### **3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Para examinar la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad en el ámbito de la libertad de expresión es necesario distinguir entre la afectación directa e indirecta a ese derecho.

La afectación directa a la libertad de expresión se refiere exclusivamente a restricciones previas al ejercicio de ese derecho, es decir, a la censura previa. No comprende el juzgamiento de eventuales responsabilidades ulteriores, pues en esos supuestos se aplican los estándares tradicionales sobre responsabilidad y reparto de la carga probatoria<sup>45</sup>.

La afectación indirecta a la libertad de expresión es la que se produce a través de medios económicos.

### 3.1. *Afectación directa*

El primer antecedente en el cual una mayoría de la Corte aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad en un caso de afectación directa a la libertad de expresión fue “María Belén Rodríguez”<sup>46</sup>, fallado en el año 2014. Esa doctrina fue luego ratificada en los casos “Gimbutas”<sup>47</sup> (2017) y “Denegri”<sup>48</sup> (2022).

Antes de analizar esos casos, conviene señalar que hasta ese primer antecedente solo existían votos conjuntos (no mayoritarios) o individuales (concurrentes o disidentes) que aplicaron el estándar. Entre ellos, pueden mencionarse los siguientes ejemplos:

- a) La disidencia del juez Fayt en la causa “Verbitsky”<sup>49</sup>, donde señaló que “[e]sa área irrestricta e incoercible [la libertad de expresión], solo excepcionalmente limitada ante situaciones de emergencia nacional [...], impide la intromisión de las autoridades públicas, debiendo reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.
- b) El voto de los jueces Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’ Connor en el caso “Servini de Cubría”<sup>50</sup>, donde se expresó que “...dado que los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. También el voto

45 En ese ámbito el tribunal ha sostenido doctrinas fuertemente protectoras de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público. Las doctrinas “Campillay” (adoptada en Fallos 308:789 y desarrollada en numerosos precedentes posteriores), de la “real malicia” (incorporada a partir de Fallos 310:508 y reafirmada en diversas decisiones), “Ponzetti de Balbín” (Fallos 306:1892) y el criterio de ponderación estricto para generar responsabilidad por la emisión de opiniones (Fallos 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; 335:2150 “Quantín”; 337:921 “Irigoyen”; 343:2211 “Pando”) constituyen líneas jurisprudenciales que brindan una protección intensa a la libertad de expresión y que resguardan un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto (Fallos 345:482).

46 Fallos 337:1174.

47 Fallos 340:1236.

48 Fallos 345:482.

49 Fallos 312:916 (1989).

50 Fallos 315:1943 (1992).

concurrente del juez Levene hizo referencia a que “...cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.

- c) El voto concurrente de los jueces Moliné O´ Connor y López en la causa “S., V, c/ M., D. A.”<sup>51</sup>, donde sostuvieron que “...toda censura previa que sobre ella [la libertad de expresión] se ejerza, padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. En el mismo sentido se pronunció el juez Fayt en su voto concurrente: “[c]omo criterio rector, se ha establecido que el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se ha reconocido el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene ‘una fuerte presunción de inconstitucionalidad’”.
- d) La disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni en “Asociación de Teleradiodifusoras Argentina”<sup>52</sup>, donde expresaron que “...las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellos que no presentan ese rasgo [...] cuando el gobierno intenta restringir el discurso [...] basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad [...]. El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que esta es ‘necesaria’ para el logro de un ‘apremiante interés público’ y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés”<sup>53</sup>.

51 Fallos 324:975 (2001).

52 Fallos 328:1825 (2005).

53 Por el contrario, la mayoría del tribunal –integrada por el juez Lorenzetti y las juezas Highton de Nolasco y Argibay– sostuvo que “... si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro (o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros) siempre se ha predicado su armonización”. De todos modos, tanto el juez Lorenzetti como las juezas Highton de Nolasco y Argibay han adherido en otros casos al estándar de control de constitucionalidad desarrollado por la Suprema Corte norteamericana, tal como surge de varios de los precedentes bajo estudio. Por otra parte, a los tres ejemplos mencionados podría agregarse la disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué en “José Luis García” (Fallos 312:1082; 1989), donde señalaron –citando su propio voto en “Repetto”– que “la libertad de expresión [...] hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano [...]. Es por tal razón que tratándose en el caso de una ‘libertad fundamental’ solo la existencia de un ‘interés estatal insoslayable’ puede justificar su restricción por los poderes del Estado y, por ello, no resulta suficiente a tal fin que exista alguna conexión racional entre la ley reglamentaria y el objetivo estatal buscado [...]”. La cita de “Repetto” en “José Luis García” evidencia que para estos dos jueces el estándar aplicable a las categorías sospechosas era también aplicable cuando estaba en juego la libertad de expresión.

La inexistencia de criterios mayoritarios sobre la aplicación del estándar en los casos de censura previa hasta el año 2014 –cuando se falló el caso “María Belén Rodríguez”– podría explicarse en la circunstancia de que el tribunal no tuvo hasta ese momento oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión luego de haber receptado el estándar en decisiones mayoritarias (a partir de “Hooft”, 2004). De la jurisprudencia de la Corte puede inferirse que los casos sobre libertad de expresión fallados entre 2004 y 2014 no se referían a supuestos de censura previa sino a responsabilidades ulteriores por afectaciones a la intimidad y al honor.

El caso “María Belén Rodríguez” presenta ciertas particularidades vinculadas con el funcionamiento de los buscadores de internet y por lo tanto no configura un supuesto típico o clásico de censura previa. Sin perjuicio de ello, el tribunal afirmó con absoluta claridad que el estándar de presunción de inconstitucionalidad es aplicable a todos los casos de censura previa.

La actora demandó a Google por el uso comercial y no autorizado de su imagen que, según adujo, había avasallado sus derechos personalísimos al haberla vinculado a ciertas páginas de internet de contenido erótico y/o pornográfico. Pidió el cese del mencionado uso y la eliminación o bloqueo de las vinculaciones para el futuro. La pretensión ponía en tensión la libertad de expresión con el derecho al honor y a la imagen. El tribunal consideró que las medidas preventivas de filtro o bloqueo de vinculaciones para el futuro constituían un supuesto de censura previa.

Tras señalar que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet y de destacar la importancia de los motores de búsqueda a tal fin, la Corte afirmó que “... toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que a lo largo de los precedentes referidos al derecho constitucional a la libertad de expresión, este tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508; entre muchos otros)”<sup>54</sup>.

A su vez, en la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda, aunque no se hizo expresa alusión a la presunción de inconstitucionalidad, es indudable la referencia a dicho estándar cuando se señala que “... en primer lugar, la actividad de la demandada en tanto proveedora del servicio de motores de

54 Voto de la mayoría integrada por la jueza Highton de Nolasco y por los jueces Fayt y Zaffaroni.

búsqueda constituye una actividad lícita basada en el ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida. Segundo, que la libertad de expresión es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, y que corresponde la carga argumentativa y probatoria a quien invoca una eventual restricción”<sup>55</sup>.

Tres años más tarde (2017) fue fallado el caso “Gimbutas”, análogo a “María Belén Rodríguez” y resuelto por remisión a ese precedente. Esta decisión importó la ratificación de la doctrina por parte de una nueva integración del tribunal<sup>56</sup>.

Finalmente, en el año 2022 la Corte falló el caso “Denegri”, sentencia trascendente en el ámbito de la libertad de expresión. Como se verá enseguida, en este caso el tribunal –por unanimidad–<sup>57</sup> también dejó en claro que el estándar de presunción de inconstitucionalidad es aplicable a los casos de censura previa. Asimismo, las consideraciones que realizó para sustentar tal afirmación merecen algunas reflexiones en función de lo que sostuve más arriba.

La actora demandó a Google con el objeto de que se le ordenara suprimir ciertos sitios *web* en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos hacía más de veinte años y que podía obtenerse mediante el ingreso de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada. La cuestión debatida se centró en determinar si una persona pública que había estado involucrada en un tema de interés público tenía un “derecho al olvido” por el cual pudiera lograr que se desvinculara su nombre de determinados contenidos que la involucraban; o si, por el contrario, la medida –tendiente a hacer cesar la continuación del daño invocado– restringía indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva<sup>58</sup>.

La Corte expresó que “... la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva [...]. Toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción”. Más adelante agregó que “... la presunción de inconstitucionalidad implica –además de la inversión de la carga de la prueba antes referida– que el tribunal interprete restrictivamente

55 No parece haber otra justificación para la inversión de la carga probatoria que no sea la presunción de inconstitucionalidad.

56 La mayoría quedó integrada con la jueza Highton de Nolasco y los jueces Rosatti y Rosenkrantz, este último con ampliación de fundamentos. Los jueces Lorenzetti y Maqueda remitieron a su disidencia parcial en “María Belén Rodríguez”.

57 Rosatti, Rosenkrantz, Maqueda y Lorenzetti.

58 La actora alegó que los contenidos lesionaban sus derechos al honor y a la intimidad porque habían perdido interés público con el paso del tiempo y resultaban inapropiados a la auto-percepción de su identidad al momento de iniciar la demanda.

los supuestos en los cuales podría corresponder hacer la excepción, si los hechos del caso encuadran en alguno de ellos y, de ser así, que la medida que adopte sea la estrictamente indispensable para satisfacer la finalidad”.

Aunque no se trató –al igual que “María Belén Rodríguez”– de un supuesto clásico de censura previa, en la medida en que se pretendía la desindexación futura de información ya publicada, el tribunal explicó las razones que conllevan a su equiparación y por consiguiente a la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad. Lo hizo en los siguientes términos: “... la aplicación de estos principios a la función que desempeñan los motores de búsqueda puede llevar a concluir que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado –y, de ese modo, hacer cesar su repetición–, implicaría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional, pues al vedar el acceso a dicha información se impediría la concreción del acto de comunicación –o, al menos, dada la preponderancia que revisten los motores de búsqueda, se lo dificultaría sobremanera–, por lo que tal pretensión configura una medida extrema que, en definitiva, importa una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa –en los términos antedichos– una fuerte presunción de inconstitucionalidad”. Agregó que “... en materia de solicitudes de bloqueo se podría aceptar –con carácter absolutamente excepcional– un supuesto de tutela preventiva, con fundamento en la acreditación de la ilicitud de los contenidos y del daño sufrido, en un contexto –el de los motores de búsqueda– en el que dicho daño, una vez producido, continúa generándose. Una posición contraria, que solo admitiese la responsabilidad ulterior, llevaría al absurdo de pretender que la persona que probó la afectación a sus derechos constitucionales deba iniciar constantemente nuevos reclamos reparatorios, debido a que el buscador mantiene los contenidos ya sentenciados como dañosos en la *web*. Es decir, en estos casos si se parte de un supuesto de responsabilidad ulterior por el daño acreditado, se podría eventualmente admitir la supresión o bloqueo de los contenidos perjudiciales para evitar o prevenir daños similares futuros”<sup>59</sup>.

Otra cuestión importante del fallo está dada por los precedentes que cita para fundar la aplicación del estándar a los supuestos de censura previa. En el primer párrafo del considerando 11, la referida afirmación de que “[t]oda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará

59 El fallo trae también precisiones sobre el modo en que debe producirse el reparto probatorio y sobre las condiciones a que se encuentra sujeta la validez de una norma o acto que *prima facie* pueda constituir una censura previa.

sobre quien invoca dicha restricción” está seguida de un largo paréntesis en el cual se incluyen las siguientes referencias:<sup>60</sup>

- a) Fallos 315:1943, considerandos 10 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez, 7º del voto del juez Levene, 25 del voto del juez Fayt y 11 del voto del juez Belluscio.
- b) Fallos 337:1174, voto de la mayoría y considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda.
- c) Fallos 342:2187, considerandos 9º y 11 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y argumento del voto de los jueces Maqueda y Rosatti por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación.

Es interesante detenerse en cada una de estas citas.

- a) La primera referencia de Fallos 315:1943 corresponde al precedente “Servini de Cubría” (1992). Se hace alusión específicamente al voto conjunto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez y a los votos individuales de los jueces Levene, Fayt y Belluscio.

El voto conjunto de los primeros tres jueces y el voto individual del juez Levene no ofrecen dudas sobre la aplicación del estándar, tal como señalé antes. Por el contrario, los votos individuales de los jueces Fayt y Belluscio no parecen ser tan claros en ese sentido.

El citado considerando 25 del voto del juez Fayt, en la parte pertinente (último párrafo) dice:

“Pero estas restricciones [a la libertad de expresión] deben responder al principio de legalidad y por consiguiente, estar ‘previstas en la legislación’ (art. 10 Convenio Europeo) o ‘expresamente fijadas por la ley’ (art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13 de la Convención Americana y art. 9 de la Carta Africana). Este requisito se interpreta estrictamente y, según el ‘tribunal Europeo’, la ley debe ser clara, accesible, precisa y predecible. Asimismo, la finalidad de la restricción está subordinada al principio de legitimidad. Por último, corresponde reafirmar que el derecho de expresión

60 El primer párrafo del considerando 11 dice textualmente: “Que la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623 y 337:1174, ya citado, entre otros). Toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción (conf. doctrina de Fallos: 315:1943, considerandos 10 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Cavagna Martínez, 7º del voto del juez Levene, 25 del voto del juez Fayt y 11 del voto del juez Belluscio; 337:1174, voto de la mayoría y considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda; 342:2187 ya citado, considerandos 9º y 11 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y arg. del voto de los jueces Maqueda y Rosatti por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación)”.

es un derecho fundamental cuya vigencia condiciona el ejercicio de casi todos los demás derechos, razón por la cual las restricciones admisibles tienen carácter excepcional. A escala universal, se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión, como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea”.

Estas afirmaciones parecen estar dirigidas a sostener la idea expresada en el primer párrafo del considerando 11 de “Denegri” pero en la oración anterior a la que hace referencia al estándar de presunción de inconstitucionalidad, que dice: “... la importancia que tiene la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional conduce a que este tribunal considere que toda restricción, sanción o limitación a dicha libertad debe ser de interpretación restrictiva”.

Por su parte, el considerando 11 del voto del juez Belluscio en “Servini de Cubría” expresa:

“Que si bien es cierto que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los consagrados en el art. 14 de la Constitución, sí es absoluta la prohibición de censura previa, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. A este respecto, esta Corte ha tenido ocasión de señalar –y esto es perfectamente aplicable a una supuesta colisión entre la libertad de prensa y el derecho a la dignidad– que la verdadera sustancia de la aludida libertad radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos [...] o actos ilícitos civiles, como son los que afectan el derecho a la intimidad de otras personas [...]. En otros términos, la Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros”.

Estas expresiones podrían incluso sugerir una concepción contraria al estándar de presunción de inconstitucionalidad. Ante la existencia de una prohibición expresa, categórica y específica contenida en la Constitución –supuesto que dispararía la aplicación del estándar– podría afirmarse que si un acto o norma estuvieran prohibidos en esos términos nada debería presumirse sino que serían inconstitucionales *simpliciter*<sup>61</sup>. Esta misma idea ya parecía estar presente en el voto conjunto de los jueces Belluscio y Caballero en el caso “Repetto”. Frente

61 Esta idea es la que sostienen algunos autores con una visión crítica del estándar de presunción de inconstitucionalidad (ver, por ejemplo, Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José S., *Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia*, cit., pp. 13 y ss.).

a la prohibición expresa de discriminación entre nacionales y extranjeros, mientras los jueces Petracchi y Bacqué aplicaron el estándar, los jueces Belluscio y Caballero afirmaron que la norma devenía directamente inconstitucional. Expresaron en ese sentido que “[n]o hay pues ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos, por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional”.

Si se entendiera que los jueces Fayt y Belluscio no aplicaron el estándar, no se habría alcanzado mayoría sobre el punto, pues solo lo habrían aplicado cuatro de los nueve jueces.

b) La segunda referencia de Fallos 337:1174 –incluida en el considerando 11 de “Denegri”– corresponde al caso “María Belén Rodríguez”. Se alude al voto de la mayoría y al considerando 13 de la disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda. Como apunté más arriba, ninguno de esos votos ofrece dudas sobre la aplicación del estándar.

c) La tercera referencia de Fallos 342:2187 corresponde al precedente “Paquez” (2019). En la cita se menciona el voto conjunto del juez Rosenkrantz y de la jueza Highton de Nolasco y el voto, también conjunto, de los jueces Maqueda y Rosatti.

El caso presenta cierta analogía con “María Belén Rodríguez”. El actor solicitó que la demandada (Google) eliminara una determinada sugerencia de búsqueda que lo involucraba y que cesara en la difusión de ciertos sitios de internet que aparecían como resultados de búsquedas con su nombre y apellido.

El voto conjunto del juez Rosenkrantz y de la jueza Highton de Nolasco hizo referencia a la aplicación del estándar al afirmar que “...toda censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales” y más adelante que “... la decisión del *a quo* –que había admitido la pretensión– configura una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad [...], cuya adopción lejos ha estado de encontrarse justificada”.

Los jueces Maqueda y Rosatti concurrieron con la decisión por remisión al dictamen del Procurador Fiscal. No obstante, dicho dictamen no hizo referencia expresa al estándar y no resulta claro si lo aplicó, al menos, implícitamente<sup>62</sup>.

62 El dictamen refirió al criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según el cual las medidas de bloqueo de contenidos no pueden ser utilizadas para controlar o limitar la difusión de discursos especialmente protegidos o que tienen presunción de protección –como lo son aquellos vinculados con el ejercicio de funciones públicas– cuando dicha presunción no ha sido

Por otra parte, en “Denegri” se realizó una consideración adicional, también importante. Dijo la Corte que “[e]n lo que respecta a la censura propiamente dicha, este tribunal ha considerado revertida la presunción referida en un caso sumamente excepcional en el que se buscaba prevenir una lesión al derecho a la intimidad de una menor de edad. Allí se entendió –con fundamento en el interés superior del niño consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional– que en ese supuesto la prevención del daño se imponía como única forma de lograr la protección judicial efectiva. Sin embargo, esta Corte siguiendo la naturaleza excepcional de la medida dispuesta, la redujo a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva (conf. doctrina que surge de Fallos: 324:975)”.

La cita de Fallos 324:975 corresponde al caso “S., V, c/ M., D. A.” (2001), que mencioné antes entre los ejemplos de votos no mayoritarios que aplicaron el estándar. Sin embargo, en el párrafo transcrito de “Denegri” se expresó que en “S., V, c/ M., D. A.” el tribunal “...ha considerado revertida la presunción [de inconstitucionalidad] referida...”, lo cual supone la existencia de una mayoría que había aplicado el estándar. Esta conclusión también ofrece algunas dudas.

En efecto, en “S., V, c/ M., D. A.” la Corte dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Dicha medida se fundó en la protección judicial del interés superior del menor en tanto la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Es decir, se tuvo en cuenta para justificar la medida de tutela preventiva que se trataba de un juicio filiatorio –de derecho de familia y de carácter reservado– en el que estaban en juego los derechos personalísimos de un menor y que este contaba con menos herramientas que un adulto para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se causara, lo que obligaba a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores. A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

La mayoría estuvo integrada por los votos conjuntos de los jueces (i) Nazareno y Bossert, (ii) Moliné O´ Connor y López y (iii) Boggiano y Vázquez, y por el voto individual del juez Fayt. Los jueces Belluscio y Petracchi votaron, por separado, en disidencia. Tal como señalé, de los jueces que integraron la mayoría solo aplicaron el estándar Moliné O´ Connor y López en su voto conjunto y

---

desvirtuada por una autoridad competente. De ahí concluyó que en el caso la cámara debió haber evaluado si el contenido que había dado origen a las actuaciones resultaba *prima facie* ilegítimo a efectos de tener por acreditada la verosimilitud en el derecho.

Fayt en su voto individual.<sup>63</sup> También hizo referencia al estándar el juez Petracchi en su disidencia. Resulta entonces que los jueces que aplicaron el estándar fueron solo tres, de modo que este aspecto de la decisión (aun sumando al juez Petracchi) no obtuvo mayoría.

Más allá de estas referencias, puede afirmarse como conclusión que en los precedentes “María Belén Rodríguez” (2014), “Gimbutas” (2017) y “Denegri” (2022), distintas mayorías de la Corte aplicaron el estándar en casos (aun atípicos) de censura previa, de modo que se trata de un criterio consolidado en la jurisprudencia del tribunal.

### 3.2. *Afectación indirecta*

La afectación indirecta a la libertad de expresión es la que se produce, en general, a través de medidas económicas, es decir, mediante actos dirigidos a generar un impacto de esa naturaleza sobre un determinado medio como un modo de limitar la expresión de sus ideas. Estos actos suelen encubrirse bajo actuaciones estatales con apariencia de legalidad –como el ejercicio de facultades propias del Estado– pero en realidad pretenden influir sobre el contenido de las expresiones o limitar de modo arbitrario la circulación de ideas u opiniones.

Como se verá, de los casos resueltos por la Corte se desprende que tal afectación puede producirse de dos maneras: por discriminación en el reparto de publicidad oficial y por asfixia económica.

La primera referencia sobre afectación indirecta a la libertad de expresión aparece en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en el caso “Emisiones Platenses”<sup>64</sup>, fallado en 1997. Aunque no se alude expresamente al estándar de presunción de inconstitucionalidad, se invierte la carga de la prueba, solución que parece justificarse en dicha presunción.

Una empresa periodística inició una acción de amparo contra el intendente de una ciudad para que se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad, en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas –mediante decreto municipal– respecto de otro periódico de la misma ciudad.

63 El voto conjunto de los jueces Boggiano y Vázquez sostiene la existencia de una presunción pero en favor del interés superior del niño. En el considerando 24 afirmaron que “...la ‘protección especial’ enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° –dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos–, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes”.

64 Fallos 320:1191.

La mayoría del tribunal confirmó la sentencia apelada que había rechazado la acción. En lo sustancial, consideró que el artículo 32 de la Constitución Nacional solo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, pero no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno nacional, provincial o comunal.

Por el contrario, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert revocaron la sentencia e hicieron lugar a la acción. Para así decidir, comenzaron destacando que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Explicaron que cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así, por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno.

Tras ello, los mencionados jueces hicieron referencia al principio proclamado en la Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión<sup>65</sup> según el cual "... la concesión o supresión de publicidad estatal no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas" y al artículo 13 inciso 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto establece que "[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Explicaron que cuando la publicidad –a la que acuden los diarios para hacer frente a los gastos que demanda su edición– se convierte en la fuente de subsistencia, genera una situación poco favorable a la independencia de los redactores. Si es así con relación a la publicidad proveniente del sector privado, sujeta a las reglas del libre mercado, la cuestión no es menos crítica cuando procede del ámbito estatal y está ligada a la discreción de un solo órgano. Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo y si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, algunos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla.

Luego de estas consideraciones, los jueces expresaron que "... mal puede afirmarse que el silencio del legislador, en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte

65 Chapultepec, 1994.

de facultad ilimitada del municipio. Frente a la existencia de dos diarios de circulación en la ciudad, la demandada no ha podido entregarla exclusivamente a uno de ellos invocando un supuesto principio de eficacia. La preferencia de la comuna –llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito– *le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen*. Y no lo es la mayor o menor tirada de la publicación pues [...] este aspecto cuantitativo es sólo relevante, en todo caso, para justificar la entrega de un volumen mayor de publicidad a un medio, pero nunca para excluir absolutamente al otro” (destacado agregado).

Aunque no se hizo referencia a la presunción de inconstitucionalidad de la decisión del municipio de conceder publicidad oficial solo a uno de los diarios, se le impuso a dicho municipio la carga de acreditar los motivos que permitían justificar tal decisión, lo cual implicó la inversión de la carga probatoria.

A continuación, los jueces hicieron una precisión importante: para que se configure una afectación a la libertad de prensa bajo este supuesto (discriminación en el reparto de publicidad oficial) no es necesario que medie intención ilícita ni ánimo de discriminar en razón de las ideas; es suficiente con que exista una distribución despareja de recursos que no esté debidamente justificada. De ahí se desprende que si la parte que invoca la discriminación probara objetivamente el reparto desparejo de publicidad, el órgano estatal debería invocar y acreditar razones de peso que lo justificaran; de lo contrario quedaría configurada la afectación del derecho<sup>66</sup>.

Diez años más tarde la Corte volvió a pronunciarse sobre la cuestión. Lo hizo en el caso “Editorial Río Negro”<sup>67</sup>, al ejercer el control de constitucionalidad de un acto del gobierno neuquino que había interrumpido la publicidad oficial contratada con el medio actor (diario Río Negro)<sup>68</sup>.

66 Los jueces concluyeron que la negativa del municipio a otorgar publicidad oficial al diario actor conculcaba su libertad de prensa y ordenaron al municipio que las futuras publicaciones fueran adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas, sin perjuicio del ulterior control judicial a que dicha decisión pudiera dar lugar.

67 Fallos 330:3908 (2007). Según un informe elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y la Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta (*Open Society Justice Initiative*), esta sentencia fue el primer antecedente en que un tribunal superior de América Latina, utilizando estándares establecidos por el sistema interamericano, decidió en forma inequívoca que los medios tienen protección legal contra la asignación arbitraria de la publicidad oficial (*El precio del silencio: abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina*, 1ª edición, 2008, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires; *Open Society Institute*, New York).

68 La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni y por el voto concurrente del juez Fayt. Este último coincidió en lo medular con el primer voto, sin agregar consideraciones de relevancia a los fines de este estudio. Por ello, las referencias que siguen corresponden al primer voto conjunto.

El tribunal partió de la existencia de conductas del Estado provincial dirigidas a disminuir, hasta interrumpir, el otorgamiento de publicidad oficial al diario actor. Sobre esa premisa –existencia de medidas que de manera desigual afectaban a un sujeto en comparación con otros– examinó si esas conductas habían importado discriminar al medio, lesionando su libertad de expresión. Expresó entonces que para descartar dicha afectación se debía examinar si había existido un motivo razonable para adoptar aquella conducta, a cuyos efectos “... es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial”.<sup>69</sup> Agregó que si bien no existe un derecho subjetivo de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar esos recursos de manera arbitraria<sup>70</sup>.

Por último, la Corte introdujo otra idea importante, en línea con lo expresado por la disidencia en “Emisiones Platenses”: “[p]ara tener por configurado este hecho es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura o bien colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica”<sup>71</sup>.

La disidencia conjunta del juez Petracchi y de la jueza Argibay coincidió con los criterios expuestos. El disenso se debió a una cuestión de hecho y prueba. Luego de hacer suya la doctrina expresada por la disidencia en “Emisiones Platenses” (integrada por el propio juez Petracchi), sostuvieron que aun cuando pudiera entenderse probada una reducción de la publicidad oficial contratada por la demandada con el diario actor, no se había demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en la estructura económica financiera de la

69 Con cita de la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en “Emisiones Platenses”.

70 Más adelante insistió con el criterio de inversión de la carga de la prueba: “... quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial...?”.

71 Después el tribunal hizo una aclaración final: “[e]xiste un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones”.

empresa periodística al punto que hubiera puesto en peligro la independencia del periódico o que hubiese condicionado su accionar<sup>72</sup>.

De las consideraciones realizadas por la disidencia en “Emisiones Platenses” y por la mayoría y las disidencias en “Editorial Río Negro” se pueden extraer dos conclusiones.

La primera, que el reparto discriminatorio de publicidad oficial afecta de modo indirecto la libertad de expresión, entendiéndose por “reparto discriminatorio” el tratamiento desparejo e injustificado en la asignación de recursos para publicidad oficial cuando ello tiene entidad suficiente para producir impacto en la economía del medio. Esto último puede consistir en una desventaja respecto a sus competidores o en la dificultad seria para dar a conocer sus ideas. Por lo tanto, no es necesario que exista intención de discriminar ni que la medida llegue a producir la asfixia económica del medio.

La segunda, que si bien no se hizo referencia expresa al estándar de presunción de inconstitucionalidad, se invirtió parcialmente la carga de la prueba: la desigualdad de trato y el impacto económico deben ser probados por el medio y el Estado debe acreditar las causas que justifiquen su conducta.

La doctrina de “Editorial Río Negro” fue ratificada cuatro años más tarde en el caso “Editorial Perfil”<sup>73</sup> y luego en “Artear”<sup>74</sup>, de modo que se encuentra consolidada.

En “Editorial Perfil”, las empresas Editorial Perfil S.A. y Diario Perfil S.A. promovieron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional para que se ordene el cese inmediato de la política discriminatoria que, según invocaron, se llevaba a cabo contra las demandantes, consistente en excluir de la pauta publicitaria oficial a las revistas Noticias y Fortuna (editadas por la primera de las empresas mencionadas) y al diario Perfil (editado por la segunda). Solicitaron además que se declare la ilegitimidad de la conducta del Estado demandado, configurada por el abuso de la facultad discrecional en el manejo de los fondos

72 Expresaron en tal sentido que “[p]or el contrario, los responsables del diario ‘Río Negro’, en varias oportunidades, subrayaron la independencia de ese medio de prensa, destacando que –a diferencia de otros– no dependía del Estado provincial pues ‘sus ingresos provienen fundamentalmente de sus lectores y sus anunciantes privados’”. Los votos de la mayoría no ahondaron sobre esta cuestión. En su disidencia, el juez Maqueda adoptó un estándar más exigente. Sostuvo que para tener por configurado un supuesto de afectación a la libertad de expresión debían demostrarse las siguientes circunstancias: a) reducción o cesación de la publicidad oficial al medio actor que ponga en evidencia un tratamiento desparejo en la materia y afecte su economía; b) relación de causalidad entre la difusión de la noticia y el acto estatal; c) intencionalidad de los funcionarios gubernamentales para usar instrumentalmente la distribución de publicidad oficial; y d) ausencia de una justificación suficiente e independiente para haber motivado la cesación o reducción.

73 Fallos 334:109 (2011).

74 Fallos 337:47 (2014).

públicos destinados a la contratación de publicidad oficial para, de esa manera, censurar indirectamente a la revista Noticias y al diario Perfil.

La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni y por los votos concurrentes de los jueces Petracchi y Argibay (voto conjunto) y Maqueda. El primer voto remitió a lo resuelto en “Editorial Río Negro”. El juez Petracchi y la jueza Argibay consideraron que a diferencia de ese caso –en el que se había alegado una reducción de la publicidad oficial– en el presente la cámara había concluido que la negativa de contratar publicidad por parte del gobierno era un hecho reconocido expresamente por dicha parte. Entendieron que el caso era sustancialmente análogo a “Emisiones Platenses”, donde se había excluido totalmente a un medio de la publicidad oficial. En consecuencia, remitieron a la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en esta última causa. El juez Maqueda analizó el caso bajo el estándar que había elaborado en su disidencia en “Editorial Río Negro” y concluyó que se encontraban cumplidos todos los requisitos que habilitaban la procedencia de la acción.

El caso “Artear” fue análogo a “Editorial Perfil”. La mayoría, integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda, expresó que “... en su actual composición esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional debatidas en el *sub lite* en las causas ‘Editorial Río Negro S.A.’ [...] y ‘Editorial Perfil’ [...]”; y no dejó dudas sobre la ratificación de la doctrina contenida en esos fallos, al afirmar de modo contundente que “[I]a autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores. Así, en Fallos: 183:409 se estableció que el tribunal no podría apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves como para hacer ineludible un cambio de criterio”<sup>75</sup>.

El juez Petracchi y la jueza Argibay votaron en disidencia, aunque al igual que en “Editorial Río Negro”, las razones de ese disenso no se relacionaron con el estándar aplicable sino con una cuestión ajena: consideraron que el recurso

75 Incluso agregó que “[s]ería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. COOLEY citando al Canciller KENT, *Constitutional Limitations*, t. 1, p. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conf. Willoughby, *On the Constitution*, t. 1, p. 74 –, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183:409 citado)”.

extraordinario era inadmisibile porque no contenía una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada. En particular, que la recurrente no se había hecho cargo del argumento central de la decisión relativo a que la distribución de la pauta oficial había discriminado a la actora.

De los casos analizados se desprende que una amplia mayoría del tribunal, integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Argibay coincidieron en el criterio aplicable a estos supuestos de afectación indirecta a la libertad de expresión.<sup>76</sup> Ese consenso se extiende a lo siguiente: hay afectación indirecta a la libertad de expresión cuando un órgano estatal realiza una distribución discriminatoria de publicidad oficial; para que esa situación se configure no es necesaria la asfixia económica del medio ni la intención de discriminar sino que basta con que genere algún impacto económico (desventaja competitiva del medio o dificultad para dar a conocer sus ideas); en estos supuestos, aunque no se hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, se invirtió de modo parcial la carga de la prueba.

Para complementar esa conclusión es necesario considerar el fallo “Clarín”<sup>77</sup>, también referido a un supuesto de afectación indirecta a la libertad de expresión. Más allá de algunas particularidades<sup>78</sup>, el caso trae aportes importantes.

El grupo Clarín cuestionó la constitucionalidad de la ley de medios 26.522. Sostuvo, en lo sustancial, que los límites que establecía dicha ley a la cantidad de licencias afectaba la sustentabilidad operativa y económica de la empresa y, en consecuencia, su libertad de prensa y expresión.

La mayoría estuvo conformada por el voto conjunto del juez Lorenzetti y de la jueza Highton de Nolasco y por los votos individuales concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

El juez Lorenzetti y la jueza Highton de Nolasco consideraron que no correspondía partir de una sospecha de ilegitimidad de la norma con desplazamiento de la carga de la prueba (es decir, que no debía aplicarse el estándar de presunción de inconstitucionalidad) porque a diferencia de “Editorial Río Negro” –donde se afectó de manera desigual a un medio en comparación con otros–, la Ley 26.522 regulaba el mercado de medios sin efectuar distinción alguna respecto a los sujetos alcanzados por sus disposiciones. La ley no establecía reglas dirigidas a afectar a un sujeto o a una clase de sujetos y no a otros sino que establecía límites

76 Ello, más allá de distintas apreciaciones sobre cuestiones de hecho y prueba o sobre el cumplimiento de ciertos requisitos para la procedencia del recurso extraordinario, que de modo circunstancial llevaron a decisiones diferentes.

77 Fallos 336:1774 (2013).

78 No se trató de un supuesto de publicidad oficial, aunque sí de afectación indirecta a la libertad de expresión. Además, esa libertad fue invocada por ambas partes en sus distintas dimensiones: la actora en su faz individual y la demandada en su faz colectiva.

iguales a todos los titulares de licencias. Por consiguiente, sostuvieron que era el grupo actor quien debía acreditar que la ley afectaba sus derechos.

De esta primera reflexión surge que estos dos jueces interpretaron que en “Editorial Río Negro” la mayoría del tribunal había aplicado la presunción de inconstitucionalidad. Cabe esta aclaración porque, como dije antes, en dicho precedente no se hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad, a pesar de haberse invertido la carga de la prueba.

Continuaron expresando que si bien en “Editorial Río Negro” el tribunal no había considerado necesaria la asfixia económica o quiebre del medio para tener por configurada una afectación indirecta a la libertad de expresión, tal conclusión había tenido como premisa fundamental que la medida en examen estaba dirigida exclusivamente a la editorial actora e implicaba un trato desigual e injustificado. Fue por esa razón que el tribunal entendió –en “Editorial Río Negro”– que la medida restringía indirectamente su libertad de expresión aun cuando su impacto económico no pusiera en riesgo la subsistencia de la empresa. Pero en “Clarín” no se daba esa premisa básica, pues la medida que se evaluaba era una ley general que promovía la libertad de expresión en su faz colectiva y no generaba diferencia alguna entre sus destinatarios. Por lo tanto, concluyeron que, frente a la inexistencia de discriminación, la violación indirecta a la libertad de expresión requería la afectación de la sustentabilidad económica de la empresa, extremo que –de todos modos– tampoco consideraron probado<sup>79</sup>.

Es posible interpretar entonces que, al menos en la concepción de estos dos jueces, para que se configure un supuesto de afectación indirecta a la libertad de expresión que dispare la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad, si no existe discriminación, es necesario que la medida ponga en riesgo la subsistencia económica del medio (asfixia económica). Por el contrario, frente a un supuesto de discriminación, esta última condición no sería necesaria.

El voto del juez Petracchi discurrió por otra senda. A pesar de considerar que en el caso estaba involucrado el derecho a la libertad de expresión, no aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad sino que siguió los lineamientos trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los requisitos que deben cumplir las limitaciones estatales a la libertad de expresión. Según esa jurisprudencia, la compatibilidad de una restricción con la Convención exige: (a) que sea definida en forma precisa y clara a través de una ley en sentido formal y material; (b) que persiga objetivos autorizados por la Convención; y (c) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de fines imperiosos,

79 Sobre esa base, entendieron que no se encontraba afectado el derecho a la libertad de expresión del grupo actor en tanto no se había acreditado que el régimen de licencias que establecía la ley pusiera en riesgo su sustentabilidad económica. De ahí concluyeron que no correspondía presumir la inconstitucionalidad de la norma.

estrictamente proporcionada a su finalidad e idónea para lograr tales objetivos. Concluyó que las normas impugnadas cumplían con esas exigencias.

Una posible razón por la cual el juez Petracchi no aplicó el estándar en este caso pudo haber sido que, a diferencia de todos los demás, la libertad de expresión había sido invocada por ambas partes y no solo por la actora. Al delimitar la cuestión constitucional, hizo mérito de lo expresado por el Poder Ejecutivo Nacional en el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso de la Nación, destacando que la iniciativa de dicha regulación buscó "... echar las bases de una legislación moderna dirigida a garantizar el ejercicio universal para todos los ciudadanos del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones y que constituya también un verdadero pilar de la democracia, garantizando la pluralidad, diversidad y una efectiva libertad de expresión", y que tuvo "como objetivo primordial [...] la sujeción de la propiedad y control de los medios de radiodifusión a normas antimonopólicas y el acceso a una información plural". Asimismo, señaló que los lineamientos del proyecto respondían al criterio sentado en opiniones consultivas y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial en el caso "Ríos v. Venezuela" (2009), en el que se afirmó que "... el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo".

A diferencia de los otros casos, en "Clarín" no se juzgó la constitucionalidad de una norma o de un acto impugnado por lesionar directa o indirectamente la libertad de expresión de un sujeto o medio en particular sino que la ley cuestionada tenía por objeto promover la libertad de expresión en su faz colectiva, es decir, como instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública. Es posible entonces que en la concepción del juez Petracchi el estándar de presunción de inconstitucionalidad no resultara aplicable cuando la norma impugnada persiguiese la protección de ese mismo derecho. Bajo esta mirada podría argumentarse que aplicar el estándar en ese supuesto implicaría partir de una presunción contraria a una de las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por esa razón, la presunción en contrario quedaría de algún modo "neutralizada" cuando se invoque que la afectación a la libertad de expresión proviene de una norma o de un acto que tenga por objeto la defensa de esa misma libertad.

El voto concurrente del juez Zaffaroni, la disidencia parcial del juez Maqueda y la disidencia del juez Fayt no contienen aportes interesantes sobre este punto<sup>80</sup>. Sí, en cambio, la disidencia parcial de la jueza Argibay, que aplicó el estándar de presunción de inconstitucionalidad. Consideró que las restricciones a la libertad de expresión son inconstitucionales a menos que quien las defienda

80 El juez Fayt, aplicando un nivel de escrutinio similar al utilizado por el juez Petracchi, arribó a la conclusión contraria (inconstitucionalidad de las normas impugnadas).

demuestre que sirven a un fin estatal impostergable que no puede ser alcanzado por otra vía menos restrictiva. Sobre esa base, sostuvo que la ley cuestionada restringía la libertad de expresión del grupo actor y que dicha restricción no había sido válidamente justificada por el Estado Nacional.

En conclusión, la aplicación del estándar de presunción de inconstitucionalidad en los casos de afectación indirecta a la libertad de expresión merece dos reparos:

En primer lugar, los únicos casos en los que una mayoría del tribunal consideró afectada de manera indirecta la libertad de expresión se refieren exclusivamente a reparto discriminatorio de publicidad oficial, supuesto que se consideró configurado frente a tratamientos desparejos e injustificados en la asignación de recursos estatales siempre que ello genere cierto impacto en la economía del medio (aunque sin necesidad de que exista intención de discriminar ni que se llegue a poner en juego la sustentabilidad del medio).

En segundo lugar, en ninguno de estos casos el tribunal hizo referencia expresa a la presunción de inconstitucionalidad. No obstante, parece posible afirmar que en el supuesto mencionado en el párrafo anterior el estándar resulta aplicable. Hay para ello dos sólidos argumentos. El primero, que en todos los casos se invirtió parcialmente la carga de la prueba y no se invocaron otras razones que pudieran justificar esa solución<sup>81</sup>. El segundo, que en estos casos –como en la censura– la restricción a la libertad de expresión también es previa, por lo que, en principio, no habría razones para aplicar un criterio distinto a la hora de ejercer el control de constitucionalidad. Esta conclusión se encuentra a su vez corroborada en el voto del juez Lorenzetti y de la jueza Highton de Nolasco en el caso “Clarín”, donde se afirmó que en “Editorial Río Negro” la mayoría del tribunal había aplicado el estándar de presunción de inconstitucionalidad.

Esta doctrina se encuentra consolidada en la jurisprudencia del tribunal. Como surge de lo anterior, luego de ser introducida en la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en “Emisiones Platenses” (1997), fue aplicada por una mayoría de la Corte en los casos “Editorial Río Negro” (2007), “Editorial Perfil” (2011) y “Artear” (2014).

---

#### ROBERTO SAGGESSE

Es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

81 A diferencia de lo que ocurre con los actos discriminatorios, donde el tribunal fundó la inversión de la carga de la prueba en las dificultades probatorias que se presentan en esos casos.

## EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPA LUEGO DE LAS REFORMAS DE LA LEY DE BASES

GUILLERMO F. TREACY

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires; Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de José C. Paz; Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La unificación del procedimiento administrativo. 3. Panorama general de la Ley de Bases en su incidencia en la LPA. 4. Las hipótesis de aplicación directa. 4.1. Administración Pública nacional centralizada y descentralizada. 4.2. Órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en cuanto ejerzan funciones materialmente administrativas. 4.3. Organismos militares, de defensa y seguridad. 5. Las hipótesis de aplicación supletoria. 5.1. Personas y entes públicos no estatales. 5.2. Procedimientos administrativos especiales. 6. Las exclusiones de la aplicación de la LPA. 6.1. Las entidades empresariales del Estado. 6.2. Las entidades financieras del Estado. 6.3. Algunas observaciones comunes a estos supuestos. 7. Consideraciones finales.

### I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar algunos de los cambios introducidos por la llamada Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante, Ley de Bases) en relación con la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos<sup>1</sup>. En su extenso articulado, la Ley de Bases ha incursionado en materias civiles, comerciales, laborales, tributarias, así como también administrativas, que son las que aquí interesan.

Con esta modificación legislativa la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA) ha sido actualizada, mediante la incorporación de algunas soluciones que ya estaban en la jurisprudencia, pero también ha traído algunas novedades que llevarán a revisar algunos criterios jurisprudenciales que parecían

1 El presente trabajo se basa en la exposición realizada por el autor el Seminario “Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino” el 26 de agosto de 2024, organizado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

consolidados. En cuanto aquí importa, nos interesa destacar que los cambios reflejan una tendencia hacia la universalización de un procedimiento administrativo de carácter general. Este es un camino que, ya desde la sanción de esta última ley en 1972 se ha intentado llevar adelante, con algunos éxitos parciales. En efecto, las características de nuestra Administración Pública han llevado muchas veces a aceptar ciertas singularidades y apartamientos de ese régimen general. A menudo las dependencias de la Administración tienen un procedimiento “propio”, a veces reconocido por la norma de creación del organismo, y ello lleva a que paulatinamente se vayan diferenciando del régimen general, con grave daño a la seguridad jurídica. De tal manera, aún subsisten muchas normas especiales de procedimiento y lograr una mayor uniformidad será una tarea por realizar en los próximos años.

Abordaremos específicamente en lo que sigue las novedades que ha aportado la Ley de Bases, en relación con el texto precedente de la LPA, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación. Algunas de esas modificaciones habrán de repercutir en la aplicación jurisprudencial de esta última norma, como tendremos ocasión de ver.

Lo relativo al ámbito de aplicación de la ley, definido en su nuevo artículo 1º, ha tenido muy poco debate en el Congreso, de modo que en varias modificaciones desconocemos la voluntad del autor de la norma, lo que clarificaría el sentido de esas disposiciones. Lo que es indudable es la voluntad de universalización de las normas sustantivas sobre actos administrativos y de configuración del procedimiento administrativo a partir de ciertos principios comunes. Este propósito es un aspecto positivo de la ley, desde una perspectiva de simplificación del funcionamiento de los órganos de la Administración Pública. Ya desde su sanción la LPA tuvo en miras esta progresiva uniformización de los procedimientos que había en la Administración Pública, algo de lo que da testimonio el art. 2º LPA, que no ha sido reformado. No obstante esa voluntad legislativa de establecer normas de procedimiento uniformes, hasta ahora no se ha concretado en la práctica.

Por otra parte, el Reglamento de Procedimientos Administrativos – Decreto 1759/72 (T.O. 2017) ha sido modificado recientemente por el Decreto 695/2024. De allí pueden surgir aspectos complementarios que podrán matizar algunas de las interpretaciones que se hagan de la ley. Sin embargo, cabe observar que, a diferencia de la ley, esta reglamentación rige sólo para la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo. El Congreso de la Nación (o las Cámaras respectivas) o el Poder Judicial o el Ministerio Público podrían dictar reglamentaciones propias, así como también podrían hacerlo otras áreas del Poder Ejecutivo a las que se reconozca la potestad de establecer procedimientos especiales<sup>2</sup>.

2 Por ejemplo, algunas universidades nacionales, en su condición de entes autónomos –lo que supone el grado máximo de descentralización administrativa– han dictado reglamentaciones

## 2. LA UNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La aspiración de que exista un procedimiento administrativo uniforme, aplicable a toda o a la mayor parte de la Administración Pública a nivel federal, ya estaba en la sanción original de la LPA. En ella se adoptó un criterio orgánico-material al establecer su ámbito de aplicación: se extendía a “la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad”. Es decir, sus disposiciones eran extensivas sólo a la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo, y con exclusión de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

Respecto de su aplicación a la Administración Pública centralizada, resultaba claro que ella abarcaba a todos los órganos en situación de dependencia jerárquica respecto del Poder Ejecutivo: ministerios, secretarías con dependencia de la Presidencia de la Nación, secretarías ministeriales y las demás aperturas organizativas inferiores de la Administración.

En cuanto a los órganos dependientes de las fuerzas armadas y de seguridad, pese a algunos intentos jurisprudenciales de instancias inferiores que procuraron extender su aplicación a aquéllos, lo cierto es que la Corte Suprema mantuvo una lectura literal del artículo 1° de la LPA y los dejó fuera de ella. Tal temperamento tuvo consecuencias particularmente relevantes en materia de impugnación de actos administrativos (y en particular, en cuanto al requisito de agotamiento de la instancia administrativa, que no les era aplicable). Un sector de la doctrina estaba conteste sin embargo en que tal aplicación era posible en los procedimientos típicamente administrativos que se llevaban a cabo en dichas fuerzas<sup>3</sup>. Como veremos más adelante, el panorama legal se ha modificado con las reformas.

Del mismo modo, la LPA aclaraba, tal vez innecesariamente<sup>4</sup>, que ella se aplicaba a los entes autárquicos —que son parte de la Administración

---

propias de la LPA (la cual les es aplicable). Así, la Universidad de Buenos Aires declaró aplicable en su ámbito el “Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 (t.o. 2017)” (Código UBA – Título 60 – Capítulo A); la Universidad Nacional de La Plata tiene su propio reglamento (Ordenanza N° 101/72 y su modificación por Resolución CS N° 10/2010); al igual que la Universidad Nacional de Río Negro (Resolución CSPyGE N° 41/2022); la Universidad Nacional de Córdoba (OHCS N° 6/22, al que considera complementario del Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017); entre otras. En cualquier caso, sea que mantengan la norma nacional o dicten una propia, la decisión corresponde a las facultades de las casas de estudio en virtud de su autonomía constitucionalmente reconocida (art. 75 inc. 19 CN).

3 En particular, véase la posición de Comadira en: COMADIRA, Julio Rodolfo - MONTI, Laura (colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 13-32.

4 Algunos autores entendían que la referencia expresa a los entes autárquicos se debía a la voluntad del legislador de excluir a otras formas que podía asumir la administración descentralizada, como las empresas y sociedades estatales en sus diversos tipos (véase: CABRAL, Julio E., “Ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en AAVV, Acto

descentralizada—. Pero la referencia a la Administración descentralizada también permitía la aplicación de la ley a las diferentes formas jurídicas del Estado empresario: empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, etc. Sólo cabría hacer excepción de las sociedades del Estado, ya que la ley de creación de éstas preveía que la LPA no les era aplicable<sup>5</sup>. En otras palabras, y con la salvedad mencionada, las entidades sujetas a un control de tutela estaban también sujetas a la norma general de procedimientos administrativos. Más adelante volveremos sobre las distintas hipótesis de aplicación de la LPA, a partir del texto modificado.

Ahora bien, la voluntad de unificar el procedimiento administrativo quedó plasmada en el artículo 2° de la LPA, que sigue vigente. Con arreglo a él, el Poder Ejecutivo debía determinar cuáles procedimientos continuarían vigentes y, en vistas de ello, debía procurar la adaptación gradual de los procedimientos especiales que subsistieran. En estos casos, la aplicación de la LPA sería supletoria. En cumplimiento de ello se dictó el Decreto 9101/72 que estableció los procedimientos especiales que mantendrían vigencia<sup>6</sup>. El decreto también preveía en su

---

y Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 18. Sin embargo, en Fallos 311:750, ya modificada la LPA por la Ley 21.686, la Corte Suprema —siguiendo el dictamen de la Procuración General de la Nación— sostuvo la aplicación de aquella a empresas de propiedad estatal, pues todas ellas están incluidas en el concepto de “administración descentralizada”.

5 Véase artículo 6° de la Ley 20.705. Cabe señalar que esta ley fue derogada por el artículo 40 del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2024.

6 Ellos se enumeraban en el artículo 1°, donde se aclaraba que sería de aplicación supletoria la LPA y su reglamento (Decreto 1759/72). Estos procedimientos eran: 1) Los relativos al ejercicio de la potestad correctiva externa de la Administración Pública; 2) Los contemplados en las normas que rigen para el personal civil que presta servicios en la Administración Pública y en los organismos militares, de defensa y seguridad e inteligencia; 3) Los previstos en la ley 17.401 y su reglamentación; 4) Procedimientos en materia de migraciones; 5) Los previstos en los artículos 28 y 29 del decreto 15.943/46; 6) Los correspondientes a la Administración Nacional de Aduanas, Dirección General Impositiva, Comisión Nacional de Valores y Tribunal Fiscal de la Nación; los reglados por la Ley de Contabilidad y los atinentes al régimen de contrataciones del Estado (leyes 12.910, 13.064, decreto 7.520/72 y disposiciones complementarias); 7) Los previstos en los artículos 31 a 37 del Decreto-Ley 6.698/63; 8) Procedimientos en materia de marcas de fábrica, patentes de invención y modelos y diseños; 9) Procedimientos en materia minera; 10) Los previstos en el Decreto-Ley 4.686/58 y Dtos. 6.603/62 y 282/72; 11) Los previstos en las Leyes 12.906 (Decreto 5428/49), 14.878 y 19.597; 12) Los previstos en las resoluciones del Ministerio de Comercio 84/72, sobre especialidades medicinales, y 88/72, sobre actividades comerciales mayoristas; 13) Procedimientos ante tribunales paritarios o administrativos y organismos paritarios instituidos en leyes, decretos, estatutos especiales o convenciones de trabajo homologadas por autoridad competente. 14) Los referentes a actos homologatorios de convenciones colectivas de trabajo; 15) Los referentes a conciliación y arbitraje en conflictos colectivos de trabajo; 16) Los referentes a actos por los que se conceda deje sin efecto, deniegue o suspenda la personería gremial; 17) Los referentes a comprobación y juzgamiento de infracciones a normas laborales; 18) Los previstos en el Estatuto del Docente; 19) Los previstos en el Reglamento General para los Establecimientos de

artículo 2º la ultraactividad de los regímenes especiales que aplicaban las entidades financieras, así como las distintas formas jurídicas del Estado empresario (empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación mayoritaria estatal, sociedades en las que el Estado fuera titular de todo o parte del patrimonio social), así como en el Tribunal Administrativo de la Navegación. Respecto de estos entes se preveía la aplicación supletoria de la LPA y de su reglamentación. Este artículo fue derogado por el Decreto 1883/91, en concordancia con las políticas de privatización que tuvieron lugar en esa década respecto de las diferentes entidades empresariales del Estado.

Años más tarde se tomó una postura más radical en cuanto a la eliminación de los procedimientos especiales mencionados en el artículo 1º del Decreto 9101/91. En efecto, mediante el Decreto 722/96 se dispuso la aplicación en todo el ámbito de la Administración Pública centralizada y descentralizada de la LPA y de su reglamento (ahora en la versión del texto ordenado de este último aprobada por Decreto 1883/91). Sólo se mantuvieron algunos regímenes previstos en normas especiales<sup>7</sup>. Por otra parte, se redujo la cantidad de esos regímenes que continuarían vigentes, aunque sin identificar normas puntuales, sino indicando las materias en las que existían procedimientos especiales y que subsistirían<sup>8</sup>. El Decreto 722/96 insistió en que la regla era la “primacía del procedimiento común o general”, según lo expresó en sus considerandos, aunque aceptaba que, debido a que “la función administrativa es tan variable como la realidad que pretende

---

Enseñanza Secundaria, Normal y Especial, en lo referente a representación de los menores de edad (artículo 172) y régimen disciplinario de alumnos (artículos 200 a 205); 20) Procedimientos en las Universidades, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 17.245 y 94 y concordantes del reglamento aprobado por el Decreto 1.759/72; 21) Los aplicables ante el Ente de Calificación Cinematográfica; 22) Los referentes a faltas sanitarias; 23) Procedimientos en materia de previsión y seguridad social; 24) Los previstos en la Ley 17.319; 25) Los derivados de la Ley 15.336; 26) Los que se refieren a la instalación, autorización, apertura, cierre, traslado, transferencia y funcionamiento de estaciones de servicio y bocas de expendio de combustibles; 27) Procedimientos ante el Tribunal de Tasaciones; 28) Los que aplica la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal; 29) Los que aplica el Registro de la Propiedad inmueble en materia registral; 30) Los correspondientes a la Inspección General de Personas Jurídicas; 31) Los que rigen en la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

7 Específicamente se preveía la subsistencia de las normas especiales que preveían: *a)* El cumplimiento de requisitos previos a la interposición del recurso administrativo de que se trate. *b)* La suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido. *c)* La existencia de un recurso judicial directo.

8 Las materias en las que subsistirían los procedimientos especiales eran las siguientes: *a)* Impositiva. *b)* Aduanera. *c)* Minera. *d)* Régimen de contrataciones del sector público nacional. *e)* De las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia. *f)* Regímenes de derecho de reunión y electoral. *g)* Procedimientos sumariales y lo inherente al ejercicio de la potestad correctiva interna de la Administración Pública Nacional. *h)* Regímenes de Audiencias Públicas. *i)* Procedimientos ante Tribunales administrativos.

atender”, podría llegar a ser necesario establecer un procedimiento especial. En tales supuestos sería necesaria una “expresa fundamentación de la necesidad jurídica de apartarse” del procedimiento administrativo general (es decir, la LPA y su reglamento).

Es dable suponer que algunos de los procedimientos especiales previstos en el Decreto 722/96 todavía serán susceptibles de modificaciones futuras en vistas de lograr una mayor convergencia en todos los procedimientos que se aplican en la Administración Pública, en consonancia con los principios de la Ley de Bases.

### **3. PANORAMA GENERAL DE LA LEY DE BASES EN SU INCIDENCIA EN LA LPA**

En este marco, donde predomina un procedimiento administrativo general (regido por la LPA y el reglamento aprobado por el Decreto 1759/72 – t.o. 2017 y su reforma de 2024) y, paralelamente una serie de procedimientos administrativos especiales (previstos en el ya mencionado Decreto 722/96), la Ley de Bases ha venido a insistir en la necesidad de unificar el procedimiento administrativo, haciendo extensiva la aplicación del régimen general a órganos o entes que anteriormente no estaban directamente alcanzados por él, aun cuando éste pudiera aplicarse en forma supletoria.

Conviene observar que las reformas de la Ley de Bases han impactado significativamente en la LPA. Algunas modificaciones han implicado su modernización, mediante la incorporación o concretización de ciertos principios del procedimiento que habían sido reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia (v.gr. la juridicidad, la tutela administrativa efectiva; la confianza legítima) o que formaban parte del ordenamiento jurídico en forma más general (como la buena fe, la razonabilidad o la proporcionalidad). También se han introducido modificaciones en algunos de los elementos del acto administrativo (v. gr. hay alguna especificación en materia de procedimientos como requisito de validez del acto), en lo referente a las vías de hecho (donde se incorporan más supuestos), de silencio de la Administración; una mejor sistematización de las causales de nulidad y revocación de los actos administrativos. También se regulan con mayor detalle el amparo por mora de la Administración y los requisitos de impugnación judicial de los actos (con algunas novedades destacables como los plazos tanto en casos de impugnación por vía de acción como de recurso judicial) y lo relativo a la exigibilidad del reclamo administrativo previo y sus excepciones.

En lo que sigue, se examinará el ámbito de aplicación de la LPA, luego de la reforma, cuestión prevista en el artículo 1º (texto según el art. 24 de la Ley de Bases). La norma establece lo siguiente:

Artículo 1º: Ámbito de aplicación.

- a) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a:
- (i) La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales;
  - (ii) 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:
- (i) 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;
  - (ii) Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incisos (i) y (ii) del inciso 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 inciso 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.

Como puede advertirse, el nuevo texto incluye dentro de su ámbito de aplicación a jurisdicciones o entidades antes no alcanzadas en forma directa por la LPA e introduce algunas precisiones o matices en cuanto a la forma de su aplicación, aunque parece tener siempre en miras lograr la uniformidad en su aplicación.

El texto transcrito puede sistematizarse del siguiente modo: a) hipótesis de aplicación directa de la LPA; b) hipótesis donde la LPA es de aplicación supletoria; c) exclusiones de la aplicación de la LPA. En ese orden las abordaremos en lo que sigue.

#### 4. LAS HIPÓTESIS DE APLICACIÓN DIRECTA

Si bien los aspectos nucleares de la ley, tales como el régimen de los actos administrativos (con sus elementos, caracteres y régimen de nulidades) y las formas de impugnación judicial de la actividad administrativa se rigen en todas estas hipótesis por la LPA; en algunos casos (Administración centralizada y descentralizada) ello no supone ninguna novedad. Ello, sin perjuicio de que los recursos administrativos están previstos en un reglamento específico (el aprobado por Decreto 759/72 y sus modificaciones), cuya aplicación no se extiende a todos los supuestos del artículo 1° de la ley.

##### 4.1. *Administración Pública nacional centralizada y descentralizada*

Este supuesto ya estaba en la redacción anterior de la ley y no merece mayores observaciones. Los incisos siguientes introducen algunas modulaciones en lo referente al concepto de “administración pública descentralizada”. No se mencionan los entes autárquicos expresamente, lo cual no parece necesario, por estar comprendidos en esta última denominación.

Por lo tanto, la LPA se aplica a todos los órganos que se encuentran en una relación de dependencia jerárquica respecto del Poder Ejecutivo Nacional (es decir, la Administración centralizada) y también respecto de aquellos organismos que se encuentran bajo un control de tutela, aunque respecto de estos últimos será necesario realizar algunas matizaciones en virtud de lo que establece el mismo artículo 1° en su redacción actual, que determina algunas exclusiones en su inciso c).

Además, complementariamente a la ley, rige en la Administración Pública, con los matices y precisiones que correspondan, el Reglamento aprobado por Decreto 1759/72 (t.o. 2017), reformado por el Decreto 695/2024.

##### 4.2. *Órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en cuanto ejerzan funciones materialmente administrativas*

En esto la ley vino a suplir una laguna, toda vez que no había nada establecido para esos supuestos, aun cuando la LPA pudiera ser de aplicación analógica o supletoria. Es sabido que estos órganos del Estado nacional ejercen, además de sus funciones propias (legislativas o jurisdiccionales), funciones de naturaleza administrativa. Y, ya antes de la Ley de Bases, se ha dicho que los actos administrativos que concreten dicho tipo de funciones están sometidos a los mismos principios jurídicos que regulan esa especie de actos cuando provienen del Ejecutivo<sup>9</sup>. Veamos separadamente cada una de estas hipótesis.

9 MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 378, p. 223; COMADIRA, Julio Rodolfo- Escola, Héctor Jorge, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 387.

*(i) Los órganos del Poder Legislativo*

En lo que respecta al Poder Legislativo, y siempre que se trate de funciones administrativas, el hecho de que el propio Congreso haya ahora aprobado esta modificación (al sancionar la Ley de Bases) despeja toda duda respecto de la posibilidad de aplicar la LPA en forma directa a su respecto. Desde luego, el Congreso podría dictar una reglamentación propia, no necesariamente coincidente con el Decreto 1759/72 (t.o. 2017 y sus modificatorios), regulando aspectos que hacen a las particularidades del órgano legislativo (v.gr. en temas como la competencia de los órganos u otros aspectos del Título II de la LPA).

Esta aplicación directa se extiende a cada una de las Cámaras de Congreso, en tanto no se trate de funciones legislativas, donde rige la Constitución Nacional y los reglamentos que aquéllas dicten. Pero también abarca a órganos como la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN); la Defensoría del Pueblo (art. 86 CN) y otros creados en la órbita del Poder Legislativo por conducto de una ley (v.gr. la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, establecida en los arts. 47 y ss. de la Ley 26.061; o la Procuración Penitenciaria, establecida por la Ley 25.875). Por ello, en tanto se trate de funciones materialmente administrativas, no hay obstáculos en aplicar la LPA en forma directa respecto de estos órganos.

Debe sin embargo aclararse que las Cámaras del Congreso pueden dictar una reglamentación propia de la LPA, pues el “Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72. T.O. 2017” (y su modificación posterior) sólo podría ser aplicable en el ámbito de la Administración Pública bajo la órbita del Poder Ejecutivo.

*(ii) Los órganos del Poder Judicial*

En cuanto al Poder Judicial, es preciso distinguir las funciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las Cámaras de Apelaciones, por un lado, y por otro las del Consejo de la Magistratura.

El nuevo texto del artículo 1° de la LPA hace aplicables a todos ellos en forma directa el texto de esa norma, en cuanto a las funciones materialmente administrativas, lo que incluye las de superintendencia. Pero ello deberá compatibilizarse con el artículo 113 CN que establece la competencia de la Corte Suprema para dictar su reglamento interior, así como también con otras normas legales que atribuyen a la Corte potestades reglamentarias, relacionadas con la administración de justicia (art. 18 de la Ley 48; art. 10 de la Ley 4055; art. 21 del Decreto Ley 1285/58; art. 4° de la Ley 25.488). En ejercicio de esa atribución reconocida constitucional y legalmente el Tribunal ejerce funciones de superintendencia y, en tal carácter, posee potestades reglamentarias y administrativas. Aquí, a diferencia del Congreso, que ha admitido la extensión a su respecto del actual régimen de la LPA, la potestad de la Corte tiene fundamento constitucional, sin

perjuicio de las leyes que le han conferido ciertas facultades reglamentarias referidas a la tramitación de los procesos judiciales<sup>10</sup>. Podemos distinguir así facultades reglamentarias, expresamente concedidas por normas con rango legislativo, pero también normas de carácter administrativo, constitutivas de una suerte de “zona de reserva” al interior del Poder Judicial.

En relación con estas últimas, que podrían englobarse bajo el rótulo de “facultades de superintendencia”, la voluntad legislativa parece ir en el sentido de la uniformidad en el procedimiento administrativo, como se ha señalado antes.

Ahora bien, dejando de lado las normas que son de carácter reglamentario de leyes procesales, la Corte Suprema tiene reglados ciertos procedimientos especiales. Aquí se abren dos alternativas de interpretación.

En materia de recursos contra decisiones sancionatorias, el Reglamento para la Justicia Nacional (Acordada del 17/12/1952) prevé vías de impugnación, que son en realidad recursos administrativos (arts. 21 a 23). Esas normas podrían funcionar bajo el paraguas de la LPA (a partir de lo que dispone su actual art. 1° inc. a) apartado ii), como (parcialmente) reglamentarias de esta última, del mismo modo que lo hace el Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 (t.o. 2017 y su modificatorio) respecto de la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo. En este encuadre, la LPA sería una norma de aplicación *directa*, sin perjuicio de las facultades reglamentarias que ejerza la Corte.

Otra posibilidad es entender que las normas que dicta la Corte Suprema en ejercicio de la función administrativa constituyen uno de los “procedimientos administrativos regidos por leyes especiales”, a los que hace referencia el artículo 1° inciso b) apartado ii) del actual artículo 1 de la LPA. En este caso los Títulos I, II y III de este cuerpo legal se aplicarían *supletoriamente* en los procedimientos de carácter administrativo que haya reglamentado o reglamente la Corte. De aceptarse esta tesis, no es claro qué sucedería con el Título IV, que se refiere a la impugnación judicial de la actividad administrativa. Creemos que esos actos –emitidos en ejercicio de funciones materialmente administrativas– no pueden quedar al margen de la impugnación judicial y el Título IV debiera aplicarse en forma directa<sup>11</sup>. Cualquier exclusión debería entenderse en forma restrictiva.

10 En tal sentido, se han remitido reglamentaciones relevantes por vía de acordada, por ejemplo, en materia de requisitos para la interposición del recurso extraordinario federal (Acordada 4/2007), la creación del Registro de Juicios Colectivos (Acordada 32/2014) o el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (Acordada 12/2016), sólo por mencionar algunos.

11 No son muchos los precedentes en esta materia. En “Bonis, Pedro” (Fallos 312:1891), ante la impugnación de una acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la Corte Suprema sostuvo la necesidad de plantear un reclamo administrativo contra ella, afirmando la obligatoriedad de agotar la vía administrativa. Pero concedió que después de ello, y “de resultar procedente”, sería procedente la vía del amparo. Esto es, y ya con anterioridad a la reforma de la

Por otra parte, en el caso del Consejo de la Magistratura, órgano que ejerce funciones predominantemente administrativas, la aplicación directa de la LPA podría dejar dudas: sus decisiones constituyen actos administrativos y son impugnables con arreglo a las disposiciones de esa ley. Aún en ausencia de norma específica, así se ha admitido por la jurisprudencia, por ejemplo, en materia de concursos judiciales, donde la validez de los actos administrativos se juzga en base a las normas de la LPA. La previsión del artículo 1º inciso *a*) según la modificación de la Ley de Bases va en esa dirección.

### *(iii) Los órganos del Ministerio Público*

En cuanto al Ministerio Público, debe recordarse que es un órgano extrapoder bicéfalo, compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa (art. 120 CN). Los titulares de esos órganos tienen potestades reglamentarias y de superintendencia<sup>12</sup>, además de las que son típicamente

---

Ley de Bases, no cabe descartar la impugnación judicial de un reglamento emitido por un órgano judicial en ejercicio de la función administrativa. En “Fabris, Marcelo” (Fallos 311:1517) el Alto Tribunal –integrado por conjuces– tuvo una postura más matizada en lo que respecta a la revisión judicial de reglamentos dictados por la Corte Suprema. Una mayoría sostuvo que las acordadas de la Corte (de contenido normativo) eran revisables “al igual que lo es cualquier reglamento administrativo cuando [...] se discute su aplicación en un caso particular en que produce efectos jurídicos directos”. Y añadió que ello es así porque “en el estado de derecho todos los habitantes tienen la posibilidad de acceder al menos a una instancia judicial (art. 18 de la Constitución Nacional, doctrina de Fallos 302:278)”. Otro voto (minoritario) en ese mismo caso consideró que “las decisiones de la Corte Suprema, como que es el más alto Tribunal de la República, no admiten recurso alguno que no sea el de reconsideración ante el mismo Tribunal, ni pueden dar nacimiento a acciones que deban ser tramitadas ante Jueces de menor jerarquía”. Añadió que era “un absurdo” que “un Juez de Primera Instancia pueda hacer caer, mediante una declaración de invalidez, un acto emanado de la Corte Suprema”. En fin, un tercer voto arguyó que era posible la revisión judicial de actos no jurisdiccionales de la Corte, pues de otro modo ello significaría “un renunciamiento del deber de juzgar, incompatible con nuestro ordenamiento constitucional”. Sin embargo, en un fallo posterior, con otra integración de conjuces, no hubo objeciones en cuanto a examinar la validez de esas acordadas dictadas en ejercicio de una función reglamentaria (Fallos 316:254).

12 Por ejemplo, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 establece en su artículo 12 entre las atribuciones del Procurador General de la Nación: Elaborar y poner en ejecución los reglamentos necesarios para la organización de las diversas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la Nación y celebrar los contratos que se requieran para su funcionamiento, a través de los órganos de administración (inciso *b*); Ejercer la superintendencia general sobre todos los miembros del organismo, administrar los recursos materiales y humanos (inciso *f*); Organizar, reglamentar y dirigir el áreas de recursos humanos y el servicio administrativo financiero del organismo, a través de las dependencias correspondientes, y disponer el gasto de acuerdo con el presupuesto asignado (inciso *g*); Conceder licencias a los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación cuando no correspondiera a otro órgano, de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto (inciso *k*); Imponer sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en los casos y de conformidad con lo establecido en esta ley y la reglamentación que se dicte al respecto (inciso *m*). En el caso del Ministerio Público de

jurisdiccionales y que se relacionan con la actuación de los respectivos magistrados en los procesos en los que intervienen. Por lo tanto, en lo que hace a la función administrativa, tampoco puede haber dudas de que les son aplicables los principios de la LPA a ambas ramas del Ministerio Público. También aquí, como se sostuvo respecto del Poder Judicial, habría que tener en cuenta la posible existencia de algún procedimiento especial, y en tal caso, debería evaluarse con arreglo a lo que establece el artículo 1º inciso *b*) apartado *ii*) de la LPA. Aun así, la regla se mantiene: las actividades materialmente administrativas de cualquier órgano del Estado son revisables en sede judicial y las exclusiones del procedimiento administrativo general deben ser de carácter excepcional.

#### 4.3. *Organismos militares, de defensa y seguridad*

Hasta ahora, la jurisprudencia establecía que, dada la exclusión expresa de estos organismos del ámbito de aplicación de la LPA, ella no podía ser de aplicación ni siquiera supletoria, y menos aun cuando se tratara de normas que podían ser entendidas como restrictivas de derechos. Pese a que la jurisprudencia había dado pasos en el sentido de entender la LPA como norma de aplicación supletoria –como lo establecía en su momento el Decreto 9101/72 y actualmente el Decreto 722/96–, lo cierto es que la Corte Suprema ha entendido inaplicable el plazo para promover la acción judicial contra actos definitivos emanados de tales órganos estatales por parte de agentes de las fuerzas armadas y de seguridad, previsto en el artículo 25 de la LPA (in re “Bagnat”, Fallos 311:255, 1988)<sup>13</sup>. En cambio, entendió que en el caso de agentes civiles que se desempeñaran en la Administración Pública y en tales organismos, podría ser aplicado dicho plazo. El criterio fue mantenido en casos posteriores, como en “Sire” (Fallos 312:1250, 1989)<sup>14</sup>; “Tajes” (Fallos 322:551, 1999)<sup>15</sup>; “Romero Gerardo” (Fallos 324:4504,

---

la Defensa, la Ley Orgánica respectiva (Nº 27.149) también prevé las competencias del Defensor General de la Nación en materias de superintendencia (art. 35 inc. g); de sanciones a los magistrados, funcionarios y empleados (inciso q), aspectos que sin duda constituyen facultades materialmente administrativas que se ejercen por fuera de los procesos judiciales.

13 En esta oportunidad el Alto Tribunal, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, excluyó la aplicación de la LPA al personal de las fuerzas armadas y de seguridad, en tanto el plazo de caducidad para interponer la acción judicial previsto en el artículo 25 “sujeta a un plazo en extremo breve la extinción del derecho que pretende ejercerse”.

14 El caso se refería a la impugnación de la baja de un oficial de la Armada Argentina, y la inaplicabilidad del artículo 25 para impugnarla. Al igual que en “Bagnat”, la Corte siguió el criterio de la Procuración General de la Nación.

15 En este caso la Corte reiteró el criterio de que el artículo 25 de la LPA no era aplicable para la impugnación de una baja de un suboficial del Ejército Argentino.

2001)<sup>16</sup> “Resch” (Fallos 327:4681, 2004)<sup>17</sup>. En síntesis, la CSJN sostuvo que no podía aplicarse el artículo 25 a acciones de nulidad que interpusieran agentes con estado militar (o policial) dentro de esas fuerzas. El fundamento de esta postura era que el artículo 1° de la LPA excluía de las disposiciones de esta ley al personal de los organismos militares, de defensa y de seguridad y que la aplicación supletoria a la que se refería el Decreto N° 9101/72<sup>18</sup> sólo se refería al personal *civil* que revista en la Administración Pública y en tales organismos.

El criterio parece consolidado a partir de “Daus” (Fallos 329:2886, 2006), donde el Alto Tribunal recogió la doctrina de sus precedentes “Bagnat”, “Sire” y “Tajes”, en el sentido de que los requisitos de admisibilidad de la acción establecidos en la LPA no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, con dos importantes observaciones: *a)* que esta conclusión se mantenía no obstante la modificación realizada al Decreto N° 9101/72 por su similar 722/96<sup>19</sup>; *b)* que la aplicación supletoria de la LPA a los procedimientos especiales no podía ser extendida a disposiciones restrictivas de derechos.

Ahora bien, creemos la reforma de la Ley de Bases viene a modificar este panorama, pues establece la aplicabilidad (entendemos que directa, pero no lo aclara) a estos organismos, salvo materias regidas por leyes especiales o cuestiones vinculadas a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas. Respecto de estos aspectos (técnicos u operativos), nada se dice en cuanto a la eventual aplicación de la LPA.

En doctrina Comadira defendía la tesis de que la LPA y el reglamento aprobado por el Decreto 1759/72 (t.o. 2017) resultaban aplicables al ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad, para lo cual distinguía entre las relaciones internas y las relaciones externas, según afectaran el status de un agente de esas fuerzas o a un tercero. A su vez, en el caso de las relaciones internas de carácter administrativo, entendía que podían ser de carácter operativo, disciplinario o de otro tipo (ni disciplinario ni operativo); en estos casos admitía una aplicación sólo analógica de ese plexo normativo. En cambio, en las relaciones externas de

16 Se trataba aquí de impugnación del acto administrativo que había calificado al actor como “inepto para las funciones de su grado”. La Corte Suprema consideró que tampoco en esa hipótesis se aplicaba la LPA.

17 Se trataba de la cesantía de un agente de la Policía Federal, oportunidad en que reiteró su doctrina y la línea jurisprudencial que consideraba la aplicación de la LPA al personal de las fuerzas armadas y de seguridad.

18 Cfr. artículo 1 inciso 2°) del citado decreto, transcrito en la nota 6.

19 Cfr. artículo 2 inciso *d)* del citado decreto, transcrito en la nota 8. Cabe advertir que la disposición, al referirse a la aplicación supletoria de la LPA y de su reglamento, se refiere, simplemente, a la materia “[d]e las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia”, sin limitar ahora su aplicación a los agentes civiles. Sin embargo, la jurisprudencia mantuvo su interpretación anterior.

carácter administrativo, distinguía por un lado los casos en que se afectaba el status jurídico de un agente militar, donde también eran aplicables esas normas en forma analógica; y por otro lado, las afectaciones del status jurídico de un tercero o administrado. En este último caso consideraba que a las relaciones de carácter operativo las normas de la LPA y su reglamento se aplicaba en forma directa o subsidiaria en todo lo relativo a aspectos generales (como los requisitos del acto administrativo, los principios del procedimiento, la impugnación judicial), mientras que a los aspectos especiales (como el trámite o los recursos) la aplicación de tales normas era analógica. En las relaciones externas que no tenían carácter disciplinario ni operativo, postulaba la aplicación directa o subsidiaria de aquel plexo normativo<sup>20</sup>.

Ahora bien, cuando se dictó el Decreto 722/96 (modificado por su similar 1155/97), se establecía que se mantenían los procedimientos especiales relativos a las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y de inteligencia, pero, además, se preveía la aplicación *supletoria* de la LPA y su decreto reglamentario. Los procedimientos que se mantienen son los relativos a las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia. Esa voluntad del Poder Ejecutivo expresada a través de una reglamentación no implicó cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Si bien esta parece consolidada, el nuevo contenido del artículo 1° de la LPA, ante la clara política legislativa de extender el ámbito de aplicación de dicha ley, sin duda justifica una revisión de esa jurisprudencia.

En este sentido, con arreglo al inciso *d*) del nuevo artículo 1° de la LPA, este plexo normativo es de aplicación *directa* a los organismos militares y de defensa y seguridad, con dos excepciones:

- a) materias regidas por leyes especiales: debería tratarse de materias íntegramente regidas por ese tipo de leyes y, en lo no previsto, sería de aplicación supletoria la LPA y el Reglamento.
- b) materias que el Poder Ejecutivo excluya “por estar vinculadas a la disciplina, y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes y organismos”. Por el momento, la voluntad del Poder Ejecutivo debería ser inferida a partir del artículo 2° inciso d) del Decreto 722/96 (previo a la Ley de Bases), que admite la aplicación supletoria de ese ordenamiento. Resta por verse, si en uso de esa facultad, el Poder Ejecutivo dicta en el futuro una

20 Creemos que el nuevo artículo 1° inciso d) de la LPA permite ingresar ahora en esas distinciones entre los tipos de relaciones que se verifican al interior de las fuerzas armadas y de seguridad y avanzar hacia la aplicación de esa ley a los ámbitos castrense y policial. Véase: COMADIRA, Julio Rodolfo, ya cit. en nota 3. En el mismo sentido, HUTCHINSON ha sostenido la inaplicabilidad de la LPA en todo aquello que pueda afectar la verticalidad en el mando, pero en cambio, “en los procedimientos típicamente administrativos” no habría dificultad en aplicar la LPA (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 22-23).

reglamentación más específica que excluya esas materias. De otro modo, cabría estar al criterio del referido decreto, esto es, la aplicación supletoria del régimen común. Posiblemente, se podrían hacer disquisiciones respecto de si no sería conveniente que dicha aplicación fuera analógica, tal como sostenía Comadira para este tipo de supuestos.

## 5. LAS HIPÓTESIS DE APLICACIÓN SUPLETORIA

### 5.1. *Personas y entes públicos no estatales*

Ciertos entes se caracterizan por tener delegada la realización de ciertos cometidos públicos, pero no integran la estructura de la Administración Pública. Se trata de lo que la doctrina denomina “delegación transestructural de cometidos”<sup>21</sup>. En efecto existen varios entes, creados por el legislador, que han sido configurados como personas públicas no estatales, a los que se atribuyen algunas competencias claramente administrativas, de titularidad del Estado.

Antes de la reforma, la situación de estos entes dependía de lo que establecieran las normas de creación<sup>22</sup>. La nueva disposición prevé la aplicación supletoria de los títulos I, II y III de la ley (esto es, los principios generales del procedimiento, los requisitos de validez, caracteres y nulidades de los actos administrativos y la impugnación judicial) a estos sujetos de derecho.

Un sector de la doctrina argentina (Bielsa, Marienhoff, Cassagne) negaba la posibilidad de que entes no estatales dictaran actos administrativos<sup>23</sup>. Pero otro sector (Gordillo, Comadira, Hutchinson) ha admitido esa posibilidad, en tanto tales entes ejerzan prerrogativas públicas<sup>24</sup>.

21 Barra se refiere a este fenómeno de la organización administrativa, que supone el ejercicio de actividades públicas por sujetos ajenos al sector público, que desarrollan en virtud de una delegación ciertos cometidos públicos. Para este autor los destinatarios de esa delegación son siempre sujetos *privados*, y rechaza la expresión “personas públicas no estatales” aceptada por parte de la doctrina (BARRA, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 605 y ss., especialmente págs.610 y 625 y sus citas). Cabe aclarar que varias leyes de creación de estos entes utilizan esa terminología (“personas públicas no estatales”) y también lo hace el nuevo artículo 1º de la LPA.

22 En realidad, el artículo 2º segundo párrafo del Decreto N° 9101/72 establecía: “Los procedimientos en entes con personalidad jurídica pública no estatal se registrarán asimismo por sus respectivos regímenes, y supletoriamente por la Ley 19.549 y el reglamento aprobado por Decreto 1.759/72”. Esta norma fue derogada en 1991, por conducto del Decreto 1883/91.

23 CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 47 y sus citas.

24 GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo. 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, pp. I-11 y ss. y sus citas; HUTCHINSON, Tomás, Las corporaciones profesionales, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, pp. 40 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 387.

Esta tendencia, que implica asumir el criterio material de función administrativa, venía siendo anticipada además por el derecho público local. Por ejemplo, en CABA la Ley de Procedimientos Administrativos local incluye en su ámbito de aplicación a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires” (art. 1º LPA de la Ciudad); en la provincia de Buenos Aires, se mencionan como parte de la competencia contencioso-administrativa a las causas “en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en ejercicio de prerrogativas propias del derecho administrativo” (art. 2º inc. 3 CCA Pcia. Bs. As.). Es decir, no todos los actos realizados por estos entes están regidos por el derecho administrativo, sino “en tanto se refieran al ejercicio de potestades administrativas”.

Tal es el caso de los colegios profesionales de las provincias y de las cajas previsionales locales, pues la inscripción de un profesional (o la denegatoria), o la aplicación de sanciones; o bien el otorgamiento de un beneficio previsional, la exigencia de aportes, etc. constituyen todos actos en ejercicio de prerrogativas de poder público atribuidas por ley; ello justifica su tratamiento como actos administrativos y revela la inconsecuencia de no aplicar el régimen del acto administrativo (con todas sus garantías) y sin embargo sostener que ejercen prerrogativas públicas. Desde luego, en estos casos de entes locales habrá que estar a lo que dispongan las normas provinciales en cuanto al régimen aplicable a los actos que emitan.

A nivel nacional, la jurisprudencia contencioso administrativa federal se ha referido al Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal. Esta entidad emite numerosos actos que son indudablemente de carácter administrativo: la admisión a la matrícula como colegiado; la aplicación de sanciones disciplinarias a un matriculado; la aplicación de multas por la falta de pago en término de la cuota profesional que la ley le autoriza a percibir; la determinación tributaria de dicha cuota profesional, etc. En rigor, la propia Ley 23.187 establece la aplicación supletoria de la LPA (art. 17) y somete las decisiones en materia disciplinaria al control por los tribunales del fuero contencioso administrativo federal. Más allá del silencio de la norma en cuanto a otros supuestos no disciplinarios, es claro que su control judicial también es realizado por los tribunales de dicho fuero, en tanto se trate del control del ejercicio de prerrogativas públicas por parte de un ente no estatal<sup>25</sup>.

Otro universo de casos es el de las obras sociales. Aunque su régimen jurídico es variado (pues algunas son entes autárquicos o tienen otra estructura jurídica), algunas son expresamente calificadas como “personas de derecho público no estatal” (art. 2º, Ley 23.660). En tal caso, en la medida en que lo indica la reforma (Títulos I, II y III) les serán aplicables los principios de la LPA. Al respecto

25 En cambio, si dicha entidad tuviera un conflicto con alguno de sus trabajadores, la relación estaría regida por el derecho privado; allí no interviene ningún elemento de derecho público y sería injustificado acudir a normas de la LPA u otras de derecho administrativo.

la jurisprudencia había sido algo dubitativa: al abordar la situación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados ha sostenido que sus actos no son administrativos, cuando tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares (Fallos 312:234). La Procuración del Tesoro de la Nación consideró que el art. 12 LPA era aplicable al INSSJP para posibilitar la suspensión de sus actos por razones de interés público, si ellos están referidos a un contrato celebrado por aquél con el fin de satisfacer prestaciones médico-asistenciales de todos sus beneficiarios (Dictámenes 232:200). Estos criterios guardan conformidad con lo que establece el vigente artículo 1° inciso *b*) apartado *i*) de la LPA.

### 5.2. *Procedimientos administrativos especiales*

En el caso de los procedimientos administrativos especiales, se aplican supletoriamente los Títulos I, II y II de la LPA. Esta norma debe ser vinculada con el art. 2° de la ley, que reenvía a la reglamentación que dicte el PEN. Como ya se señaló en el apartado II de este trabajo, actualmente la regulación vigente – anterior a la regulación de la Ley de Bases– es el Decreto 722/96 (que tuvo una reforma en 1997, Decreto 1155/97). Nos hemos referido a este decreto al abordar la situación de las fuerzas armadas y de seguridad con respecto a la aplicación directa de la ley (con excepción de los procedimientos de carácter operativo o disciplinario).

Haremos una breve consideración de algunos de esos procedimientos que el Decreto 722/96 considera subsistentes, sin que el nuevo artículo 1° de la LPA haga referencia expresa a ellos.

#### *(i) El caso de las contrataciones administrativas*

Uno de ellos es el caso del régimen de contrataciones del sector público nacional, cuya singularidad se reconocía desde antes del dictado del Decreto 722/96 y se mantiene. El punto más interesante aquí es que la aplicación de la LPA a los contratos administrativos ha dado lugar a modificaciones legislativas que se han referido a la cuestión en sentidos discrepantes.

En efecto, en un primer momento el texto del artículo 7° *in fine* de la LPA preveía que los contratos administrativos, permisos y concesiones se registrarían por sus leyes especiales, aunque admitía la aplicación *analógica* de las normas del Título III (esto es, las normas que regulan los requisitos esenciales del acto administrativo, las vías de hecho, el silencio, los caracteres del acto y las causales de invalidez). Ello fue modificado por el Decreto 1023/01 (art. 36), que estableció que las normas del Título III serían de aplicación *directa*, “en cuanto fuera pertinente”. Finalmente, la reforma introducida por la Ley de Bases suprimió ese párrafo. En consecuencia, ¿se aplica la LPA al régimen de los contratos administrativos?

La respuesta parece estar en el artículo 1° inciso *b*) apartado *ii*) del texto reformado de la LPA. En tanto se trata de un procedimiento administrativo especial, se aplican ahora en forma supletoria a ellos no sólo el Título III, sino también los Títulos I y II de la ley. La norma guarda silencio respecto del Título IV de la LPA, que es el que se refiere a la impugnación de los actos administrativos. La situación pasa por establecer cómo sería la aplicación de la LPA a los actos administrativos contractuales. Entendemos que, al no decir nada respecto del Título IV, la norma no impediría su aplicación al menos analógica, haciendo aplicable la jurisprudencia ya establecida en materia de contratos administrativos y la posibilidad de impugnar judicialmente la actividad de la Administración lesiva de los derechos del contratista. Sin ingresar a la cuestión de si la impugnación de los actos administrativos contractuales debe realizarse por vía de impugnación o por vía de reclamo, lo cierto es que el no modificado (y vigente) artículo 2° inciso *c*) del Decreto 722/96 prevé la aplicación *supletoria* del plexo normativo conformado por la LPA y el reglamento aprobado por el Decreto 1757/72 (t.o. 2017 y sus modificaciones). En cuanto aquí interesa, tal supletoriedad significa que, a menos que las leyes especiales que rijan el contrato administrativo de que se trate, prevean algún modo de impugnación judicial específico, debería aplicarse el Título IV *en forma supletoria*<sup>26</sup>.

*(ii) Otros procedimientos especiales previstos por el Decreto 722/96*

Además de lo ya señalado en materia de contratos y actos administrativos contractuales en el apartado anterior, y de lo relativo a fuerzas armadas de seguridad, policiales y de inteligencia, el mencionado decreto prevé otros procedimientos especiales, que no han sido objeto de previsión específica en el nuevo artículo 1° de la LPA. Tales procedimientos se encuentran dentro de esos “procedimientos especiales” a que alude el inciso *b*) apartado *ii*) de esta última disposición.

Entre ellos se encuentran: los correspondientes a la AFIP; los que se refieren a la materia minera; los regímenes de derecho de reunión y electoral, los procedimientos sumariales y lo inherente al ejercicio de la potestad correctiva interna de la Administración; los regímenes de audiencias públicas y los procedimientos ante Tribunales Administrativos.

Ahora bien, el Decreto 722/96 dice que la vigencia de estos procedimientos especiales se mantiene sin perjuicio de la aplicación *supletoria* de la LPA y del Reglamento de Procedimientos Administrativos, sin hacer distinción entre sus títulos. En cambio, la norma de la LPA reformada sólo se refiere a los Títulos I, II y

26 Sin perjuicio de esta primera aproximación, habrá que compatibilizar esta lectura con la jurisprudencia preexistente, en particular en casos como “Mevopal” (Fallos 307:2216, 1987); el plenario “Petracca” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (24/04/1986); “Serra” (Fallos 316:2454, 1993); “Gypobras” (Fallos 318:4411, 1995), en cuanto al modo de aplicación de la LPA a los actos administrativos contractuales.

III de esta ley y declara que ellos se aplicarán *supletoriamente* a los procedimientos aludidos. Por lo tanto, a menos que la ley especial que los rija prevea algún modo especial de impugnación judicial, no habría obstáculo en acudir, también supletoriamente, al Título IV de la LPA en esas hipótesis.

Esta declaración contenida en el decreto debe ser modulada, pues en lo que respecta a las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales y de Inteligencia, la ley (norma superior y posterior) se refiere específicamente a la aplicación directa de la LPA, salvo en aspectos disciplinarios u operativos.

Por lo demás, en cuanto a los procedimientos sumariales de la Administración Pública (mencionados en el art. 2º inc. f) del decreto citado), ellos culminarán con el dictado de un acto administrativo, eventualmente de contenido sancionatorio, sin perjuicio de que su trámite esté regido por normas especiales. Y aquí no se advierte dificultad en aplicar los Títulos I, II y III de la LPA. En cuanto a la impugnación directa de tales actos en sede judicial, prevista en el Título IV, el actual artículo 1º guarda silencio. Se podría alegar que en este título *no* se aplica en esos procedimientos, pero ello podría contradecir la tendencia a la universalización de la LPA que parece haber animado la reforma. Además, en esos supuestos se prevé un recurso directo de impugnación en sede judicial y el artículo 25 *bis* LPA parece tener una vocación universal.

### *(iii) Otros procedimientos administrativos especiales*

Por otra parte, con posterioridad al Decreto 722/96 se han previsto por vía legislativa nuevos procedimientos administrativos particulares, como la Ley de Acceso a la Información Pública 27.275 o el procedimiento migratorio (Ley 25.871), el procedimiento de audiencias públicas (Decreto 1172/2003), los procedimientos que se llevan a cabo en la Unidad de Información Financiera (Ley 25.246; en especial de carácter sancionatorio), los procedimientos sancionatorios en el ámbito de los entes reguladores (ENRE, ENARGAS, ENACOM; etc.).

Ahora bien, la nueva norma legal no supone un escollo alguno para la aplicación a su respecto de la LPA con los alcances que ella misma establece. Los actos administrativos que se dicten, así como los principios de la actuación administrativa, son aplicables sin dificultad a esos ámbitos. En otras palabras, los Títulos I, II y III de la LPA son de aplicación supletoria, tal como lo establece el actual artículo 1º inciso b) apartado ii).

En cuanto al silencio respecto de la aplicación del Título IV, es menester remitirse en primer lugar a las leyes respectivas a cada uno de esos entes, aunque ellas se ven sin dudas incididas por este Título, el cual también les sería aplicable. En efecto, el artículo 25 *bis*, precisamente incluido en el Título IV mencionado,

contiene una regulación bastante exhaustiva de los recursos directos<sup>27</sup>. Allí se refiere a plazos y formas de deducir la impugnación, recaudos que, dada la categórica derogación de ciertas facultades de la Administración, es posible sostener que se aplicarán en esos organismos.

En cuanto al procedimiento migratorio, la Ley 25.871 regula un procedimiento administrativo especial en materia de actos de expulsión de personas migrantes. Nada obstaría aquí a la aplicación supletoria de la LPA en particular en cuanto a requisitos de validez de los actos administrativos, sin perjuicio de que dicha ley establece vías específicas para su impugnación administrativa y judicial. Sin embargo, el actual Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017 y su reforma de 2024) prevé plazos más extensos para la interposición de recursos administrativos, que los que establece la ley específica. Aquí cabría propiciar la aplicación de la norma más favorable a la impugnación, pero el tema es por lo menos opinable. Los plazos de impugnación administrativa ya están previstos en la ley específica, por lo que no podría entenderse que el Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017 y su modificación más reciente), es decir, un decreto, pueda modificarlos. En cuanto a la impugnación judicial, la cuestión no es clara: la ley específica establece plazos para el recurso directo, mucho más estrictos que los del nuevo artículo 25 *bis* de la LPA. A tenor de lo expuesto en el párrafo precedente, podría postularse la aplicación de esta última norma, aunque la solución interpretativa no está exenta de dudas.

En efecto, en estos casos, en los que se prevé una vía judicial de impugnación específica, aparece un conflicto entre dos principios de interpretación: el de que la norma posterior deroga a la anterior –en cuyo caso el artículo 25 *bis* LPA debería prevalecer– o el de que la norma especial prevalece sobre la norma

27 En efecto, véase el texto del nuevo artículo 25 *bis* de la LPA: “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 administrativa. *Quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores. III 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. *III 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. III 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*” (lo destacado no es del original). Las expresiones resaltadas revelan una inequívoca voluntad legislativa que prevalece sobre las leyes preexistentes que regulen la cuestión en sentido diferente.*

general –en cuyo caso las normas específicas de cada ente en lo relativo a la impugnación judicial deberían prevalecer sobre las normas del Título IV de la LPA. En forma tentativa, creemos que los categóricos términos del artículo 25 *bis* de esta última norma traducen la voluntad legislativa de establecer un régimen unificado en cuanto a los recursos judiciales de impugnación (los llamados “recursos directos”), con prevalencia sobre las normas preexistentes. Pero la cuestión deberá ser examinada en cada régimen concreto.

## 6. LAS EXCLUSIONES DE LA APLICACIÓN DE LA LPA

### 6.1. *Las entidades empresariales del Estado*

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. Algunas de estas formas societarias (Empresas del Estado y Sociedades del Estado) fueron derogadas por el DNU 70/2023.

Más allá de la discusión acerca de la subsistencia de dicho DNU, la Ley de Bases prevé específicamente la delegación en el PEN de la facultad de modificar la estructura jurídica de estas entidades o bien su fusión, escisión, reorganización o transferencia a las jurisdicciones locales (art. 4°). Por lo tanto, aunque el DNU no ha sido ratificado por el Congreso, la Ley de Bases le permite en esta materia lograr un resultado semejante, al permitir la desaparición de estos “tipos” societarios y su conversión en otras formas jurídicas.

### 6.2. *Las entidades financieras del Estado*

Comprenden al Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional. Como es sabido, estas entidades pueden ser creadas por el Congreso en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 75 inciso 6 *in fine* CN, lo que implica la posibilidad de establecer su régimen jurídico<sup>28</sup>.

28 En el caso del Banco de la Nación Argentina, su Carta Orgánica (Ley 21.799) lo configura como una “entidad autárquica del Estado, con autonomía presupuestaria y administrativa”, aunque a continuación aclara las normas que le son aplicables y las que no lo son. Entre estas últimas se encuentran “las normas dispuestas con carácter general para la organización y funcionamiento de la administración pública nacional, en particular los actos de los que resulten limitaciones a la capacidad de obrar o facultades que le confiere su régimen específico” (art. 1°). De algún modo la reforma de la Ley de Bases ratifica esa voluntad de mantener al Banco Nación (y demás bancos oficiales) ajenos a cualquier norma propia de la Administración Pública.

### 6.3. *Algunas observaciones comunes a estos supuestos*

En primer lugar, resulta clara la voluntad legislativa de “sacar” estos entes por completo de la esfera del Derecho Público, lo que facilitaría su eventual privatización o entrega en concesión –aunque ello exigiría una ley expresa, salvo respecto de los entes expresamente mencionados en el Anexo de la Ley 27.742–.

Antes de ahora, la jurisprudencia fue titubeante en cuanto a la aplicación de las normas de la LPA a los entes estatales que desarrollaban actividades comerciales o industriales. Por ejemplo, en lo que se refiere a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, la Corte Suprema ha entendido que, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre sociedades comerciales, las normas de la LPA también podían ser aplicables, pues “al referirse el artículo 1° de la ley 19.549 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” (Fallos 311:750, 1988)<sup>29</sup>.

En todo caso, se impone la determinación previa acerca de la naturaleza de los actos que emiten este tipo de entes: algunos pueden tener la naturaleza de actos administrativos (en cuyo caso seguramente se podrá verificar la existencia de algún elemento propio del régimen exorbitante que suele acompañar a estos), mientras que en otros casos el ente puede tratarse de actos semejantes a los que dictaría cualquier ente privado<sup>30</sup>, de modo que la aplicación sin condiciones del Derecho Privado no puede ocasionar dudas.

La regla es ahora la aplicación del Derecho Privado en las relaciones de estos entes con terceros. Esta voluntad legislativa parece haber estado siempre, en la medida en que las normas de creación específicamente excluían la aplicación a su respecto de la LPA, entre otras leyes que aplican en el sector público. Sin embargo, la ley abre la posibilidad de que el Jefe de Gabinete, fundadamente, disponga la aplicación del Derecho Público. La norma se refiere a la decisión de “someter la controversia” a este último, si se verifican estas condiciones: *a*) la petición del interesado; *b*) la naturaleza del derecho en juego y la conexión

29 En ese precedente (“La Buenos Aires Compañía de Seguros SA c/ Petroquímica Bahía Blanca”) la Corte Suprema siguió el criterio del Procurador General de la Nación. En su dictamen éste justificó el criterio amplio de “administración descentralizada” en el hecho de que la reforma de la LPA realizada por la Ley 21.686 que, entre otros, sustituyó el artículo 32, excluyó del requisito del reclamo administrativo previo a diversos entes, entre los que estaban las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, como lo era la demandada (específicamente, en el inciso *f*) del art. 32). A su entender, ello implicaba robustecer la tesis de que la LPA era aplicable a tales entes. Cabe añadir que esa redacción del artículo 32 de la LPA, que permitió tal interpretación fue luego sustituida por la Ley 25.344, que suprimió ese inciso.

30 Por ejemplo, si una entidad financiera abre una cuenta corriente, una caja de ahorro o contrata con sus clientes la provisión de cualquier producto bancario, ello lo hace en las condiciones del mercado y, en principio, la condición de entidad estatal o privada es irrelevante. Obviamente en estos casos no habría problemas si se aplicara el Derecho Privado.

de éste con el derecho público; y c) el dictamen favorable de la Procuración del Tesoro de la Nación. Es decir, ante una controversia con alguno de estos entes, el particular podría solicitar que se aplique el Derecho Público. Se trata de una norma muy peculiar, ya que parece permitir a las partes privadas en una controversia con el Estado, *elegir* el marco jurídico con arreglo al cual pretenden que se resuelva una controversia. Habrá que estar expectantes al modo en que los interesados utilizan esta novedad legislativa y a los criterios del Jefe de Gabinete para aplicarla.

Estas exclusiones deben interpretarse en el marco de reformas más amplias cuyo propósito parece ser la eventual privatización de esas empresas. La sujeción de estas íntegramente a un régimen de derecho privado sería coherente con esa finalidad.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La última reforma a la LPA efectuada por la Ley de Bases ha clarificado algunas cuestiones, en torno al ámbito de aplicación de aquella. Aunque algunos puntos no quedan del todo claros, en líneas generales en este punto se trata de una modificación plausible. En particular, resulta destacable la superación del criterio orgánico material que contenía la norma y su sustitución por un criterio material para establecer los ámbitos de la Administración Pública alcanzados por ella.

Así, los principios recogidos en el artículo 1° *bis* LPA (al integrar el Título I) están llamados a tener un relevante impacto en todos los procedimientos que se llevan a cabo en la Administración Pública: sea el procedimiento general o los especiales.

Existen tres ámbitos que pueden tener particular interés en cuanto a la aplicación de las nuevas normas:

- El de las FF. AA. y de Seguridad, ya que la voluntad legislativa parece ser su sometimiento al régimen general de la LPA, excepto en aspectos específicos de su funcionamiento.
- El de las contrataciones administrativas: el art. 7° *in fine* (en su última redacción por Decreto 893/2012, reglamentario del Decreto 1023/2001) preveía la aplicación *directa* del Título III de la LPA en esta materia. A la luz de lo que disponía (y sigue disponiendo) el Decreto 722/96, esa aplicación de la LPA vuelve a ser *supletoria*, aunque ahora esta última guarda silencio al respecto.

Por otra parte, la reforma deja algunas dudas respecto de los procedimientos especiales y la forma de aplicación del Título IV a ellos. Se trata de una cuestión que deberá ser examinada en cada régimen en particular, aunque en la duda, dicho Título debería tener aplicación e, inclusive, en lo relativo a los recursos judiciales directos, habría buenas razones para postular su prevalencia respecto

de regulaciones legales particulares. De todos modos, hubiera sido deseable una mayor claridad en la regulación legislativa de este aspecto.

---

GUILLERMO TREACY

Es Abogado con diploma de honor y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor Adjunto regular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular por concurso de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José C. Paz. Juez de la Sala V de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de numerosas publicaciones y panelista sobre temas de la especialidad.

## INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

GRACIELA C. WÜST

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

En principio, corresponde a los Jueces –y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación– (en aquellos casos concretos sometidos a su decisión) la interpretación de las leyes, la que se llevará a cabo privilegiando siempre el sentido Constitucional, y siempre y cuando el espíritu de la norma o la letra expresa de la ley lo permita.

¿Por qué decimos que debe primar la norma Constitucional? Porque en nuestro sistema jurídico la Constitución es de aplicación “imperativa”. Es decir que, mientras la norma que pretende dejar sin efecto o no aplicar el Juzgador, se encuentre al amparo de una manda o norma Constitucional vigente, el Juez no tiene facultades para resolver su no aplicación, aun cuando entienda que dicha norma ha quedado en desuetudo, o resulta Inconstitucional, toda vez que sólo el Máximo Tribunal –Corte Suprema de Justicia de la Nación– puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, y la costumbre *contra legem*, inaplicabilidad de la ley por haber perdido vigencia o eficacia por el transcurso del tiempo que se manifiesta en una costumbre contraria a la ley.

Con respecto a la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad, no existe discusión alguna. No ocurre lo mismo con respecto a la costumbre *contra legem*, toda vez que, con respecto al concepto que se atribuye a la eficacia del ordenamiento jurídico, encontramos dos líneas de pensamiento que filosófico-jurídico que se contradice: la doctrina clásica de Kelsen, quién propone que la norma es positiva, vigente o eficaz, en relación con la conducta del hombre que responde a un hecho que encaja en la norma; y la teoría egológica de Cossio, que sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es la conducta del hombre, y la norma es el pensamiento de esa conducta, es decir hay una relación entre conducta y norma.

Podemos decir que en nuestro sistema jurídico prima la primera teoría, ya que la costumbre *contra legem* no tiene sustento para producir la derogación de una ley, la que sólo puede ser derogada por el Congreso de la Nación mediante

una nueva ley que se sustente en los cambios que han originado la desuetudo de la ley anterior. Se produce así un continuo incumplimiento, y su solución no llega por parte del legislador. Hay una posición asumida por la comunidad, de alejarse de lo establecido en la norma, entonces llegamos a que es inevitable la aparición del desuso o la costumbre *contra legem*<sup>1</sup>.

Respecto de la disciplina que nos ocupa, podemos citar respecto de lo dicho anteriormente en relación a la costumbre *contra legem*, entre otros, los siguientes fallos:

Sumario de Fallo. 17/04/2019. La resolución de la Cámara cuya fundamentación se sustenta en una interpretación y aplicación *contra legem* del último párrafo del artículo 45 del Código Contravencional que deriva en el sobreseimiento del imputado, es un pronunciamiento arbitrario (...).

Sumario de Fallo. 22/3/2000. Por expreso mandato legal, la sentencia debe fundarse en derecho positivo y en preceptos y principios establecidos en leyes de aplicación analógica al caso que se juzga (en el caso, conforme artículo 68, 1ra. parte, ley 4106), y la costumbre no será admitida.

Sumario de Fallo. 02/04/1998. La costumbre *contra legem* no puede generar derechos.

Sumario de Fallo. 17/02/1995. Un uso y costumbre que choca abiertamente con el régimen legal del transportista por agua, con prescindencia de normas que son imperativas para las partes y cuyo apartamiento es convencional, se sanciona con la nulidad absoluta (arts. 259, segunda parte (...)).

Sumario de Fallo. 17/02/1995. No cabe admitir la invocación de derechos cuando se los funda en usos *contra legem* o cuando no son, en realidad, más que la imposición arbitraria del económicamente poderoso; cabiendo transcribir por su prístino sentido el art. 17 del Código (...).

Sumario de Fallo. 27/5/1988. Es imposible que dentro del Derecho de Trabajo, se admita que un uso empresario *contra legem* pueda considerarse derogatorio de derechos concedidos por convenciones colectivas y protegidas por el orden público laboral (artículos 8, 12 y.-).

Es que la derogación o modificación de una ley se produce sólo por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva norma legal y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Señalando además que la derogación de una norma legal no reintegra la vigencia de aquellas normas que ella hubiere derogado o modificado.

Por ello, podemos afirmar que la interpretación de la ley no puede asignar a las normas un sentido que origine una contradicción entre sus propias

1 Conf. CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Ab. Perrot, Bs. As., 1961; KELSEN HANS, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Bs. As., 1965; y COSSIO Carlos, *Teoría egológica del derecho*, Losada, Bs. As.

disposiciones, y menos aún destruya las mandas Constitucionales vigentes dando por tierra con el sistema integral de armonización del ordenamiento jurídico, debiendo siempre indagarse el verdadero alcance de las normas mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos, y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción.

En definitiva, podemos concluir que la interpretación de las normas jurídicas es el proceso que tiene como objeto establecer el verdadero sentido y alcance de la norma, señalando que para ello se utilizan diversos métodos –tradicionales o modernos– tales como el Gramatical, que analiza el texto de la ley; el Exegético, que considera la voluntad del legislador y el dogmático que busca la solución en el texto de la ley, métodos a los que modernamente podemos agregar el de la evolución histórica, que considera que la interpretación varía a lo largo del tiempo y que es necesario investigar la realidad social y el de libre interpretación, que considera la aplicación de las leyes formales.

Cabe señalar también que las normas poseen desde siempre una interpretación sociológica y filosófica, ya que ambas disciplinas, junto con la costumbre son también fuente del derecho.

La interpretación sociológica de las normas jurídicas consiste en un análisis del fenómeno jurídico desde la perspectiva de los comportamientos sociales, buscando entender qué es aquello que motiva los comportamientos humanos en la sociedad y cómo éstos se relacionan con el orden jurídico. Es la disciplina que estudia las normas jurídicas en su relación con la sociedad y que analiza el origen, la aplicación, la eficacia y la diferenciación de las normas jurídicas. El método sociológico, en lo que nos ocupa, es un procedimiento de análisis de los hechos sociales que se basa en la observación empírica y la conexión de los hechos entre sí, y que está íntimamente conectado con los cambios sociales que se van desarrollando con el transcurso del tiempo y los avances y transformaciones que sufre la sociedad por ello.

Por su parte, la filosofía jurídica es la disciplina que estudia la legitimidad moral, política y jurídica del derecho. A través de ella, se puede reflexionar sobre la naturaleza del derecho, su origen, su justificación, su función, y su relación con la moral, la justicia y la política.

Tradicionalmente podemos distinguir las fuentes formales, que serían aquellas que directamente constituyen el derecho aplicable, y las fuentes materiales del derecho, que son las que dan origen en sentido social y político a las primeras. De esta forma, las fuentes en sentido formal serían a la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; en tanto las fuentes materiales o de origen, los hechos sociales, las doctrinas y las costumbres.

En materia Administrativa, algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, entendiendo que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre; en tanto otros agregan a los hechos como fuente formal.

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de derecho administrativo, ya que siendo éste una rama de la ciencia del derecho – es decir, una disciplina científica que estudia el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa–, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios, sea cual fuere el origen de éstos, que integran dicho régimen jurídico.

Es decir, entonces, que lo serán las reglas y principios que sean imperativos. No obstante ello, si se considera que el derecho administrativo es el conjunto mismo de esas reglas y principios, sería absurdo pretender que la ley, en sí misma, sea fuente del derecho administrativo, dado que ello significaría que sería fuente de sí misma<sup>2</sup>.

En tanto, en el derecho Contencioso Administrativo Nacional, la interpretación de la norma o acto es una de las pretensiones procesales que se pueden realizar en una acción contencioso-administrativa, siempre y cuando ésta se encuentre debida fundada y se relaciona claramente con los hechos de la causa, y exista un interés concreto en la interpretación, dado que la duda sobre el alcance de la norma pudiera causar un perjuicio irreparable al peticionante, dado que en general las acciones contencioso-administrativas se interponen cuando se viola un derecho subjetivo o un interés legítimo establecido por una disposición de carácter administrativo.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, podemos señalar que, toda vez que nos encontramos en un estado de derecho para el que una solución apropiada se obtiene por medio de una decisión justa, a la cual se llega mediante la aplicación adecuada de normas al caso concreto, para aplicar correctamente las normas, se debe determinar en primer lugar la veracidad de los hechos, resultando acertado a efectos de cumplir con ese fin –sentencia justa–, dotar al juez de ciertas facultades que le otorguen el basamento fáctico adecuado, razón por la cual han sido receptadas por diferentes cuerpos normativos de nuestro país.

Del concepto transcripto surge claramente el objetivo de las mismas, esto es la consecución de la verdad jurídica objetiva, lo que dará fundamento a una sentencia “justa”<sup>3</sup>.

2 Ver BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 86.; JELLINEK, Walter, p. 125 y ss.; p. 132 y ss. Para una comparación entre esta tesis de “la fuerza normativa de lo fáctico” y la costumbre, ver ESSER, Joseph, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Viena, 1949, p. 118 y ss.

3 JIMENEZ María E., “Poderes instructorios del Juez y sus límites”, 10 “Tratado de la Prueba”, coordinado por MIDÓN Marcelo, p. 297. Ed. 11 Librería de La Paz. 2008.

De acuerdo al principio constitucional contenido en el art. 18 de la CN, los jueces tienen el deber de fundar sus sentencias, porque los fallos han de constituir una derivación razonada del derecho vigente y no producto de su voluntad individual. Es así que la decisión será justa en la medida en que se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso, por lo que no basta “enunciar” estos hechos para establecer la verdad de su descripción, deben estar justificados; deben explicitarse las razones por las que es racional considerar que son verdaderos.

En definitiva, el sentenciante debe expresar los fundamentos por los cuales ha considerado que los hechos invocados por las partes resultan acreditados o no, según criterios objetivos y racionalmente controlables. En relación a ello, la Corte ha sostenido que deben descalificarse las decisiones que se basan en aserciones meramente dogmáticas carentes de respaldo probatorio y sin fundamento en elemento de juicio alguno, toda vez que la garantía de defensa en juicio comprende tanto la posibilidad de ofrecer y producir pruebas como la de obtener una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos demostrados en el proceso (Fallos: 321:89). CSJN 92/2012 (48-K)/CS1 “Kollmann”, 20/08/2015, de allí que resultan violatorias de la garantía del debido proceso tutelada en el art. 18 de la Constitución Nacional, las sentencias que carecen de fundamentación suficiente y omiten el examen y tratamiento de cuestiones conducentes para la adecuada solución de la causa (CSJN 18 1200/2015 “Lusarreta”, 19/02/2019. Fallo: 319:722. “Es condición de las sentencias judiciales que constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias del caso por lo que la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante (Fallos: 339:459).

La Corte ha explicado que el principio de congruencia exige la existencia de conformidad entre la sentencia, y las pretensiones y defensas deducidas en juicio, es decir, que debe mediar correspondencia entre el contenido de las pretensiones y oposiciones de las partes, y la respuesta que surge del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento (Fallos: 15 336:2429).

El Máximo Tribunal sostiene que el carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos, de ahí que lo esencial sea “que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias” (Fallos: 315:106; 3 329:5903;

338:552 y CSJN 001460/2016/CS001 “Milantic Trans S.A. c/ 4 Ministerio de la Producción”, sentencia del 05/08/2021).

En este sentido, se ha precisado por medio de histórica y reiterada jurisprudencia que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que prescindir de tal limitación –resolviendo cuestiones que han quedado firmes, o que no han sido sometidas a su decisión infringe el principio de congruencia, que se sustenta en los derechos de propiedad y defensa en juicio (doctrina de Fallos: 230:478; 231:222; 248:577; 268:323; 301:925; 13 338:552)–. La Cámara Civil no puede exceder las pretensiones (Fallos: 252:13) ni las defensas oportunamente planteadas por las partes (Fallos: 256:504).

Vale aclarar que el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas, limitación infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva). También se expresó que se viola el principio de congruencia cuando el fallo impugnado omite decidir peticiones, alegaciones o argumentos oportunamente propuestos a la consideración del tribunal y que deben integrar la resolución del litigio (Fallos: 325:795, con cita de la 6 doctrina de Fallos: 312:295; 311:2571; 310:236; 308:657; 307:454).

Claramente se espeja entonces la importancia y necesidad de efectuar una clara y legítima interpretación de las leyes, conforme los parámetros ya expresados, para obtener una sentencia justa y ajustada a derecho.

---

GRACIELA C. WÜST

Es Abogada, Doctora en Derecho y Profesora Adjunta Regular por Concurso de la Universidad de Buenos Aires. Técnica en Administración de Empresas con Especialización en Pymes. Vicepresidenta de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## PRÁCTICA



## EL SILENCIO ADMINISTRATIVO: A PROPÓSITO DE LA LEY 27.742

ALFONSO BUTELER

Docente de Derecho Administrativo,  
Universidad Nacional de Córdoba; Integrante del  
Comité Directivo de la Asociación Argentina de  
Derecho Administrativo; Director de la Sala de Derecho  
Administrativo del Colegio de Abogados de Córdoba.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La teoría del silencio. 3. Clases. 3.1. El silencio negativo. 3.2. El silencio positivo. 4. Sistemas de configuración. 4.1. Sistema automático. 4.2. Sistema de denuncia de mora. 4.3. Sistema combinado. 5. El silencio en el sistema federal. 5.1. El silencio como denegatoria. 5.2. El silencio positivo en el ámbito federal. 6. Los efectos del silencio. 6.1. El silencio como denegatoria tácita. 6.2. El silencio como acto administrativo desfavorable. 6.3. El silencio como acto administrativo favorable.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el instituto del silencio administrativo –tanto positivo como negativo–, a partir de las reformas introducidas por la Ley 27.742 a la Ley 19.549 (LNPA) que regula el régimen de procedimiento administrativo aplicable a nivel federal.

Como se sabe, la inactividad de la Administración Pública puede presentarse de dos formas bien marcadas y que dan lugar a situaciones y consecuencias procesales diferentes.

Por un lado, como inactividad sustancial frente al incumplimiento del Estado de sus obligaciones materiales, como por ejemplo si se encuentra obligado por la Constitución o la ley a prestar un servicio o a brindar una cobertura médica y omite hacerlo.

En este caso, para lograr el cumplimiento de ese deber el ciudadano puede utilizar la vía del amparo (art. 43 de la CN) como mecanismo adjetivo para lograr que el Estado ejecute la acción u otorgue la prestación. Si la lesión al derecho se ha consumado y no es posible su reparación *in natura* deberá acudir al reclamo patrimonial de la responsabilidad del Estado por omisión.

En segundo lugar, la inactividad estatal puede ser de carácter formal, esto es, la falta de respuesta de la autoridad pública ante una petición realizada por el administrado en los términos del art. 14 de la CN. Por lo general, las consecuencias de este incumplimiento formal varían en cada regulación normativa. En algunos ordenamientos de procedimiento administrativo, se prevé que una vez vencidos los plazos para que la autoridad administrativa se produce la denegatoria tácita o acogimiento de lo solicitado por vía de silencio. En otros sistemas, en cambio, para que se produzca la denegatoria tácita es necesario, además, la interposición de un pronto despacho<sup>1</sup>.

## 2. LA TEORÍA DEL SILENCIO

Como hemos visto, la administración tiene la obligación de pronunciarse en un determinado plazo fijado por el ordenamiento jurídico resolviendo las cuestiones que han sido planteadas por los interesados. Ello es un correlato del mandato constitucional de peticionar a las autoridades previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional.

La autoridad pública –en sus diversas variantes organizativas– puede expedirse haciendo lugar a lo peticionado o rechazar la solicitud, pero siempre tiene la obligación constitucional de resolver. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando transcurrido el término previsto para ello, no existe una resolución?

Para dar respuesta a ese interrogante y evitar que el administrado aguarde *sin die* una respuesta, tuvo nacimiento la teoría del silencio administrativo con el objetivo de dotar de efectos jurídicos al vencimiento del plazo para resolver.

Los efectos de esa ficción legal, que lógicamente es antijurídica<sup>2</sup>, como veremos luego, pueden ser de denegatoria tácita o como acto administrativo, sea favorable o desfavorable.

## 3. CLASES

El silencio, entonces, teniendo en cuenta los efectos que puede producir respecto de la actividad administrativa y los sujetos interesados, admite ser clasificado en positivo y negativo.

### 3.1. *El silencio negativo*

En el caso de silencio negativo el vencimiento de los términos produce el efecto de la desestimación de la solicitud del interesado. Es decir, el pedido que ha sido efectuada por el administrado o el recurso interpuesto se considera

1 BUTELER, Alfonso, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Erreius, 2023, 2da. Ed., p. 149.

2 LISA, Federico, “El silencio de la administración en el procedimiento administrativo”, en AA.VV., *Globalizacao, direitos fundamentais e direito administrativo*, Forum, Belo Horizonte, 2011, p. 195.

rechazado. De este modo, se trata de una solución de tipo adjetiva que le permite al sujeto afectado seguir avanzando con la tramitación de su pedido<sup>3</sup>.

En el ámbito de la LNPA, salvo disposición normativa en contrario el silencio se considera de manera negativa, en virtud de lo establecido en el art. 10.

En tal sentido, ha dicho la Corte Suprema que el silencio de la Administración Pública no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales, ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad pues, salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo<sup>4</sup>.

### 3.2. *El silencio positivo*

En el caso del silencio positivo, el transcurso de los plazos previstos sin que la Administración Pública se pronuncie sobre lo peticionado hace que se considere acogida la presentación del interesado<sup>5</sup>.

La inactividad formal de la Administración Pública puede tener, entonces, consecuencias positivas, es decir, erigirse en una declaración de voluntad de la Administración Pública que acepte o acoja la petición del administrado.

Esa dinámica hace que el campo de actuación de esa figura tenga lugar en aquellos supuestos en donde no es necesaria declaración expresa de la Administración Pública, por ejemplo cuando debe resolver un recurso, sino en aquellos casos en que se trata de actividad reglada y es de presumir la aceptación del pedido formulado por el administrado.

Desde esa perspectiva, el silencio positivo adquiere singular importancia en el ámbito de funcionamiento de los títulos habilitantes tales como autorizaciones, licencias, etc.

Se trata, definitiva de una manera de agilizar y simplificar el procedimiento administrativo, propio del modelo *better regulation*<sup>6</sup>. A tales fines, es preciso recordar que el art. 1 *bis* de LNPA consagra la simplificación como principio fundamental del procedimiento administrativo.

3 TENREYRO, María Pamela, *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, p. 166.

4 CSJN, “Aeroandina S.A. y Fexis S.A. s/apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”, 4/4/2006, Fallos: 329:972; CSJN, “Maruba SCA. Empresa de Navegación Marítima c/Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/incumplimiento de contrato”, 30/6/1998, Fallos: 321:1784; CSJN, “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento”, 11/6/2003, Fallos: 326:1851.

5 GRECCO, Carlos, “Sobre el silencio de la administración”, La Ley, 1980 C 777.

6 GAMERO CASADO, Eduardo, “Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación”, AA.VV. (Eduardo Gamero Casado, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

#### **4. SISTEMAS DE CONFIGURACIÓN**

Es importante destacar que desde el plano doctrinario y normativo se han elaborado diversos sistemas para determinar cuándo se configura el silencio de la Administración Pública.

##### *4.1. Sistema automático*

Por un lado, encontramos el modelo de silencio automático según el cual producido el vencimiento del plazo que tiene atribuida la Administración Pública para resolver la petición o el recurso administrativo se considera que ha sido denegado o acogido.

##### *4.2. Sistema de denuncia de mora*

Por el otro lado, encontramos el modelo de la denuncia de mora administrativa. En este sistema el vencimiento del término legal que tiene la Administración Pública para resolver no produce automáticamente la denegatoria tácita de la petición, sino que el administrado debe denunciar la mora mediante la interposición de un pronto despacho.

Mediante dicha presentación, que debe hacerse ante el mismo órgano que debe resolver el reclamo o el recurso, se pone de manifiesto el retraso administrativo y se le otorga un nuevo plazo para resolver la petición. Vencido éste, se produce la denegatoria por silencio.

##### *4.3. Sistema combinado*

En otras oportunidades, en un mismo ordenamiento jurídico administrativo, se entremezclan elementos de ambos modelos dado lugar a la existencia de un sistema combinado.

#### **5. EL SILENCIO EN EL SISTEMA FEDERAL**

Como señalamos con anterioridad en el ámbito de la Ley 19.549 se encuentra receptado el instituto del silencio, tanto en su faz positiva como negativa.

##### *5.1. El silencio como denegatoria*

En el ámbito de la LNPA la regla es que el silencio se considera como denegatoria tácita y, tal efecto, es automático cuando existe un plazo previsto para que la administración pública se pronuncie y ello no acontece. En tal sentido, el art. 10 establece que: “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa” y luego agrega que “Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración.”

Lo mismo señala el Decreto 1759/1972 (RNPA) respecto del efecto que produce el vencimiento del plazo para que la administración resuelva el reclamo o el recurso (arts. 87, 91 y 98 del RNPA).

### 5.2. *El silencio positivo en el ámbito federal*

La posibilidad de darle al silencio un efecto positivo se encuentra contemplada expresamente en el art. 10 de la LNPA pero para poder asignarle esa consecuencia a la inactividad administrativa se requiere que se encuentre autorizado mediante una disposición expresa.

Por su parte, el Decreto 891/2017 que regula lo concerniente a las Buenas Prácticas en Materia de Simplificación que deben guiar al sector público nacional dispone que “En la elaboración de las normas regulatorias deberá tenerse en cuenta la posibilidad de incrementar el carácter positivo del silencio de la Administración, en la medida que resulte posible en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas tuteladas por la norma de aplicación, siempre y cuando sea en beneficio del requirente y no se afecten derechos a terceros”<sup>7</sup>.

Con la reforma introducida a la LNPA por la Ley 27.742 se ha ampliado el ámbito de aplicación de esa figura, como una manera de lograr una administración más ágil y transparente<sup>8</sup>, estableciendo los siguientes recaudos:

#### *(i) Actividad, conducta o acto que requiere autorización administrativa*

El inciso b) del art. 10 de la LNPA indica que la figura del silencio positivo puede ser utilizada en aquellos casos en que una norma exija la autorización administrativa –y no un permiso– para que los ciudadanos puedan llevar a cabo una actividad, conducta o acto.

Por su parte, el art. 65 *bis* del RNPA dispone que a los fines de la aplicación de esa norma se entiende 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. La denominación del acto será indistinta a efectos de su calificación como autorización. El inciso b) del artículo 10 no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa”.

Es importante señalar que la aplicación del silencio positivo a las autorizaciones no depende de la denominación que se le asigne al título habilitante sino de que se trate una actividad para la cual el administrado tenga un derecho preexistente.

<sup>7</sup> Art. 10.

<sup>8</sup> MAIRAL, Héctor y VERAMENDI, Enrique, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LA LEY del 12/07/2024.

(ii) *Se trate de actividad reglada de la Administración Pública*

A su vez, para que funcione dicho instituto del silencio positivo el inciso *b*) del art. 10 de la LNPA requiere que se trate de actividad administrativa reglada.

Como se sabe, la función administrativa puede dividirse en reglada y discrecional. Lo primero tiene lugar cuando existe una previsión normativa que estipula de manera detallada cómo debe incardinarse la actuación del Estado<sup>9</sup>. En este supuesto el administrado tiene derecho, invariablemente, a una determinada decisión<sup>10</sup>.

La actividad discrecional, en cambio, es el producto del margen de apreciación otorgado por el marco normativo al poder administrador a los fines de posibilitarle escoger entre dos o más alternativas igualmente válidas para el ordenamiento jurídico integralmente considerado, comprensivo de los principios generales del derecho, la Constitución, los tratados internacionales incorporados por vía del art. 75 inc. 22, las leyes, los reglamentos, etc.<sup>11</sup>

Esa dinámica del proceder estatal, ha sido reflejada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un importante precedente al expresar que “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)–, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”<sup>12</sup>.

Vale recordar que la diferenciación entre actividad reglada y discrecional no es sencilla en la práctica, lo que puede generar cierta complejidad en la aplicación práctica de este precepto.

(iii) *Materias excluidas*

Del efecto positivo del silencio que habilita el inciso *b*) del art. 10 de la LNPA, quedan excluidos los casos de salud pública, medioambiente, prestación

9 BUTELER, Alfonso, *Derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, T. I, p. 19.

10 BARRA, Rodolfo Carlos, “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control jurisdiccional”, E.D., 146-829.

11 Ver por todos: SESIN, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, passim.

12 CSJN, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos”, Fallos, 315:1361.

de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, salvo que la norma aplicable al caso le otorgue efecto positivo al silencio. Este listado, vale la pena aclarar, puede ampliarse por vía reglamentaria.

En esa línea, el art. 65 quinqués del RNPA dispone que el silencio con sentido positivo no resulta aplicable a los supuestos específicos que determine el Poder Ejecutivo Nacional, previa solicitud de la Jefatura de Gabinete de Ministros, con informe fundado de las áreas competentes.

#### *(iv) Trámite*

En relación al cauce de tales peticiones el art. art. 65 ter del RNPA prescribe que los procedimientos administrativos para la obtención de una autorización reglada deberán tramitar íntegramente en formato digital a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) o la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos.

Luego, se agrega que en dichas plataformas 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. Se agrega luego que la falta de indicación de los recaudos antes indicados no impedirá la invocación del efecto positivo del silencio previsto en el inciso *b*) del artículo 10 de la LNPA.

Una vez presentado el pedido de autorización, si la autoridad competente advierte la falta de cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa aplicable a los fines de su otorgamiento, debe solicitar al requirente a que, dentro del plazo de diez días, acompañe los elementos o datos faltantes que se encuentren a cargo del particular.

En tal 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 omisión de esta notificación al administrado se considerará falta grave del agente responsable.

Por otro lado, se señala que si la solicitud de autorización fuera iniciada ante una autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto para su pretensión, no se computará el plazo a los efectos de la configuración del silencio con sentido positivo. De corresponder, la administración deberá remitirlo a la autoridad pertinente.

#### *(v) Vencimiento del plazo*

Luego, el inciso *b*) del art. 10 de la LNPA estipula que una vez producido el vencimiento del plazo previsto para resolver, sin respuesta de la administración, cumplidas las exigencias reglamentarias o normativamente fijadas para el otorgamiento de la autorización administrativa se otorga efecto de silencio positivo.

En cuanto al plazo, el art. 65 quáter del RNPA, prescribe que hay que estar al término que la normativa específica establezca o, en su caso, al término

máximo de sesenta días que prevé el apartado (viii) del inciso g) del artículo 1° *bis* de la LNPA.

(vi) *Aplicación*

Es importante tener presente que lo prescripto en dicho inciso, “comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente”, lo que ha tenido lugar con el dictado del Decreto 695/2024.

En el art. 2 de esa norma se establece que la Jefatura de Gabinete debe aprobar el cronograma de implementación del silencio con sentido positivo, estableciendo que el silencio positivo 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. Sin embargo, se aclara que los procedimientos administrativos regulados en normas especiales que contemplen la aplicación del silencio con efecto positivo continuarán rigiéndose por sus respectivas normas y mantendrán plena operatividad<sup>13</sup>.

Además, en el art. 3 se señala que la Jefatura de Gabinete debe elevar al Poder Ejecutivo Nacional, previo informe fundado de las áreas competentes, los supuestos específicos en los que no será de aplicación el silencio con efecto positivo contemplado en el inciso b) del artículo 10 de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, previo a su efectiva implementación.

(vii) *Efectos*

Asimismo, el inciso b) del art. 10 de la LNPA agrega que “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento.” Dada la idéntica redacción con el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública de España, para evidente que esa ha sido su fuente.

Entonces, conforme la LNPA es silencio produce los efectos de un acto administrativo. Esta aseveración que hace la norma también desafía la noción misma de acto administrativo como una declaración de voluntad de la administración,

13 En consonancia con ello, se hace saber que mediante la Decisión Administrativa 836/2024 de la Jefatura de Gabinete, se estableció el siguiente cronograma de aplicación de la figura del silencio positivo: “A partir del 1° de noviembre de 2024 las reparticiones de la Administración Pública Central, incluidos los organismos desconcentrados, deberán implementar el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) o de la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos” (art. 1) y que “A partir del 1° de diciembre de 2024 los Organismos Descentralizados de la Administración Pública Nacional deberán implementar el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) o de la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos” (art. 2).

exteriorización de un juicio de valor u opinión o una simple constatación de hechos<sup>14</sup>.

Con relación a este asunto hay que preguntarse en qué instancia produce los efectos el silencio positivo. De acuerdo a los que indica la norma en cuestión, ello se verifica en el momento en que se configura el silencio positivo, es decir, cuando se da el vencimiento del término establecido por el ordenamiento jurídico para el dictado de la resolución expresa.

*(viii) La formalización*

Además, el inciso *b*) del art. 10 de la LNPA indica que: “Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa”.

Es importante señalar que la norma no precisa qué ocurre si la administración no emite el certificado o la autorización. Consideramos que, tal instrumento, debería generarse de manera automática mediante los conductos digitales de las plataformas estatales, al producirse el vencimiento de dicho término. Asimismo, debe permitirse que el administrado acredite tal circunstancia por cualquier medio probatorio.

En tal sentido, el art. 24 de la Ley 39/2015 de España que, como vimos, parece ser la fuente de la regulación del silencio positivo establece que “su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver”.

En lo concerniente a ese asunto el art. 65 *quáter* del RNPA precisa que el interesado puede tramitar la inscripción registral, emisión del certificado o autorización correspondiente, la que debe ser otorgada en un plazo no mayor a quince días hábiles administrativos. Sin embargo, la norma no indica qué ocurre si dicha constancia no es entregada por la Administración Pública, dejando al ciudadano en un verdadero estado de inseguridad jurídica en tanto la actividad que pretende realizar ya ha sido autorizada pero no puede acreditar dichos extremos.

Con relación a ello, consideramos que dado el objeto de la acción de amparo por mora, en cuanto no persigue una obligación de dar sino de expedirse<sup>15</sup>

14 COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, 2002, La Ley, T. I, p. 183.

15 SAMMARTINO, Patricio M.E., “El amparo por mora de la administración” en AA.VV., *Derecho procesal constitucional*, (Pablo. L. Manili Dir.), Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, p. 100; IVANECA, Miriam M., “El amparo por mora”, en A.A.V.V., *Amparo, medidas cautelares*

o de respuesta de la administración<sup>16</sup>, esa vía queda descartada. Por el contrario, el cauce a utilizarse debería ser una medida autosatisfactiva o la medida cautelar positiva que regula el art. 14 de la Ley 26.854<sup>17</sup>. Corresponde recordar que este tipo de medidas involucran a aquellos mandatos judiciales dirigidos a la autoridad estatal para que realice una determinada conducta u otorgue una prestación de una manera urgente, y se traduce en una obligación de hacer<sup>18</sup>.

*(ix) Los efectos sobre la administración*

Una vez que se ha producido el vencimiento del plazo para resolver y se considera estimada la petición por efecto del silencio no es posible que la administración pública dicte la resolución denegatoria<sup>19</sup>.

*(x) Recursos*

Vale destacar que, dado los efectos que produce el silencio positivo, como acto administrativo, puede ser atacado por los interesados o terceros que se consideren afectados mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes.

*(xi) Revocación*

Como vimos, la regulación que hace la LNPA considera que los efectos del silencio positivo se equiparan a un acto administrativo. A partir de ello, cabe preguntarse sobre las posibilidades de su revocación y si la estimación por silencio

*y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, obra conjunta, Juan Carlos CASSAGNE (Director), Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 93.

16 CSJN, “Codiunne C/ (Issunne) - Y/O Universidad Nacional Del Nordeste S/ Amparo Por Mora De La Administración”, 08/11/2022, Fallos: 345:1291.

17 Vale recordar que esa norma dispone lo siguiente: “1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:

a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles.

2. Estos requisitos regirán para cualquier otra medida de naturaleza innovativa no prevista en esta ley”.

18 COMADIRA, J., *Procedimientos Administrativos*, ya cit., T. I, p. 269; SORIA, Daniel F., “La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)”, ED, 182:1166.

19 PERRINO, Juan Pablo, “Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo”, RDA n° 155, Septiembre - Octubre 2024, Abeledo Perrot, p. 168.

resulta alcanzada por el art. 17 de dicho cuerpo legal en tanto permite la revocación por motivos de ilegitimidad y razones de mérito oportunidad o conveniencia. Desde la doctrina, se ha señalado que admitir la revocación de la estimación por silencio atenta contra la seguridad jurídica que la reforma a la LNPA mediante la Ley 27.742 pretende reforzar<sup>20</sup>. Otros autores se ha pronunciado a favor de la posibilidad de la revocación del acto derivado del silencio positivo<sup>21</sup>.

Vale destacar que esa posibilidad ha sido admitida en el derecho italiano mediante el poder de revocación y cancelación de oficio de los efectos del silencio por parte de la administración<sup>22</sup>.

Con similar orientación el art. 209 del Código Orgánico Administrativo de Ecuador establece que: “Cuando con el acto administrativo presunto que se origina se incurre en alguna de las causales de nulidad inconvalidables, el acto administrativo presunto puede ser extinguido por razones de legitimidad, de conformidad con las reglas de este Código”.

## 6. LOS EFECTOS DEL SILENCIO

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores cabe preguntarse cuál es el efecto que cabe atribuirle al silencio de la administración pública producido por el vencimiento del plazo para que se expida. Para contestar ese interrogante podemos utilizar, al menos, tres modelos.

### 6.1. *El silencio como denegatoria tácita*

Como vimos, la falta de pronunciamiento del órgano administrativo en el plazo previsto para ello por el ordenamiento jurídico aplicable puede generar, mediante una ficción legal, la denegatoria tácita de la pretensión del administrado o su desestimación. Este es el modelo que sigue el art. 10 de la LNPA y el RNPA (arts. 87, 91 y 98).

De esta manera, si lo que se ha interpuesto, por ejemplo, es un recurso de reconsideración y existe una autoridad jerárquica superior debe solicitarse, una vez vencido el plazo para resolver, que se eleven las actuaciones al superior jerárquico. Si éste tampoco resuelve dentro del plazo previsto para hacerlo vuelve a producirse la denegatoria tácita, debiendo promoverse la demanda judicial dentro del término de prescripción, conforme lo establece el art. 26 de la LNPA. Esta

20 GUSMAN, Alfredo Silverio, “La reciente reglamentación de la ley 19.549 por el decreto 695/24 Precariedad de los derechos obtenidos a partir del silencio positivo”, RDA n° 155, Septiembre - Octubre 2024, Abeledo Perrot, p. 35.

21 PERRINO, Juan Pablo, “Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo”, RDA n° 155, Septiembre - Octubre 2024, Abeledo Perrot, p. 169.

22 D'ORSOGNA, Doménico, “El procedimiento administrativo en Italia”, en AA.VV. Estudios sobre el procedimiento administrativo, I Derecho comprado, 2018, Tirant lo Blanch, Valencia, (Luciano PAREJO ALFONSO y Marcos VAQUER CABALLERÍA, Directores), p. 103.

última disposición señala que “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el art. 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

### 6.2. *El silencio como acto administrativo desfavorable*

En otros sistemas de procedimiento administrativo, se considera que el transcurso de los plazos estipulados para que la administración resuelva el pedido o el recurso implica un acto administrativo que debe ser cuestionado –en sede administrativa o judicial– en cierto término fijado al efecto. Vencido este lapso temporal se entiende que el acto queda firme y consentido.

Así, por ejemplo, si se ha interpuesto un recurso de reconsideración y transcurre el término estipulado para su resolución, a partir del día siguiente, comienza el cómputo del plazo para interponer el recurso jerárquico. Si no se presenta esa pieza recursiva el acto administrativo queda firme, sin que sea posible atacarlo en sede administrativa o judicial.

Esta variante, ha sido receptada por algunos ordenamientos provinciales. Por ejemplo, el régimen de procedimiento administrativo de Jujuy, Ley 1.886<sup>23</sup>, dispone que para la interposición del recurso jerárquico es requisito previo haber solicitado del funcionario autor del acto recurrido, la revocación o reforma del mismo, y que ésta haya sido denegada. Si la autoridad ante quien pende el recurso de revocatoria no se pronunciare en el plazo de cinco días se entiende que lo deniega quedando, en consecuencia, expedita la vía del recurso jerárquico<sup>24</sup>.

Cabe destacar que en la causa “Ramos Florencia” dictada en el año 2000 el Superior Tribunal de Justicia resolvió que “si la autoridad administrativa no resuelve en el término dispuesto en el art. 123, el recurso de revocatoria o se entiende denegado y expedita la vía del recurso jerárquico. Si dentro del plazo siguiente de diez días, no se interpone ese recurso jerárquico, como está previsto en el art. 141, la resolución impugnada queda firme y tampoco puede ser atacada por los recursos jurisdiccionales, sencillamente porque no se agotaron esos remedios administrativos”<sup>25</sup>.

Sin embargo, la doctrina se ha expedido en contra de la posibilidad de que el silencio de la administración pública pueda generar el nacimiento de los plazos de caducidad para recurrir en sede administrativa o para acudir a la órbita judicial<sup>26</sup>.

23 BO 11/09/1948.

24 Art. 135.

25 CABEZAS, Miguel A., “El procedimiento administrativo en Jujuy”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, (H. Pozo Gowland, D. Halperin, O. Aguilar Valdez, F. Juan Lima, A. Canosa, Dirs) La Ley, Buenos Aires, 2012. T. V, p. 527.

26 MARIENHOFF, Miguel S., “Demandas contra el Estado nacional. Los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional,” La Ley, 1980-B, 1024; CORREA, José Luis, “Reclamo administrativo previo” en AA.VV. *Estudios de Derecho Administrativo IX*, el procedimiento administrativo en la República Argentina, Dike, Mendoza, Cuyo, 2003, p. 672.

En la misma inteligencia, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Biosystems S.A.”<sup>27</sup> al señalar que el inicio del cómputo de los plazos para demandar solo puede tener lugar cuando el reclamo sea resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria, más no cuando se hubiera producido el silencio de la administración y no existiera un acto expreso.

Con tal orientación en la causa “Hotel Internacional Iguazú”<sup>28</sup> el Alto tribunal señaló que el silencio de la autoridad es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo. Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario.

### 6.3. *El silencio como acto administrativo favorable*

Dicha variante se presenta en aquellas hipótesis en que el ordenamiento establece que ante el vencimiento del plazo para que la administración pública se pronuncie, se considera acogida la petición del interesado.

Este el supuesto que se verifica en la LNPA cuando el art. 10, inciso b), dispone que: “Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo y luego agrega que la estimación por silencio administrativo produce a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”.

En ese orden de ideas, el art. 63 del RNPA establece que los trámites administrativos concluyen por resolución expresa, por silencio positivo, por caducidad o por desistimiento del procedimiento o del derecho.

ALFONSO BUTELER

Es Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios, Magíster Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Posdoctor en Derecho y Docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del

27 CSJN, “Biosystems S.A. c/EN - M° Salud - Hospital Posadas s/contrato”, 11/2/2014, Cita digital: IUSJU225648D.

28 CSJN, “Hotel Internacional Iguazú”, 10/12/1987, Fallos: 310:2653.

Comité Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Director de la Sala de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Córdoba. E-mail: [alfonso@buteler.com.ar](mailto:alfonso@buteler.com.ar).

## LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LUIS CASARINI

Docente de Derecho Procesal Administrativo en la  
Universidad Nacional de Lomas de Zamora;  
Funcionario de Cámara en lo Contencioso  
Administrativo Federal.

JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA

Profesor de la Facultad de Derecho  
en la Universidad de Buenos Aires;  
Juez de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Noción de prueba y su función en el proceso contencioso administrativo. 3. La audiencia preliminar del art. 360. 3.1. La audiencia preliminar en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo. 4. Los hechos nuevos (arts. 365 y 366). 5. La carga de la prueba (art. 377, CPCCN). 5.1 La denominada “carga dinámica de la prueba”. 6. Apreciación de la prueba (art. 386). 6.1. La “sana crítica”. 7. Las medidas para mejor proveer. 8. Diligencias preliminares y producción de prueba anticipada. 8.1. Diligencias preliminares. 8.2. La producción de prueba anticipada. 9. Los medios probatorios en particular. 9.1. La prueba documental. 9.2. El expediente administrativo. 9.3. La prueba confesional. 9.4. La prueba de testigos. 9.5. La prueba pericial.\*

### I. INTRODUCCIÓN

A fin de practicar el control de la Administración Pública, el ordenamiento jurídico argentino ha adoptado un sistema excluyentemente judicial, por cuanto esa actividad le ha sido confiada a un órgano independiente y separado de la función administrativa. A su vez, dentro de esa estructura se ha instituido un

\* El presente trabajo constituye una nueva publicación, con modificaciones menores y con expresa autorización de los autores, del Capítulo X.2, “La prueba en el proceso contencioso administrativo” de la obra *Proceso contencioso administrativo federal*, t. II, BALBIN, Carlos F. (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 851/886.

fueo especializado para el juzgamiento de la denominada *materia contencioso administrativa*.

No obstante, la opción elegida para la organización judicial, la ausencia de una legislación nacional que en forma sistematizada regule el proceso judicial tendiente a litigar contra el Estado, obliga a acudir a las disposiciones que han sido diseñadas para el desarrollo del proceso judicial entre sujetos privados –esto es, el Código Procesal y Comercial nacional<sup>1</sup>–, lo cual supone, naturalmente, la necesaria adaptación a la que deben ser sometidas tales normas para encauzar una contienda en la cual el Estado goza de ciertos privilegios, que, en lo sustancial, no van más allá del valor probatorio de las actuaciones administrativas –que es relativo–, del mayor plazo para contestar la demanda y oponer excepciones, de la facultad de contestar las posiciones por oficio y de la inejecutoriedad compulsiva de las sentencias, prerrogativa esta última que se ejerce una vez concluido el proceso y con la condición de no desnaturalizar la incolumidad de los derechos del administrado<sup>2</sup>.

A tal adaptación cabe añadir las particularidades que surgen cuando los procesos involucran conflictos de carácter colectivo o que de alguna manera trascienden los intereses de los propios litigantes, pues el encauzamiento de tales pretensiones de sujeto múltiple obliga a litigantes y a jueces a flexibilizar los

1 Falcón señala que: “Durante mucho tiempo se ha reclamado la elaboración de un Código de procedimientos Administrativos, alegando que el CPCCN no permite un tratamiento adecuado de las cuestiones administrativas. La tendencia moderna que muestra tanto el Anteproyecto de Código del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal como el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, es la existencia de un código único, con reglas especiales para los procedimientos ante los diversos fueros. Pero este no ha sido el criterio de la Argentina, que ha dictado en las provincias, en general y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, códigos contencioso administrativos. Un examen de éstos, más allá de la organización judicial y del tipo de procedimiento que se pretenda (tribunales únicos con casación intermedia, o tribunales de primera y segunda instancia tribunal unipersonal o colegiado, etc.), muestran que las reglas básicas del procedimiento y la concordancia normativa sobre ellas, en general, tienen un 80 y 90% de coincidencia, lo que torna relativo el dictado de una norma especial que repita todas las normas existentes –por tener a veces pequeñas variantes o emplear un léxico distinto– llevan a grandes confusiones. Cfr. FALCON, Enrique M, *Tratado de la prueba*, t. III, 2º ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 606 y ss.

2 LUQUI, Roberto E. *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 305; quien además señala que la Administración tiene prerrogativas como gestora del interés público, sólo cuando ejerce sus funciones, pero no cuando litiga ante la justicia. Por lo demás, las prerrogativas que tiene la Administración anteriores a la traba de la litis son suficientes para alcanzar sus cometidos. Puede ejecutar directamente la mayoría de sus actos. Para litigar en su contra, por lo general es necesario someterle previamente a su consideración la pretensión que luego se articulará ante el tribunal, lo que se produce con el agotamiento de las instancias administrativas o con el reclamo administrativo previo. De esa manera tiene la posibilidad de revisar los actos ilegítimos y toma conocimiento de la pretensión, de los argumentos y hasta de las pruebas que van a ser esgrimidos en el pleito, v. pp. 306 y ss. de la obra cit.

criterios de aplicación de disposiciones pensadas para lidiar inicialmente en otro escenario<sup>3</sup>.

No debe soslayarse que el *interés público* que orienta la función administrativa justifica –en ciertos casos– la adaptación de las reglas del proceso judicial con el propósito de hacer prevalecer ese interés por sobre el interés particular (verbigracia, la exigencia de requisitos más rigurosos tratándose de la procedencia de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de los efectos del acto administrativo, embargos, etc.).

En este contexto, nos proponemos analizar el desarrollo del proceso administrativo en lo referente a la que quizás sea su etapa más trascendente, como es la vinculada a la prueba de los elementos que configuran la pretensión procesal administrativa en el orden nacional<sup>4</sup>.

Como veremos, son admisibles, en principio, todas las medidas probatorias establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. No hay pruebas excluidas. En este aspecto, las cuestiones más relevantes de los juicios contencioso administrativos se relacionan con las actuaciones administrativas. Aun cuando no se trate estrictamente de una justicia revisora, igual tienen importancia estas actuaciones, pues en la mayoría de los casos allí están los actos, documentos, trámites que precedieron a la decisión impugnada, que generalmente constituyen la prueba principal del pleito. También de ellas resultará si el actor cumplió o no con los requisitos objetivos exigidos por la legislación y si existieron consentimientos o preclusiones<sup>5</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que el administrado –como enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández–, tenga la carga de accionar, no implica que la Administración se encuentre desligada de la carga de acreditar el sometimiento de su actuación a la legalidad<sup>6</sup>.

No se trata, tampoco, de que el juez pueda suplir a las partes en el desarrollo del proceso o de que cubra las falencias de una u otra, sino de ejercer sus propias e indelegables facultades una vez propuesto el caso, con el objetivo de hallar

3 MERTEHIKIAN, Eduardo, “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, *Revista de Estudios jurídicos* n° 8/2008 (Segunda Época), Universidad de Jaén.

4 Fiorini entiende que el sistema probatorio “...es el capítulo que mayor diferencia presenta con relación al procedimiento judicial común. Realmente es en esta etapa donde el contencioso se emancipa de los principios comunes que corresponden a cualquier clase juicio, pues el magistrado debe apreciar la importancia del interés público y el cometido de bien colectivo que realiza la administración pública”, cfr. FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 280.

5 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 306 y ss.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 4° ed., t. I, Civitas, Madrid, 1987, p. 476.

la verdad jurídica material u objetiva, sin que por ello se encuentre autorizado a violar la igualdad de las partes en el proceso (verbigracia, reeditando etapas clausuradas por la preclusión procesal).

Fiorini justificó, en su hora, la emancipación del proceso contencioso administrativo respecto de los principios que gobiernan el procedimiento judicial común, en la circunstancia de que aquí. “[...] el juez debe actuar como juez de la gestión pública y no como juez de un simple litigio. Esto no significa que la función del magistrado sustituya a la del administrador. El control y la apreciación sólo incidirán sobre la actividad irregular o viciada del administrador, juzgará el mal uso y errónea aplicación de las normas que autorizan su actividad, pero en ninguna forma juzgará la iniciativa de la actividad administrativa [...]”<sup>7</sup>.

Cuando a un mismo tiempo, la Constitución Nacional garantiza –por un lado– el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la ley –por otro lado– establece como un “deber” de la Administración Pública la búsqueda de la verdad material (art. 1º, Ley 19.549), no puede admitirse que el Estado se encuentra desligado de la carga jurídica de probar la conformidad de su actuación con el ordenamiento jurídico. Ello no significa –claro está– desligar al administrado de la carga de acreditar la verificación de los hechos que configuran el sustento jurídico de su pretensión, y le atribuye al juez el deber de indagar en la verdad material, desplegando para ello –en toda la dimensión de sus características y consecuencias– sus atribuciones constitucionales y legales en cuanto órgano del Estado y como guardián de la legalidad<sup>8</sup>.

Si la ley impone como principio rector del procedimiento administrativo la búsqueda de la *verdad jurídica objetiva o material*<sup>9</sup> (art. 1º, inciso f), apartado 2º, Ley 19.549) y el *principio de oficialidad* es el instrumento para lograr la materialización de ese principio; si la Administración Pública debe garantizar ante ella misma la tutela judicial efectiva y como derivado de esa garantía el debido proceso adjetivo y sustantivo, no se llega a apreciar la existencia de otras limitaciones al despliegue de las potestades judiciales para completar esos mismos

7 FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 280.

8 MERTEHIKIAN, Eduardo, “La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad”, *Revista de Estudios jurídicos* n° 8/2008 (Segunda Época), Universidad de Jaén.

9 Según este principio, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual aquella y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegados y, en su caso, probadas por las partes. Adviértase que en el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el órgano estatal no tiene por misión resolver un conflicto entre partes, motivo por el cual las limitaciones que a la potestad jurisdiccional del juez le impone el accionar procesal de aquéllas no resultan aplicables al órgano administrativo. Ver COMADIRA, Julio R., *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 53 y ss.

finés constitucionales y legales que no sean las derivadas de la bilateralidad del proceso judicial y por ende de la igualdad de las partes en el mismo.

La prueba –como veremos– está a cargo primariamente de las partes y está dirigida al juez, y esa carga –dependiendo de la naturaleza de la pretensión– puede que repose en una de las partes más que en la otra (verbigracia, la prueba del daño infringido, la prueba de la legalidad y proporcionalidad de la sanción impuesta).

Bajo esta perspectiva, corresponde que nos adentremos en el objeto central de estas líneas, no sin antes advertir a la luz del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, el desarrollo del proceso judicial, en lo que a la prueba se refiere, se encuentra fuertemente influido por la necesidad de hacer efectivo ese derecho, lo cual no sólo impone a la Administración Pública el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad material u objetiva, sino que incardina la labor del juez hacia ese propósito diferenciando el proceso administrativo del proceso civil.

## 2. NOCIÓN DE PRUEBA Y SU FUNCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En los litigios las partes generalmente no están de acuerdo sobre los hechos que los originan y el derecho que los regula. Como el juez conoce el derecho, está en condiciones de resolver la controversia sobre este último y ubica el asunto en el marco legal correspondiente, aun mediante la aplicación del principio *iura novit curia*. Pero el magistrado no conoce los hechos, es más, le está vedado referirse al conocimiento que de ellos pueda tener como testigo, lo cual hace necesario que las partes aporten al proceso la prueba de esos hechos<sup>10</sup>.

En ese marco, la prueba es la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas<sup>11</sup>. Como entiende Couture, la prueba es normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones, formuladas en el juicio<sup>12</sup>. Para González Pérez, la prueba consiste en la actividad de instrucción por la que se trata de convencer al

10 ALSINA, *Tratado*, t. II, pp. 170 y ss.; DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría general de la prueba*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, pp. 18 y ss.

11 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 14 y ss.; PALACIO, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 392; DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba pericial*, t. I, 5° ed., Zavallía, Buenos Aires, 1988, p. 252.

12 COUTURE, *Fundamentos*, p. 215, n° 135.

órgano judicial de la existencia o inexistencia de los datos que han de servir de fundamento a la decisión del proceso<sup>13</sup>.

En palabras de Alsina, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los hechos producidos para abonarla. El juez trata de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que aquellos ofrecen o de los que puede procurarse por sí mismo en los casos en que está autorizado para proceder de oficio<sup>14</sup>. La misión del juez es por eso análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios, o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron<sup>15</sup>. No tiene por fin disipar la ignorancia de los contendientes, sino verificar los extremos acerca de los cuales aquéllos han asumido claramente la carga y la responsabilidad jurídica de su categórica aserción o negativa según los principios inspiradores de los arts. 330, inc. 4; 356 inc. 1º y concordantes del Código Procesal<sup>16</sup>.

En la actualidad predomina el criterio de considerar la prueba como una actividad procesal de las partes, que tiende a crear en el juez la convicción de la verdad de una afirmación o de un hecho afirmado en el proceso<sup>17</sup>.

### 3. LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL ART. 360

Contestado el traslado de la demanda o reconvenición, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo, resueltas las excepciones previas y siempre que se hubiesen alegado hechos conducentes acerca de cuáles no hubiese conformidad

13 GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 2001, p. 323.

14 CN CAF, Sala 2º, 10/2/1994, “Terzano Julio R. v. Estado Nac. s/retiro militar”, 8/6/1995, “Gordillo, Jorge”, 1/2/2011, causa n° 20.969/06 “Cura, Miguel Ángel v. Banco Nación Argentina s/daños y perjuicios”; 12/7/2012, causa n° 1.412/09 “Alvarado, Pedro Alberto Carlos y otros v. BCRA – Resol. n° 379/08 (Expte. 100295/97 Sum Fin)”; 17/4/2012, causa n° 21.581/12 “Transener SA v. Resolución n° 354/10 - ENRE- (Expte. 21348/10)”.

15 ALSINA, *Tratado*, t. II, p. 171; DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría general de la prueba*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, p. 20 y ss., quien afirma “...toda decisión judicial que remata un litigio entre partes, de igual modo que toda sentencia que pone fin a un proceso criminal, supone, invariablemente, la determinación previa de la existencia o inexistencia de un hecho sobre el cual, precisamente, debe recaer la aplicación de la ley que restablezca el equilibrio jurídico turbado, que dé a cada uno lo suyo, que absuelva o condene”. Por ello, “...toda cuestión judicial se apoya, casi siempre, en un hecho o serie de hechos, respecto de los cuales existen divergencias entre las partes, lo que hace indispensable realizar una laboriosa investigación y delicadas operaciones dirigidas a establecer con exactitud la existencia de hechos pasados. Esta investigación y determinación exacta de los hechos es lo que constituye la prueba”, v. DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría general de la prueba*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, p. 20 y ss.

16 COLOMBO, Carlos J.- KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 4 y ss.

17 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial...*, t. III, p. 386.

entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez debe recibir la causa a prueba y fijar –se trate de proceso ordinario o sumarísimo– la audiencia prevista en el art. 360.

Algunos autores la llaman “superaudiencia” en virtud del desarrollo de múltiples actitudes que el juez y las partes llevan a cabo en éstas. Forman parte de las llamadas “audiencias de saneamiento”, en este supuesto limitada a la etapa probatoria, con el fin de fijar los objetos de la litis y de la prueba con relación al *thema decidendum*<sup>18</sup>.

Abierta la audiencia, corresponde, en primer término, “invitar a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos” (inc. 1º), como pueden ser una segunda mediación o un arbitraje.

Fracasado el intento, cabe resolver la oposición que cualquiera de las partes hubiese formulado respecto de la apertura a prueba (inc. 2º), y de inmediato oír-las acerca de los hechos articulados sobre los cuales versará la prueba (inc. 3º).

Fijados los hechos controvertidos, debe recibirse la prueba si hubiese sido ofrecida por las partes en la demanda, reconvencción o contestación de ambas, sin que la audiencia de uno o de todos los absolventes impida la celebración de la audiencia (inc. 4º)<sup>19</sup>. Absueltas las posiciones, cabe luego proveer, en la audiencia, las pruebas que se consideren admisibles y concentrar en un solo acto la prueba testimonial, la que se celebrará con la presencia del juez en las condiciones establecidas en el capítulo V, sección 5º del CPCCN. El inc. 5º también dispone que “esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado”. Prescribe por último el inc. 6º del art. 360 que el juez, “si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva”.

18 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial...*, t. III, p. 421.

19 En relación a este punto, Palacio considera que “...carece en rigor de explicación razonable la posibilidad de que la prueba confesoria (mal llamada “confesional”) sea recibida en la audiencia preliminar, tanto más cuanto que, a diferencia de lo dispuesto en el derogado art. 125 *bis* del CP, no se imputa efecto a su falta de recepción personal por el juez. Por otra parte, en la práctica, rara vez que requirió la presencia de aquél en el acto, y no se registran precedentes de declaración de nulidad”, cfr. PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal civil*, 17º actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 407.

### 3.1. *La audiencia preliminar en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo*

Respecto a la celebración de la audiencia preliminar del art. 360 no hay una posición uniforme de los juzgados de primera instancia del fuero al respecto, ni en la instancia siguiente<sup>20</sup>.

En efecto, en un fallo de cámara la mayoría del tribunal dijo que “la modificación introducida al art. 360 del CPCCN produce profundo cambio en busca de una mayor inmediación en el proceso el cual no puede estar ausente en las causas contencioso administrativas. Ello es así por cuanto la concentración de actos procesales que se produce en la audiencia de marras favorece la marcha del proceso y no se advierte que entre en colisión con los principios generales del proceso contencioso administrativo, de manera que pueda pensarse que un futuro código en la materia no incluya esta audiencia en la marcha del proceso. No se observa de qué modo el derecho de defensa del actor puede quedar conculcado con la decisión de abrir la causa a prueba. Las supuestas violaciones que menciona en su presentación carecen de todo sustento en tanto la resolución en cuestión expresamente importa la habilitación de un período dentro del cual los interesados podrán ofrecer y producir toda la prueba que estimen pertinente para la adecuada defensa de su pretensión. Además, la falta de realización de la audiencia no impide –como parece entender la apelante– la posibilidad de tomar debido conocimiento de los hechos controvertidos en la causa, los que se desprenden de la demanda y su contestación”<sup>21</sup>.

En su disidencia, el juez Galli sostuvo que: “la aplicación supletoria del Código Procesal al procedimiento contencioso administrativo, examinado en su verdadera medida, no puede implicar la libre elección por parte del juez de las normas aplicables al caso creando un procedimiento diferente en cada oportunidad. La necesidad que exista compatibilidad entre ese Código con la Ley de Procedimientos Administrativos y los principios generales propios del proceso contencioso administrativo supone como premisa la aplicación de las normas de la ley de forma, salvo la existencia de circunstancia que alguna de ellas se torne inadecuada a los fines de este último proceso. La supletoriedad de las normas del Código Procesal no puede ser entendida como la aplicación de éstas en determinados supuestos, sino su inaplicabilidad cuando el hecho de la presencia del

20 Cfr. FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, t. III, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 607 y ss.; RODRIGUEZ PRADO, Julieta, “La prueba en el proceso administrativo”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 474-475.

21 CN CAF, Sala 4º, 14/12/2004, causa n° 29.936/94, “Moreyra, Jorge Aníbal v. Estado Nacional (EMGE) s/ personal militar y civil de la FF.AA. y de Seg”, fallo citado por FALCÓN, Enrique M. en la obra cit. *supra*.

Estado en el proceso, hace inadecuado la vigencia de algún instituto contemplado en el Código Procesal<sup>22</sup>.

En la práctica, en principio, se tiende a prescindir de la audiencia preliminar o a llevarla a cabo de manera irregular. Al respecto, se ha dicho que “no es infrecuente que los jueces del proceso administrativo lleven a cabo la audiencia establecida en la disposición, recurriendo al argumento de que su celebración configura un dispendio jurisdiccional dado que la Ley 24.573 no es aplicable el Estado nacional y sus entidades descentralizadas (art. 2º, inc. 4º) y sus apoderados letrados no cuentan con facultades para conciliar los pleitos. Es cierto que la norma dispone que establecidos los hechos conducentes, el juez debe invitar a las partes a que estas concilien el diferendo o busquen otra alternativa de solución del conflicto (art. 360, inc. 1º, texto según Ley 25.488) y que también los representantes letrados del Estado nacional y sus dependencias deben contar con atribuciones expresas para celebrar conciliaciones o transacciones (Dec. 411/80; art. 18, Ley 23.982), pero no lo es menos que el señalado propósito conciliatorio es sólo uno de los cometidos de la mencionada audiencia preliminar y uno de sus principales méritos es concentrar en un único acto procesal todo lo relativo a la prueba ofrecida por las partes y de allí el carácter indelegable que tiene para el juez y para las partes”<sup>23</sup>.

En efecto, la audiencia preliminar del art. 360 no tiene como objetivo único lograr una faz conciliatoria: dicha norma, en conjunción con los arts. 360 *bis*,

22 Asimismo se ha sostenido que “En el proceso contencioso administrativo el Código Procesal es aplicable en forma análoga y en la medida en que resulta compatible con los principios de aquél, debido a que el referido código tiene su ámbito de aplicación natural en las controversias de derecho privado y no en las derecho público. Ello cobra relevancia ante la modificación impuesta por las leyes 24.573 y 25.488 en la redacción de los arts. 359 y 360 del Código Procesal (entre otros) al prever la fijación de una audiencia en los términos descriptos, en la que se formula como punto de partida una invitación a las partes a conciliar o a alcanzar otra forma de solución del conflicto, esta invitación es, por principio, ajena al ámbito del derecho administrativo y a la intervención del Estado en juicio, entre otras circunstancias, por la presunción de legitimidad de la que gozan los actos administrativos conforme lo establecido en el art. 12 LNPA, lo que importa una imposibilidad que por regla tienen los apoderados de la Administración Central y/o Descentralizada para conciliar. En estas circunstancias, el hecho de omitir la designación de la audiencia, no aparece como violatoria de las normas del debido proceso administrativo, máxime teniendo en cuenta que su fijación tampoco contribuiría a la celeridad y economía procesal que la reforma instituida en el Código de rito ha querido plasmar al establecer la audiencia preliminar, ya que dado la situación de colapso que aún se encuentra el Fuero Contencioso Administrativo –lo cual es público y notorio–, da como lógica consecuencia, la imposibilidad del tribunal de fijar una audiencia para una fecha razonablemente próxima...” (Juzg. Nac. CAF n° 3, 28/6/2011, causa n° 22.870/10; en idéntico sentido v. Juzg. Nac. CAF n° 1, 6/4/2005, “Marín, María M. v. Administración Nacional de Parques Nacionales y otro s/daños y perjuicios”).

23 MERTEHIKIAN, Eduardo, “La prueba en el proceso administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. II, p. 48.

361 y 362, dispone que, trabada la litis el juez citará a las partes a una audiencia a varios fines, entre ellos el de la conciliación. Señala la norma que la audiencia tendrá por objeto: fijar los hechos conducentes objeto de prueba y declarar las pruebas admisibles, recibir la oposición de las partes a la apertura a prueba; declarar, de oficio o a petición de parte, la cuestión de puro derecho; y proponer acuerdos conciliatorios, a instancia del juez o de las partes<sup>24</sup>.

Adviértase además que la audiencia que establece esta norma se encuentra inspirada en los principios de inmediatez del magistrado y de concentración, celeridad y economía procesal, los cuales son perfectamente compatibles con los principios del proceso contencioso administrativo. Sin duda, la concentración de actos procesales que se produce en la audiencia de marras favorece la marcha del proceso y no se advierte que entre en colisión con los principios generales del proceso contencioso administrativo de modo que pueda pensarse que un futuro código en la materia no incluya esta audiencia en la marcha del proceso<sup>25</sup>.

De todos modos, se ha señalado que la aludida audiencia no puede realizarse plenamente, en especial, porque los apoderados no cuentan con facultades de conciliar los pleitos<sup>26</sup>.

En relación a la instrumentación de la audiencia en los denominados “recursos directos”, tampoco hay una posición uniforme de la jurisprudencia. Así, se ha considerado que si bien en el recurso directo previsto en la ley de entidades financieras no resulta aplicable *in totum* la normativa aplicable a los juicios ordinarios y sumarios, resulta claro del art. 42 de la Ley 21.526, que el legislador consideró necesario otorgar, respecto de las sanciones establecidas en el art. 41, una instancia jurisdiccional de revisión plena, procediendo la celebración de la audiencia prevista en el art. 360 del CPCCN (aplicable por analogía en el marco del recurso directo), en tanto en ella se fijarán los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba, proveyéndose aquella que se considere admisible<sup>27</sup>. En sentido contrario, se ha sostenido que no es aplicable la fijación de la audiencia a la que se refiere el art. 360 del CPCCN (modificado por la Ley 24.573) en los supuestos de los llamados “recursos directos” ya que carecen de un procedimiento específico por ante esta Alzada<sup>28</sup>.

24 CN CAF, Sala 2°, 17/12/1998, “Coordinación Médica SA v. EN - ANSSAL s/ contrato administrativo”.

25 CN CAF, Sala 4°, 29/6/2006, causa n° 16.560/98 “Álvarez, Daniel René v. EN-EMGE”.

26 Cfr. FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, t. III, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 609 y ss.

27 CN CAF, Sala 4°, 5/11/2002, causa n° 1.972/01 “Romero Díaz José I. v. BCRA - Resol. 252/00 (expte. 10.016/96 sum fin 866)”.

28 CN CAF, Sala 5°, 18/11/1998, “Gas Natural Ban SA v. Resolución 506/97- Enargas (Expte. 3221/97)”, y 20/6/2006, causa n° 11.317/98 “Herrera, Nicolás Francisco v. EN-EMGE s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.”.

#### 4. LOS HECHOS NUEVOS (ARTS. 365 Y 366)

Se ha visto que, como principio, los hechos sobre los cuales debe versar la prueba y recaer la sentencia definitiva son los que las partes afirman en sus escritos de demanda y contestación (y, en su caso, en la reconvencción y su contestación). A título excepcional, sin embargo, el CPCCN admite la alegación de hechos con posterioridad al cumplimiento de aquellos actos procesales.

Dispone, en efecto, el art. 365 (modificado por la Ley 25.488), que “cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción, ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el art. 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse. Del escrito en que se alegue, si lo considerare pertinente, se dará traslado a la otra parte, quien, dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos alegados”.

El hecho nuevo ha sido definido como aquel que ocurre o llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que es de importancia para resolver el litigio, tal como se ha trabado<sup>29</sup>. Pero no queda incluido el hecho ajeno a la relación procesal, que puede servir de fundamento para una nueva demanda<sup>30</sup>. Se diferencia del hecho diverso en que éste presupone alegación de un hecho-*causa* que altera, modifica o transforma la pretensión objeto de la litis, determinante del contenido del proceso. Tampoco se confunde con el hecho que no hubiera sido considerado en la demanda o contestación, ni con la agregación de documentos nuevos o desconocidos. Los hechos nuevos son acontecidos; los documentos, la prueba de lo acontecido<sup>31</sup>.

La jurisprudencia ha sostenido que el hecho nuevo no puede importar ni una pretensión ni una defensa y su invocación válida debe estar referida a un nuevo elemento de juicio relativo solamente a la pretensión o defensa esgrimida al trabarse la relación procesal<sup>32</sup>.

La admisibilidad del hecho nuevo –ante la segunda instancia– está condicionada a las siguientes circunstancias: *i*) que se haya producido con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 365 o se tratara del caso a que se refiere el art. 366; *ii*) que tenga relación con la cuestión que se ventila; y *iii*) que sea alegado oportunamente conforme lo establecido en el art. 260 del Código Procesal,

29 ALSINA, *Tratado*, t. II, p. 209, n° 22; CN CAF, Sala 2°, 13/6/1996, causa n° 15.026/93, “Ballatore Juan Alberto v. EN - M° de Justicia s/ empleo público”.

30 COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, La Ley, 2006, pp. 48 y ss.

31 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, 3° ed., Astrea, pp. 399 y ss.

32 CN CAF, Sala 1°, 1/10/1997, LL 1998-B-876.

es decir, dentro del quinto día de notificada la providencia referida en el art. 259, cual es la que dispone poner los autos en la Oficina para que las partes expresen agravios (conf. art. 260, primer párrafo, *e inc. 5º, ap. a)* del CPCCN)<sup>33</sup>.

Así, no procede el hecho nuevo alegado si se relaciona con una etapa posterior a la que constituye la materia a decidir en el estado actual del juicio; el que además debe ser planteado en forma clara, precisa y concreta<sup>34</sup>.

Finalmente, se ha dicho que el hecho nuevo importa una ampliación del debate sobre la prueba y significa una excepción al régimen preclusivo que estructura el proceso, lo cual permite calificar de excepcional su admisión<sup>35</sup>.

## 5. LA CARGA DE LA PRUEBA (ART. 377, CPCCN)

El art. 377, CPCCN, establece como regla que el *onus probandi* deviene un imperativo del propio interés del particular interviniente; es la circunstancia de riesgo que consiste en que, quien no prueba los hechos que alega, pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la *litis*, debiendo proponer y practicar la prueba en la etapa procesal oportuna<sup>36</sup>. Cuando en el proceso hay elementos suficientes para establecer la existencia de un hecho, el juzgador puede hacer mérito de este hecho, aunque la parte a quien corresponda la prueba no haya intentado demostrarlos directamente. Sólo a falta de aquellos elementos debe acudirse a los principios que gobiernan el *onus probandi* y, entonces, se debe resolver la duda en contra de la parte a quien incumbía la prueba<sup>37</sup>.

33 CN CAF, Sala 5º, 13/10/1997, causa nº 9395/97 “Exolgan SA v. Adm. Cral. de Puertos s/proceso de conocimiento”.

34 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, 3º ed., Astrea, pp. 400 y ss.

35 CN CCF, Sala 1º, 2/3/99, LL 1999-D-274.

36 CN CAF, Sala 4º, 9/10/2007, causa nº 20.061/04 “FRAME SRL (TF 8816-) v. DGA”; y Sala 2º, 17/6/2010, causa nº 1.744/01, “EN - Jefatura de Gabinete de Ministros v. Equidiesel SRL s/ daños y perjuicios”.

37 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. III, 3º ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 400 y ss. Palacio afirma que el problema de la carga de la prueba surge, en rigor, frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. Destaca al respecto que Calamandrei ha hecho notar, comparando la función del juez con la del historiador, que mientras éste último puede salir airoso de una investigación muy complicada acerca de los hechos pasados confesando, honestamente, que no puede dar una solución, el juez siempre debe fallar la causa condenando o absolviendo, y no está facultado, por lo tanto, para declarar que no ha podido decidirse (*non liquet*). De allí la necesidad de ciertas reglas que le permitan establecer sobre cuál de las partes ha de recaer el perjuicio derivado de la ausencia de prueba. Ante la incertidumbre que tal circunstancia comporta, el juez dictará sentencia en contra de la parte que omitió probar pese a la regla que ponía tal actividad a su cargo. Cfr. PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17º actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 407.

La carga de la prueba comprende aquello que cada parte deberá probar en un proceso determinado, para fundar adecuadamente su pretensión. Dentro del *thema probandum*, la carga de la prueba de determinados hechos pesa sobre el actor, y de otros, sobre el demandado, según el contenido de la demanda, contestación, oposición de excepciones y contestación de excepciones, las negativas respecto de hechos y de autenticidad de documentación que hayan efectuado las partes, la existencia de presunciones legales respecto de determinados hechos, actos o documentación, etcétera<sup>38</sup>. Se trata de una noción subjetiva, referida a la posición de cada parte respecto de los hechos que integran el tema de prueba en un determinado litigio. Cabe señalar, especialmente, no obstante, que más allá de la carga de la prueba, el juez tendrá especialmente en el proceso administrativo, la facultad de disponer de oficio diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

La Corte Suprema de Justicia nacional ha entendido, que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la *índole y características del asunto sometido a la decisión del juez*, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía por sobre la interpretación de normas procesales, a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea afectado por un excesivo rigor formal<sup>39</sup>.

Lo sentado resulta lógico, dado que la diversidad de conflictos ha presentado innumerables problemas que las normas vigentes no habían podido resolver; de allí que la ciencia procesal haya intentado establecer, desde sus estudios, reglas estáticas que permitan en todos los supuestos y tipo de procesos proporcionar al juez la herramienta necesaria para resolver con justicia los conflictos judiciales frente a la ausencia de pruebas suficientes.

Es característica del proceso civil la imposición a la parte que alega o invoca en sustento de su pretensión la existencia de un hecho negado por la otra parte, de la carga procesal relativa a su prueba. Tal circunstancia, también propia en general del proceso administrativo, suele estar complementada en éste con un énfasis mayor en el de *verdad material* –derivado de la presencia del *interés público*– que determina mayores facultades para el juez en materia de *averiguación de la verdad*<sup>40</sup>.

El proceso administrativo combina los principios del *proceso dispositivo*, donde el rol de las partes en materia probatoria es fundamental, y del *proceso inquisitivo*, donde el rol primordial pasa a estar desempeñado por el juez. Siendo

38 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 55 y ss.

39 CSJN, 20/8/1996, “Baidera, Víctor F”, LL 1996-E-679.

40 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 56 y ss.

en general el de carácter dispositivo, la fuerte presencia del interés público determina la vigencia, en diversos grados, y según la ley procesal de que se trate, del principio de verdad material, con lo que se aproxima al carácter inquisitivo, especialmente en los procesos objetivos. Ello suele tener lugar a través del otorgamiento al juez de significativas facultades instructorias y de producción de pruebas. No es lo que ocurre, habitualmente, en nuestros códigos<sup>41</sup>.

La actividad de introducción de los hechos al proceso y la de realización de su prueba es una labor que corresponde exclusivamente a las partes, a quienes, con arreglo a las normas comunes de distribución de la carga de la prueba y en sus escritos de alegaciones, les incumbe la carga de introducir los hechos que fundamenten sus respectivas pretensiones o defensas esto es, la introducción de los hechos constitutivos corresponden al actor en su escrito de demanda y la de los hechos extintivos, obstativos y excluyentes al demandado en su escrito de contestación<sup>42</sup>.

Obtener una sentencia favorable depende de la necesidad de las partes de aportarle al juzgador los medios probatorios idóneos, a fin de acreditar la procedencia de su argumentación, y, en consecuencia, la de su pretensión, resulta importante determinar a cuál de ellos corresponde la carga de la prueba en el proceso administrativo, porque en él suelen presentar algunas dificultades. Derivan, en este caso, de la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos.

Cuando la Administración ha alegado algún hecho como motivo del acto que causa un gravamen al particular, o cuando es éste el que alega el hecho, en todos los supuestos rige el mismo principio: que la prueba está a cargo del pretensor. No del pretensor de la obligación final, sino de quien pretenda el reconocimiento del hecho determinado que invoca para que sea después fundamento del acto que se dicte<sup>43</sup>.

Sin embargo, la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos (art. 12, LNPA) condujo a cierta jurisprudencia a invertir la carga de la prueba en los procesos de impugnación de actos administrativos. Ello no es correcto, pues aquella presunción no altera la obligación de probar a quien alega los hechos constitutivos o los impeditivos, extintivos y excluyentes<sup>44</sup>. Por ello, a quien ataca un acto le incumbe la carga de probar la ilegitimidad, así como también le corresponde a la Administración probar que se encuentran reunidos los

41 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 56 y ss.

42 CN CAF, Sala 3º, 17/6/2009, causa n° 144.000/02, “Obra Social de Docentes Particulares v. AFIP-DGI y otro v. Dirección General Impositiva”.

43 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 58 y ss.

44 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 58 y ss.

requisitos y antecedentes que justifican el dictado de ese acto, es decir que cabe, a la Administración, antes de dictar el acto, la carga de demostrar que los hechos en que se basa son ciertos.

Así, la presunción de legitimidad del acto administrativo importa en todo caso una *relevatio ad onere agendi*, pero nunca una *relevatio ad onere probando*. De allí que de por sí la presunción de legitimidad no es suficiente para formar la convicción del juez en caso de falta de elementos instructorios, y que no puede en modo alguno sentarse un principio de “en la duda en favor del Estado<sup>45</sup>. En otras palabras, la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera a la Administración de aportar las pruebas que sustenten su acción: dada la posición de la Administración, es lógico que recaiga sobre ella la carga de la prueba.

La presunción de legalidad de los actos administrativos sólo implica que el acto es legítimo con relación a la ley y válido en cuanto a los efectos que produce. Tiene como fundamento el hecho de que las garantías subjetivas y objetivas de los gobernados, que preceden a la formulación del acto administrativo, han sido respetadas, en cuanto que previamente las autoridades administrativas han instruido un expediente en el cual consignan los hechos, circunstancias y demás elementos materiales y jurídicos que debe reunir todo acto administrativo, y, que por tal motivo, le corresponde al demandante la carga de la prueba a fin de demostrar lo contrario.

Con sobrada claridad exponen el punto los Profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: “[...] la autotutela declarativa de la que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la

45 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 9a ed., FDA, Buenos Aires, 2009, pp. 1-9, con cita de TREVES, Giuseppino, *La preunzione di legittimia degli atti amministrativi*, Padova, 1936, pp. 84 y ss., 161 y ss.; y de MICHELL, Glan Antonio, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1961, p. 278, notas 110 y 118. En la misma línea, se pronuncia García Pullés, quien entiende que la aludida presunción “...no es eficaz para reemplazar la prueba en caso de falta de elementos, pues no existe en éste ámbito el principio de ‘en la duda a favor del Estado’, de modo que la compulsa del expediente administrativo debe permitir concluir que la Administración ha realizado la gestión probatoria que le permita acreditar los antecedentes que justifican el dictado del acto. En ausencia de tal esfuerzo probatorio, la actividad administrativa devendrá nula”, cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, 2004, pp. 656 y ss.

Administración, incurriendo en un vicio legal el acto que la desatiende en este supuesto<sup>46</sup>.

La consecuencia inmediata de no admitir al proceso contencioso como un mero proceso revisor o un proceso al acto es que pesa igualmente sobre la Administración Pública la carga de acreditar los elementos configurativos del sostenimiento de la legalidad del acto impugnado<sup>47</sup>.

En definitiva, el control jurisdiccional de la Administración Pública no debe observarse, entonces, a través del prisma del dogma revisor, sino como aquel en el que es ineluctable verificar que la Administración ha actuado subordinada a la ley, y en ese marco corresponde también a ella –conforme los principios generales– cargar con la prueba de que su accionar está en conformidad con el ordenamiento jurídico.

### 5.1 La denominada “carga dinámica de la prueba”

En atención a la insuficiencia de las reglas descriptas para resolver todas las situaciones que se presentan de ordinario en el debate judicial, aparece la teoría de la carga dinámica probatoria, también conocida en España como la de mayor facilidad o disponibilidad probatoria, la que sostiene que excepcionalmente, corresponde apartarse de las reglas normales de distribución del *onus probandi*, reconociendo una pluralidad de nuevas reglas de reparto, y que fuera receptada por nuestro Máximo Tribunal<sup>48</sup>.

La carga probatoria dinámica debe utilizarse en situaciones donde no funcionan adecuadamente y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios, e importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas<sup>49</sup>, más allá del emplazamiento como actor o demandado

46 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 4º ed., t. I, Civitas, Madrid, 1987, pp. 476-479, en especial esta última. Puede verse que el concepto se mantiene en la 1ª edición argentina con *Notas de Agustín Gordillo*, Thomson Civitas - La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 521. Anota aquí Gordillo (*vid.* nota al Cap. IX “(...) el ‘principio de la autotutela’ es la presencia del *Ancien Régime* del absolutismo francés, que ha cedido en tanto avanza el Estado de Derecho”).

47 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, ya cit., pp. 476-479; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8º ed., t. III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, parágrafo 4, p. 7.

48 CSJN, 10/12/1997, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘Pinheiro, Ana María v. Instituto de Servicios Sociales para el personal ferroviario’”.

49 CN CAF, Sala 2º, 15/10/2009, causa n° 27.666/97, “Anfal, Juan v. EN - Mº Interior - PFA s/ daños y perjuicios”.

o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, de allí que se la identifique como dinámica<sup>50</sup>.

Esta construcción teórica plantea que el derecho no debe basarse en rigideces y estructuras pétreas, sino que ha de ajustarse a las circunstancias del caso. La aplicación de la regla de la distribución dinámica de las cargas probatorias, coloca la prueba en cabeza de la parte que está en mejores condiciones de producirla<sup>51</sup>.

Tiene su sustancia en el mentado *principio de colaboración procesal*, que se impone tanto a las partes como al juez, impidiendo que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal consistente en el aprovechamiento de la situación de desventaja en la capacidad de probar la veracidad de un hecho, en que se encuentra su contraparte y en escatimar con ello de información al juez.

Se entiende que frente a determinadas circunstancias corresponde el apartamiento excepcional de las normas legales sobre distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquellas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.

La jurisprudencia ha sostenido que si es el Estado quien, habiendo continuado abonando las remuneraciones a un agente que debió haber cesado de prestar funciones, sobre la base de invocar que tales funciones no fueron efectivamente prestadas, pretende el reintegro de las sumas abonadas por haberlas pagado sin causa, por lo que, a la luz de las reglas dinámicas sobre la carga de la prueba, y teniendo en cuenta que los pagos de salarios que se buscan repetir, como toda conducta estatal, gozan de presunción de legitimidad, lo que obliga a aceptarlos como válidamente efectuados hasta que se demuestre lo contrario, incumbe a la

50 SCOLARICI, Gabriela M., “Comentario al art. 377 del CPCCN”, en HIGHTON, Elena I. - AREÁN, Beatriz A. (dir.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. VII, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 293, arts. 355/395, doctrina citada por los fallos CN CAF, Sala 2°, 8/9/2011, causa n° 10.216/1999 “Sominar Sociedad Minera Argentina SA v. YPF SA s/proceso de conocimiento” y, 13/11/2012, causa n° 43.075/11, “Daimler Chrysler Argentina SA (TF 204936-1) v. DGI”.

51 SCOLARICI, Gabriela M., “Comentario al art. 377 del CPCCN”, en HIGHTON, Elena I. - AREÁN, Beatriz A. (dir.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. VII, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 293, arts. 355/395, doctrina citada por los fallos CN CAF, Sala 2°, 8/9/2011, causa n° 10.216/1999 “Sominar Sociedad Minera Argentina SA v. YPF SA s/proceso de conocimiento”; 20/9/2012, causa n° 38.267/11 “OSDE v. DNCI - Disp. 408/11 (Expte. S01-303425/10)”; CN CCF, Sala 2°, 30/10/2008, causa n° 6.125/98 “Aerolíneas Argentinas SA v. Estado Nac.”; 13/3/2009, causa n° 707/98, “Burberrys Limited v. Napolitano Edgardo y otro”; y asimismo, MORELLO, M. A., “¿Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba?”, *ED* 132-953; PEYRANO, J., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, *LL* 1991-D, p. 1034.

Administración acreditar el cese en la prestación de funciones en que se sustenta la pretensión jurídica de reintegro<sup>52</sup>.

## 6. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA (ART. 386)

La función del juez en la apreciación de la prueba es compleja, como lo es toda reconstrucción histórica del pasado. Por eso, para darle certeza a la verdad que se esconde en la maraña de pruebas contradictorias acumuladas por las partes, es útil distinguir entre la interpretación de los resultados de la prueba y la valoración de ellos; la primera se dirige a establecer de un modo cierto el significado de cada uno de los juicios recogidos (con exclusión, se entiende, de aquellos juicios de hecho que se han formado inmediatamente en el pensamiento del juez y de los cuales conocer perfectamente el significado); la segunda se dirige a establecer confrontando varios juicios de hecho a menudo contradictorios, mediante la investigación sobre la atendibilidad de las fuentes de que derivan, etc., si tales juicios deben ser considerados correspondientes a la realidad objetiva de los hechos y en qué medida y cuales, de varios hechos contradictorios entre sí, deben prevalecer sobre los otros<sup>53</sup>.

El juez se vale de las pruebas mediante su inserción en el cuadro más amplio de las circunstancias del caso; les infunde sentido y las articula entre sí, conjugando la ciencia, la técnica y los indicadores sociales. Todos estos factores juegan en bloque y no de manera inconexa, y de este modo brindan una adecuada fuerza de convicción. Los hechos, la prueba, la interpretación y la aplicación discrecional de las facultades del juez se ensamblan en el juicio razonador<sup>54</sup>. No es la certeza absoluta lo que ha de buscar el juzgador al ponderar la prueba, sino la certeza moral, de características harto distintas a aquella<sup>55</sup>.

### 6.1. La “sana crítica”

El sistema de apreciación que, como regla, ha adoptado el Código Procesal Civil y Comercial es el denominado de la “sana crítica”. Dice en efecto el art. 386 “salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas,

52 CN CAF, Sala 1º, 14/10/2010, causa n° 50.255/03 “EN- Mº RREE CI y Culto v. Rappoport Luis s/proceso de conocimiento”.

53 CALAMANDREI, *Estudios...*, p. 380.

54 Valorar la prueba conforme las reglas de la sana crítica Importa partir de una premisa elemental. Esa valoración y la mensura de los medios probatorios reunidos ha de referirse a los hechos conducentes, a todos, no a algunos de ellos o cualesquiera otros. No se concibe una tarea evacuatoria que gire en el vacío, que atienda a cuestiones que no son las atinentes: SCBA, 31/10/2007, “Miranda”.

55 CF La Plata, Sala 3º, 17/9/1996, JA, 2000-1-188, n° 22.

sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”. Además, se remite en particular a las reglas de la sana crítica, en materia de presunciones (art. 163, inc. 5°) y respecto de la prueba testimonial y pericial (arts. 456 y 477). El primero dispone que “las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción, según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”. El segundo prescribe que “el juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones”; y el art. 477 establece que: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”<sup>56</sup>.

La jurisprudencia tiene dicho que la sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia es decir el conocimiento de la vida y de los hombres que posee el juez, simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciador y respecto de los cuales éste es soberano en su interpretación y aplicación. Naturalmente que si es arbitraria o absurda no puede pretenderse la validez de tal determinación judicial<sup>57</sup>.

Conforma un estándar jurídico cuya proyección abarca a todos los medios de prueba y hacia otros campos de la teoría de la prueba; sus reglas son un precioso estándar que abarca todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal)

56 La expresión “sana crítica” proviene de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, la cual, a su vez, tuvo como antecedente, respecto de esta cuestión, lo prescripto en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de 1846. En las legislaciones de los países ajenos a la influencia hispánica se alude a la libre convicción (códigos alemán, del Vaticano, del Brasil) o a la prudente apreciación del juez (código italiano), pero nunca a la sana crítica. Mas tales modalidades de léxico no autorizan, como se ha pretendido por algunos autores (Couture, Alcalá Zamora), a formular distinciones esenciales entre el sistema español y el de los otros países europeos. Cfr. PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17a actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 407.

57 CN CAF, Sala 5°, 8/6/2006, causa n° 2.398/01 “Mattar, Marcelo Daniel v. AFIP-DCI s/ Dirección General Impositiva”, 8/6/2006; 11/7/2007, causa n° 25.882/06 “Borges Juan Francisco Manuel Carlos v. Consejo Magistratura (TE) (Ex 3/03) Resol. 11/06”; Sala 2°, 18/6/2009, causa n° 8.445/97 “Rosales, Carlos Antonio v. Gendarmería Nacional EN y otro s/daños y perjuicios”.

y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares<sup>58</sup>.

Por ello, los jueces no están obligados a ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estimen apropiadas para resolver el conflicto, examinándolas detenidamente con un criterio lógico jurídico, y asignándoles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia<sup>59</sup>. La valoración de la prueba no se limita a un análisis aislado de los distintos elementos de juicio obrantes en la causa sino que los integra y armoniza debidamente en su conjunto, circunstancia que lleva a meritar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos elementos probatorios<sup>60</sup>.

La eficacia de los medios de prueba para demostrar los requisitos exigidos por las normas previsionales debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica y, salvo que exista una norma que indique expresamente un medio especial o asigne un valor diferente a determinada prueba por sobre otra, la ausencia de documentos no puede ser invocada como óbice válido para restar mérito probatorio a las declaraciones testificales rendidas en la causa, máxime cuando fueron debidamente ponderadas por la alzada<sup>61</sup>.

## 7. LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

La vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiese de la voluntad de las partes, sino que, además, se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que esta última limitación es susceptible de impedir en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituyen la meta a que debe aspirar a una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio

58 COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3º ed., t. II, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 226. Por ello, no basta para ser juez poseer una acabada formación teórica sobre la disciplina jurídica que habrá de aplicarse, ya que ésta es condición necesaria pero no suficiente, pues es imprescindible la acreditación de una efectiva experiencia en el ejercicio de la abogacía particular o pública tal como la ley lo exige y que se suele tener por satisfecha con trayectoria en el propio ámbito judicial.

59 CN CAF, Sala 2º, 14/5/2010, “Schalscha, Germán v. ANA”; 17/5/2011, causa n° 16.718/00, “Bernardi, Graciela Susana y otro v. CNRT s/ daños y perjuicios”.

60 CSJN, Fallos: 322:1325; CN CAF, Sala 2º, 17/05/12, causa n° 45.004/10 “Cancinos, Miriam Sofía v. UBA-Consejo Superior Resol. 1056/10 (Expte. 1239604/04)”.

61 CSJN, Fallos 323:1810.

aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas *medidas para mejor proveer*<sup>62</sup>.

Así, en virtud de la disposición del art. 36 del CPCCN los jueces quedan facultados para complementar o integrar la prueba que, por aplicación del principio dispositivo, debió ser aportada por las partes. El fundamento último de esta norma reside en la necesidad de que la sentencia con la que ha de culminar el proceso sea justa, y ese objetivo no será satisfecho si la sentencia, ante una divergencia sobre la existencia de los hechos que no es saldada por la actividad de las partes, se limita a aplicar de modo mecánico las reglas relativas a la carga de la prueba<sup>63</sup>.

Por ello, se ha considerado que si bien los jueces gozan de amplias facultades para el esclarecimiento de la verdad, asegurando una decisión conforme a justicia, ello no implica abandonar el principio de que el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes. No existen dudas acerca de que el ideal es alcanzar la verdad material, pero siempre respetando el derecho de igualdad de los litigantes, para lo cual se requiere un mínimo de actividad por parte de éstos, de modo de poder comprobar su real interés en demostrar su derecho. Proceder de otra forma implicaría suplir negligencias u omisiones de las partes, excediendo las facultades conferidas a los magistrados en virtud del art. 36 inc. 2º del Código Procesal, y violando el principio dispositivo sobre el que se asienta el proceso judicial<sup>64</sup>.

En este orden, la carga de la prueba atinente a demostrar la inaplicabilidad de una norma debe recaer, en principio, sobre quien invoca tal extremo; salvo, que el tribunal considere que la referida pauta legal resulte ostensiblemente inaplicable al caso concreto o bien que, para mejor proveer y en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 36 inc. 4º del CPCCN indague para determinar si media el presupuesto previsto en aquella<sup>65</sup>.

## **8. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y PRODUCCIÓN DE PRUEBA ANTICIPADA**

Corresponde, aquí, abordar estas cuestiones que se suelen confundir no obstante poseer objeto jurídico distinto. La circunstancia de que en el ordenamiento nacional se hayan legislado en forma conjunta (Libro II, Título, I, Capítulo II, arts. 323 a 329 del Código Procesal), no obsta a que su naturaleza sea diferente

62 PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17º actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 402 y ss.

63 CN CAF, Sala 4º, 30/4/1999, causa n° 13.874/94 “Cabral, Gladys Catalina y otros v. EN Mº de Defensa s/retiro militar y fuerzas de seguridad”.

64 CN CAF, Sala 4º, 4/6/1996, causa n° 599/95, “Navalles, Flora E. y otros v. EN - Mº de Defensa s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”.

65 CN CAF, Sala 1º, 10/6/2004, causa n° 54.114/03 “Spicer Ejes Pesados SA - Inc. Med v. EN - Mº Producción y otros s/ proceso de conocimiento”.

y que por ello no deban confundirse. Conforme ha quedado expuesto por la doctrina, en el régimen del Código, estas diligencias engloban en dos categorías procesales que tienen en común la circunstancia de ser previas a la demanda, pero difieren en cuanto a su objeto; por un lado, las medidas preparatorias del juicio a promover (art. 323), y, por el otro, la producción anticipada de prueba (art. 326)<sup>66</sup>.

### 8.1. *Diligencias preliminares*

Mediante las diligencias preliminares se reconoce a quien pretende demandar o a quien, con fundamento, prevea que será demandado, la posibilidad de obtener una serie de datos o elementos necesarios para plantear la demanda o la defensa, o para hacerlo en la forma más precisa o eficaz siempre y cuando la información no pueda ser obtenida sin la actuación jurisdiccional<sup>67</sup>.

Se distinguen según su finalidad en *preparatorias* y *conservatorias* de prueba. Estas diligencias corresponden en todo proceso de conocimiento y no solamente en el juicio ordinario; incluso abarcan los de naturaleza especial. Son acordadas al actor y al demandado. En cuanto a la titularidad activa y pasiva para la diligencia preliminar, ésta se otorga en función de la titularidad activa y pasiva para el proceso principal<sup>68</sup>.

Entre las principales características de las diligencias preliminares, preparatorias del proceso a promover, se ha señalado que: *a) son previas a la constitución del proceso* y, por tanto, improcedentes cuando se ha incoado la demanda y ella ha sido contestado; y *b) no son introductivas de la instancia principal*, y no producen estado de litispendencia. Como no constituyen una verdadera demanda, por lo cual no puede hablarse de litigante vencido, o de constitución en mora, no procede la imposición de costas<sup>69</sup>.

El juez debe acceder a las medidas preliminares si el pedido es fundado en una necesidad real y la diligencia es indispensable para que la demanda sea promovida en forma correcta. Pero no proceden si sólo responden al propósito de crear indebida y unilateralmente una situación favorable en cuanto a lo que

66 FENOCCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 275 y 276.

67 CN CAF, Sala 1º, 23/3/2010, causa n° 1.318/09 “Asociación Madres de Plaza de Mayo v. EN s/ proceso de conocimiento”; Sala 2º, 26/11/2002, causa n° 7.744/01 “Bichachi, Oscar Elías v. PEN y otros s/ diligencia preliminar”.

68 FASSL, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, 3a ed., t. III, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 72 y ss.; CN CAF, Sala 1º, 29/3/2005, causa n° 17.966/04 “Sánchez Loria, Alberto v. EN-Mº Interior-Mº Justicia y DDHH s/ diligencia preliminar”.

69 CN CAF, Sala 3º, causa n° 14.336/2000 “Enecor SA v. Emprendimientos Energéticos Binacionales SA s/diligencia preliminar”.

ha de ser materia de decisión sobre el fondo de las cuestiones que se debatirán en el juicio.

En tal inteligencia la jurisprudencia ha considerado que procede la producción de las diligencias preliminares solicitadas por la actora si se advierte liminarmente que la presentante se hallaría jurídicamente imposibilitada de acceder a la causa penal que entiende le generó los daños sufridos, por no ser parte en esas actuaciones, ya que según dispone la normativa aplicable, sólo se autoriza la revisión de esos expedientes judiciales en procura de tutelar el derecho de defensa, posibilitando el examen de las actuaciones, a fin de conocer de modo preciso la imputación que se efectúa<sup>70</sup>.

Por otra parte, se ha señalado que la enumeración contenida en el art. 323 del CPCCN es enunciativa, no resultando limitada a otras diligencias posibles que la parte estime conducente para la adecuada defensa de su derecho. Por ello se reconoce al juez un considerable margen de arbitrio para acceder a la práctica de diligencias no previstas expresamente<sup>71</sup>.

## 8.2. La producción de prueba anticipada

Esta medida tiene como finalidad asegurar *elementos probatorios ante la eventualidad de su desaparición*. Es decir, se trata de medidas “para el futuro”, que no tiene por función preparar o adquirir el conocimiento de los hechos necesarios para entablar la demanda o la regularidad de la constitución del proceso, sino asegurar pruebas de realización dificultosa en el período procesal correspondiente<sup>72</sup>; se trata, por ende, de una *medida de carácter excepcional cuyo único fin es asegurar o preservar una prueba*<sup>73</sup>. Por ello, la demostración de la existencia de esa causa razonable debe hacerse en todos los casos y con la mayor exactitud posible<sup>74</sup>.

70 CN CAF, Sala 2º, 24/8/2004, causa n° 172.444/02, “Brenlla de Zega, Elena Carmen v. EN - Poder Judicial y otros s/ diligencia preliminar”.

71 CN CAF, Sala 5º, 27/2/2006, causa n° 41.648/04, “EN - Mº Economía y P. (Expte. S01: 166941/04) v. Camuzzi Gas Pampeana SA s/ diligencia preliminar”; Sala 1º, 23/3/2010, causa n° 1.318/09, “Asociación Madres de Plaza de Mayo v. EN s/proceso de conocimiento”.

72 Un caso típico es cuando el futuro litigante pide el secuestro del expediente administrativo. En este caso, quedará a criterio del tribunal si existen o no razones fundadas para el secuestro: generalmente cuando se puede alegar fundadamente que se están haciendo maniobras con ese expediente que van a distorsionar su realidad o su verdad, v., Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 9º ed., FDA, Buenos Aires, 2009, pp. I-15.

73 CN CAF, Sala 1º, 23/3/2010, causa n° 1.318/09, “Asociación Madres de Plaza de Mayo v. EN s/proceso de conocimiento”.

74 COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 492 y ss. Es que tratándose de medidas de excepción debe evitarse un inútil despliegue de actividad jurisdiccional y el uso de declaraciones anticipadas con el solo objeto de presumir sobre la eventual eficacia de determinadas

Los tribunales han considerado que la prueba anticipada no constituye una categoría jurídico-procesal autónoma; por el contrario es un modo excepcional de producir la prueba. Ahora, si bien la prueba anticipada se vincula más a la medida precautoria, no puede dejar de señalarse que es imposible aplicar los principios de las medidas cautelares a la prueba anticipada. La medida cautelar se ejecuta sin la presencia del contradictor, la producción de prueba, no. El control de la contraparte es necesario y su incorporación al proceso puede ser definitiva e imposible de rever en el futuro, a diferencia de las medidas precautorias, que se las puede sustituir, modificar o dejar sin efecto en cualquier etapa del proceso. Por eso es fundamental la observancia del principio de bilateralidad<sup>75</sup>.

En lo concerniente al pedido de vista de las actuaciones administrativas, se ha resuelto que el marco procesal de las diligencias preliminares a la demanda (arts. 323 y ss. del CPCCN), así como el de la prueba anticipada (art. 326 del CPCCN) no constituyen vías aptas para tomar vista de las actuaciones administrativas en sede judicial, como así tampoco para disponer que la Administración Pública acceda al pedido de vista no resuelto o denegado<sup>76</sup>.

## 9. LOS MEDIOS PROBATORIOS EN PARTICULAR

Sentadas estas cuestiones, corresponde entonces adentrarse en el análisis puntual de aquellos medios probatorios que, conforme las particularidades de nuestra materia, merecen ser destacados. En especial, ello deriva de que habitualmente la mayor parte de la prueba ya se encuentra producida en la instancia previa –procedimiento administrativo–.

Sin embargo, ello no atenta contra la posibilidad de producir todas aquellas probanzas que, conforme los hechos articulados, sean conducentes para la solución del litigio; máxime cuando, en el procedimiento administrativo, la posibilidad de producir la prueba ofrecida hubiere sido escasa.

Por tal motivo, en nuestra materia, el principio general de admisión amplia de medios de prueba cobra singular relevancia, por las restricciones a las que puede verse sometido el administrado en la instancia previa para acreditar los elementos probatorios que estime pertinentes<sup>77</sup>.

---

pruebas. Es decir, lo que el art. 326, CPCCN exige es que se acredite el temor fundado de que la prueba pudiera ser imposible o muy dificultosa en el período probatorio.

75 CN CAF, Sala 1º, 7/3/1995, “Aeronáutica SA -RQU- v. Fuerza Aérea Argentina (Cdo. de Reg. Aéreas) s/queja”.

76 CN CAF, Sala 3º, 6/7/2006, causa n° 12.125/01, “Serur Carlos Rolando v. EN-M. Interior-PFA s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg”.

77 Gordillo afirma que, el principio, tanto en sede administrativa como judicial, siempre es el de la libertad para las pruebas para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales de la Administración o del tribunal, pero hay en ello una gran limitación

### 9.1. *La prueba documental*

Este medio de prueba es de trascendental relevancia dentro del proceso administrativo, por ser la forma documentada la que predomina en la esfera administrativa. Así tienen forma escrita los oficios, los conceptos, los requerimientos, las puestas en mora, las instrucciones de servicio, las circulares, los informes técnicos, etcétera. Los documentos que dan cuenta de esa actividad tienen el carácter de públicos, porque ellos son expedidos o elaborados por funcionarios en ejercicio de sus funciones<sup>78</sup>.

Cabe apuntar que en razón de las técnicas evolutivas de la electrónica, el soporte papel está inexorablemente destinado a ser alcanzado por la equiparación a los nuevos instrumentos puramente incorporados –como los asientos contables estricta y exclusivamente electrónicos– o a los productos de segundo grado –como el fax–, que se pueden considerar equivalentes funcionales de los documentos<sup>79</sup>.

### 9.2. *El expediente administrativo*

La prueba que se produce en sede administrativa consta en el expediente, fundamental para el pleito. Con frecuencia es la prueba central para el juicio; a veces, la única<sup>80</sup>.

---

fáctica que no dimana de los hechos sino de la discrecionalidad. Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 9º ed., FDA, Buenos Aires, 2009, pp. 1-20 y ss.

78 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 98 y ss. En idéntico sentido, García Pullés considera que "...la prueba instrumental reviste una importancia descolante en el proceso contencioso administrativo, por ser la forma documental la que predomina en la esfera de actuación de la Administración, ya que esta última se manifiesta –de ordinario– en forma actuada, de manera que queda registrada en un expediente que constituye la base de todo el control posterior", cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II; Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 657 y ss.

79 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. III, 3º ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 476 y ss. Adviértase que las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TICs) han modificado conductas y exigido respuestas tanto en el campo del Derecho, como de sus disciplinas auxiliares, entre otros aspectos en materia de obtención de evidencia y su valor probatorio. En este contexto, se ha considerado que, en principio, para que un correo electrónico sea finalmente valorado como prueba, es necesario que sea reconocido por la contraparte o bien que técnicamente sea posible acreditar la autoría del mensaje, su integridad, y la recepción por el destinatario. Aun cuando se pueda utilizar cualquier medio de prueba, resulta difícil, con el correo electrónico común, acreditar su envío, recepción y autoría, debido a que la tecnología que se utiliza tiene muchas vulnerabilidades que permiten falsificarlos con facilidad e impiden a los peritos brindar certeza sobre dichos puntos. Cfr. MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Evidencia digital y prueba informática", *LL* del 4/6/2014.

80 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 9º ed., FDA, Buenos Aires, 2009, pp. 1-10.

Cabe precisar que el procedimiento administrativo que se formaliza a través de actuaciones administrativas no debe ser concebido como una primera instancia respecto del proceso judicial, de modo que las constancias en ellas colectadas en tanto emanen de una sola de las partes, debe ser expresa o tácitamente reconocida por su contraria, y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba<sup>81</sup>.

La jurisprudencia ha sostenido que los expedientes administrativos, incluso de las empresas estatales, tienen valor de prueba en juicio y para apartarse de sus constancias, no es suficiente un desconocimiento genérico de su contenido siendo necesario que se especifiquen sus fallas suministrando prueba de ellas<sup>82</sup>. Con mayor rigor llegó a establecerse en algunos casos que las constancias administrativas tienen el valor probatorio de los instrumentos públicos con fundamento en la presunción de validez y regularidad de los actos de los funcionarios y ellos aun tratándose de las empresas estatales<sup>83</sup>.

Asimismo, se ha considerado que las constancias del expediente administrativo que fundan la resolución gozan de la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, con fundamento en la presunción de validez y regularidad de los actos de los funcionarios públicos, al tiempo que constituyen el antecedente

81 MERTEHIKIAN, Eduardo, "La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad", *Revista de Estudios Jurídicos* n° 8/2008 (Segunda Época), Universidad de Jaén. Al respecto se ha considerado que, salvadas las naturales distancias, el expediente administrativo cumple con una función similar a la del "sumario" en el proceso penal: tanto en uno como en otro se acopia todo un conjunto de material fáctico destinado a servir de fundamento a la pretensión y a la defensa. Para que sea tomado en consideración por la actividad decisoria del tribunal, no precisa que sea afirmado por las partes en los escritos de inicio. Así, cabe distinguir dos grandes etapas, en sede administrativa y sede judicial. La que se produce en sede administrativa consta en el expediente administrativo y este es fundamental para el pleito. Suele ser muchas veces la prueba central; en otras, es la única prueba que existe para resolver. Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 115 y ss. Por su parte García Pullés entiende que los expedientes administrativos no constituyen plena prueba a favor de la Administración, aunque sí en contra de ésta y a favor del administrado. Ello así, toda vez que "...es obvio que la Administración dirige y conduce el expediente y no puede desentenderse del resultado de las probanzas agregadas o las diligencias cumplidas e expediente, haya o no participado el administrado en su colección, pues es obvio que ellas deben probar contra la Administración", cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 658 y ss.

82 CN CAF, Sala 5°, 20/2/2007, causa n°46.483/06 "Alles, Gerónimo v. PNA - Disp. JS1 75 'A'705 Expte. R -6243-C-B-05)".

83 CSJN, Fallos 259:398; 260:189; 263:425 y 281:173; CN CAF, Sala 2°, 3/8/2010, causa n° 4.179/92 "Valitutto, Carmelo vs. Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos) s/ contrato de obra pública".

CN CAF, Sala 2a, 28/8/2003, causa n° 150.893/02 "Varig SA v. M NM - D,SP- 4237/02 (Exp. 217553/00)".

necesario y “cabeza del sumario” para la medida que se dicte en caso de verificarse infracciones<sup>84</sup>.

Además, en orden a los documentos expedidos o elaborados por agentes en ejercicio de sus funciones, se estableció que no son instrumentos públicos pero tampoco instrumentos privados, por no ser privadas las actuaciones. Son pruebas escritas, y se presumen documentos auténticos mientras no se pruebe lo contrario. Hacen fe de su otorgamiento, de la fecha y de las declaraciones que haga el funcionario que los suscribe; empero no hace falta la tacha de falsedad para desvirtuarlos –como en el instrumento público– pudiendo ser destruidos por cualquier clase de prueba<sup>85</sup>.

Los documentos emanados de cualquier funcionario tienen el carácter de instrumentos públicos, ya que el art. 979 del Código Civil –además de los documentos que concretamente enumera–, sólo acuerda tal categoría a los extendidos “en la forma que las leyes hubieren determinado” (inc. 2), de la que deriva que sólo la ley sirve de fundamento para otorgarle carácter de instrumento público a los emitidos por funcionarios administrativos<sup>86</sup>.

Por último, se ha precisado que el valor probatorio de los documentos administrativos está ceñido a la sana crítica del juez, habida cuenta que tales actos sólo gozan de una presunción, “no la perfección y certeza indiscutida de su legitimidad”<sup>87</sup>.

### 9.3. *La prueba confesional*

Hutchinson señala que la producción de esta prueba en contra de la Administración plantea una problemática particular ya que los funcionarios públicos actúan en el marco de sus atribuciones legales y conforme a las normas establecidas. El proceso de adopción de decisiones por parte del Estado tiene lugar en el marco del procedimiento administrativo –ya sea ordinario o especial– y con intervención de técnicos de asesoramiento e informe con que la Administración cuenta, que efectúan a la formación de la voluntad administrativa los aportes necesarios para la adopción de una decisión acertada y conforme a Derecho. Por otra parte, el procedimiento administrativo es escrito –el acto administrativo debe manifestarse expresamente y por escrito, y “... sólo por excepción y si las

84 CN CAF, Sala 2º, 28/8/2003, causa n° 150.893/02 “Varig SA v. DNM - Disp. 4237/02 (Exp. 217553/00)”.

85 CN CAF, Sala 4º, 19/06/2001, “Guardini Santos C. v. EN - Dirección de Bienestar de la Armada s/daños y perjuicios”; Sala 1º, 20/5/2010, causa n° 12.191/96, “TIM – Tecnología Integral Médica SA v. EN – Mº Economía y otro s/proceso de conocimiento”.

86 CN CAF, Sala 1º, 7/9/2004, causa n° 22.056/01, “Malaysian Airline Sistem Berhad v. DNM-DISP 10858/01 (Expte.207607/99)”.

87 CN CAF, Sala 1º, 4/7/2002, causa n° 4.233 “Expreso Tigre Iguazú SRL v. Resol. 473/98 – CNRT (Expte. 12.445/98)”.

circunstancias lo permitieren, podrá utilizarse una forma distinta...”, conforme lo establece el art. 8° de la Ley 19.549– y formal –aunque con formalismo atenuado interpretado a favor del administrado–, conforme –en el orden nacional– al art. 1°, inciso c), de la Ley 19.549<sup>88</sup>.

En idéntico sentido, Bielsa entiende que la Administración Pública sólo se obliga por actos casi siempre complejos, de Derecho Público, verbigracia, en un régimen de autorización según causa determinada, y mediante formas determinadas. Este gran principio, en el que descansa todo el régimen de validez de los actos administrativos, no podría ser destruido por la regla ordinaria de la *probatio probatissima*, que es dominante en el régimen jurídico y legal de la confesión en el juicio civil<sup>89</sup>.

La confesión, considerada como prueba, es el testimonio que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace a la verdad de un hecho que puede producir consecuencias jurídicas a su cargo<sup>90</sup>. Debe versar sobre hechos personales del absolvente, y puede recaer sobre el conocimiento del confesante de hechos ajenos pero, en tal caso, no versará sobre los hechos mismos sino sobre el conocimiento que el confesante tiene de ellos. Asimismo, puede recaer sobre el derecho cuando éste debe ser probado.

En relación a la absolución de posiciones de los funcionarios públicos, buena parte de la doctrina sostiene que en realidad el Estado, por razones de interés público, no está sujeto a la prueba de confesión, ni puede verse obligado por lo que declaren sus funcionarios. Para otros, el Código Procesal debe regir a todas las partes por igual, y la Administración debe soportar las consecuencias de lo declarado o no, por sus funcionarios, incluso cuando se trate de respuestas evasivas.

88 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 64. Al respecto señala García Pullés que “...existen dos razones jurídicas que obstan a la admisibilidad de la confesión contra el Estado, aquella que obliga a relacionar la confesión con los actos personales del absolvente –que, en el caso del Estado, son públicos y no podrían ser objeto de reconocimiento o desconocimiento por su representante– y aquella que postula que la confesión implica un compromiso desfavorable para el que confiesa, extremo que no podrían realizar los funcionarios públicos convocados a absolver posiciones, por falta de competencia para ello”; agregando que “A partir del contenido delegatorio del decreto 1102/1986, la importancia que se consignara a la prueba de absolución de posiciones, con base en la responsabilidad política del declarante, no sólo desapareció sino que la diligencia se transformó en un instrumento de dúplica a favor del Estado nacional en juicio”, cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 661 y ss.

89 BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, 3° ed., Castellví, Santa Fe, 1964, p. 259, citado por HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 62 y ss.

90 FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. III, 3° ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 568 y ss.

Al respecto se ha sostenido que lo que no puede desconocerse es que esta prueba, en lo que hace a la Administración Pública y sus entes descentralizados, presenta particularidades, ya que generalmente todo se encuentra documentado, y sobre esa base se harán los informes y versará la prueba. A su vez, por la cantidad de actuaciones que soporta la burocracia administrativa, es difícil que los funcionarios puedan recordar claramente los hechos; hasta es posible que conteste un funcionario que reemplazó a quien intervino indirectamente en los hechos controvertidos<sup>91</sup>. No obstante, se ha sostenido que el art. 407 CPCCN prevé expresamente la posibilidad de que se pongan posiciones al Estado Nacional de donde resulta como consecuencia necesaria la procedencia de la prueba de confesión contra la Administración Pública<sup>92</sup>.

De otro lado, se tiene dicho que no importa confesión ni reconocimiento de hechos las manifestaciones y dictámenes producidos en el expediente administrativo por funcionarios que no ostentan la representación formal del organismo estatal<sup>93</sup>. La negativa que en su absolucón de posiciones hace la demandada traslada la carga de la prueba hacia el actor, quien debe demostrar, en primer lugar la verdadera existencia de un hecho positivo propio, y, por lo tanto, quien se encuentra en mejor situación para producir la prueba que hace a su derecho<sup>94</sup>.

En lo concerniente a la confesión ficta, se tiene dicho que en materia administrativa la valoración de la llamada confesión ficta debe ser más rigurosa que en el campo del derecho privado, en la medida que en la mayoría de los casos quien debe confesar es un funcionario distinto de aquél que fuera autor de los hechos discutidos o ante quien hubiesen éstos ocurrido<sup>95</sup>. Por ello, la confesión ficta, en la medida en que esté objetada por constancias documentales también agregadas a la causa, no puede tener efecto alguno<sup>96</sup>.

Si bien la confesión ficta produce, en principio, los mismos efectos que la confesión expresa –esto es, resulta suficiente para tener por probados los hechos consignados en el pliego–, ella no reviste, como la segunda, el carácter de prueba tasada. No debe olvidarse que la ley faculta al juez a tenerla por configurada, respecto de “hechos personales” y “teniendo en cuenta las circunstancias de la

91 COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y concordado*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 240 y ss.

92 CN CAF, Sala 4°, 23/4/1993, “Sigma Construcciones SRL v. EN (UTN) s/ nulidad de resolución y cobro de australes”.

93 CN. Civ., Sala D; JA, 962-IV-96.

94 CN. CAF, Sala 4°, 24/7/2008, causa n° 32.769/09 “Boto Armando v. ISSB s/ empleo público”.

95 CN CAF, Sala 4°, 23/4/1993, “Sigma Construcciones SRL v. EN (UTN) s/ nulidad de resolución y cobro de australes”.

96 CN CAF, Sala 4°, 23/4/1993, “Sigma Construcciones SRL v. EN (UTN) s/ nulidad de resolución y cobro de australes”.

causa”, por lo cual ella podría ser desvirtuada mediante prueba en contrario producida por la otra parte<sup>97</sup>.

#### 9.4. *La prueba de testigos*

En lo concerniente a la eficacia de la prueba testimonial en el campo de los litigios administrativos, se ha sostenido que juega un papel relativo. Los funcionarios en general, pueden ser llamados a rendir testimonio en las controversias donde figure como parte la entidad a que pertenecen, salvo cuando sean los representantes administrativos de la misma, porque en estos eventos, no serían éstos propiamente terceros sino partes interesadas. El hecho de que algún funcionario, por razón de su jerarquía deba declarar por escrito no varía el enfoque. Por eso, dada la predominante relevancia que en esta materia tiene la prueba documental, y muy especialmente, las actuaciones administrativas, su eficacia es limitada<sup>98</sup>.

La jurisprudencia tiene dicho que cuando se trata de probar un hecho por medio de la prueba de testigos, las declaraciones deben ser categóricas, amplias, con razones de los dichos y no deben dejar lugar a dudas<sup>99</sup>. Los dichos de los testigos y las interpretaciones que éstos hagan sobre los hechos, así como las intenciones que hayan podido tener al actuar, no pueden condicionar de tal manera al sentenciante que le obliguen a una determinada decisión favorable a los intereses de aquéllos<sup>100</sup>.

Asimismo se ha reconocido el poco o ningún fundamento de la antiquísima expresión: *testis unus testis nullus*, que, en todo caso, sólo sirve para exigir que cuando el testigo sea único ostente esta calidad y que el juez aprecie el testimonio con mayor severidad<sup>101</sup>.

#### 9.5. *La prueba pericial*

Acontece, frecuentemente, que la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez. De allí la necesidad de que éste último sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, o industria, y a quienes se

97 CN CAF, Sala 4º, 26/9/1994, “Transportes José Beraldi SA v. DNV s/ contrato administrativo”.

98 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, t. III, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 75 y ss.

99 CN CAF, Sala 2º, 26/2/2002, causa nº 30.136/00, “Pérez José Luis H. y otros v. Metrogas SA y otros (Reclamo 17.150 Enargas - Expte. 5525) - Inc. beneficio de litigar sin gastos”.

100 CN CAF, Sala 4º, 27/3/2001, causa nº 42.520/95, “Fundación Medicina Asistencial Integral - MASIN v. DGI”.

101 CN CAF, Sala 1º, 29/8/2002, causa nº 9.567/96, “Spinosa Meló, Oscar Federico v. EN - Mº de Rel. Ext. Com. Int. y Culto s/empleo público”.

denomina peritos. La prueba pericial consiste, pues, en la actividad que aquellos deben cumplir con la mencionada finalidad<sup>102</sup>. En línea con este concepto, el art. 457 CPCCN establece que “será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada”.

La prueba pericial constituye la actividad procesal encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, en especial cuando se trata de una cuestión técnica que, en principio, excede los conocimientos del juez encargado de resolver la cuestión. De allí es que en tales casos se precisa el aporte invaluable del perito en la materia que de los elementos necesarios para la solución del juicio<sup>103</sup>. Cumple la función específica de asesorar al juzgador en las cuestiones técnicas ajenas a su saber, razón por la cual se puede declarar la impertinencia de dicha prueba cuando el dictamen efectúa un aporte esclarecedor respecto de las cuestiones puestas a su consideración<sup>104</sup>.

El perito, en su calidad de auxiliar de la justicia, cumple la función específica de asesorar al juzgador en aquellas cuestiones científicas, artísticas o prácticas ajenas a su saber; cumple una doble función: *i*) constatar, comprobar o verificar los hechos, investigar sus razones y determinar sus consecuencias, y *ii*) indicar las reglas científicas, técnicas o de experiencia aplicables. El perito es a quien el juez le encarga –de oficio– la misión de ilustrar los hechos de la causa de acuerdo a las reglas de su profesión para así poder, posteriormente, resolver la causa, calificando jurídicamente aquellos hechos<sup>105</sup>. Su tarea no es otra que apreciar los hechos o sus rastros materiales con su ciencia o técnica, y sólo cuando sea necesario o útil para la solución de la controversia su informe es computable.

La jurisprudencia ha considerado que una vez aclarados los hechos mediante el dictamen de un experto en la materia, es el juez quien, sobre esos datos de la realidad, aplicará el derecho y valorará las consecuencias jurídicas que aquellos tienen en el marco del debate y nada impide que en el momento de sentenciar

102 PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17° actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 494 y ss.

103 CN CAF, Sala 4°, 31/8/2004, causa n° 31.691/03, “Curtiembre Pelicce SA (TF 9684-A) v. DGA”. Sin perjuicio de que constituye una declaración de orden científico, se ha precisado que la pericia contiene, además, una operación valorativa porque es, esencialmente, una manifestación técnica y no una simple narración de las percepciones, v. FASSI, Santiago - MAURINO, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. III, 3° ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 695 y ss.

104 CN CAF, Sala 4°, 25/4/2006, causa n° 24.681/95 “Gardebled Finos. SA y otro v. Ferrocarriles Argentinos s/ contrato de obra pública”.

105 CN CAF, Sala 4°, 28/5/2009, causa n° 4.200/00, “Ancona, Benito Salvador y otro v. BCRA”.

valore esos hechos de un modo diverso de lo que indica el perito, siendo que esta última no es misión de éste<sup>106</sup>.

La posibilidad del juzgador de ponderar un dictamen pericial con libertad, no significa ni puede significar que arbitrariamente por su solo parecer pueda apartarse de la opinión fundada por un perito idóneo. Para hacerlo, debe demostrarse que la opinión del experto está reñida con los principios lógicos o que el fundamento científico está equivocado. En este último supuesto, deberá probarse, por medios científicos aptos, el error incurrido<sup>107</sup>. Es decir, para desvirtuar el dictamen pericial es imprescindible valorar elementos que permitan advertir fehacientemente el error o el insuficiente aprovechamiento de los conocimientos científicos que debe tener por su profesión o título habilitante<sup>108</sup>. Por ello, la impugnación de la pericia debe tener tal fuerza y fundamento que evidencie la falta de competencia, idoneidad, o principios científicos en que se funda el dictamen<sup>109</sup>.

*Cuerpo Médico Forense.* Cabe precisar que ante la diferencia de conclusiones entre los dictámenes periciales y los efectuados por el Cuerpo Médico Forense, la jurisprudencia ha considerado que corresponde dar preeminencia a la opinión de este último, porque su informe no es sólo el de un perito ya que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizados por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales<sup>110</sup>.

Si bien los dictámenes técnicos no vinculan al juez para poder apartarse de sus conclusiones éste debe tener razones fundadas por la cual sólo por motivos valederos cabe apartarse de las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, que integra el Poder Judicial conforme lo previsto en el art. 52 del Decreto Ley 1285/1958. Su informe no es sólo el de un perito, ya que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales<sup>111</sup>. Por tal motivo, no puede

106 CN CAF, Sala 4°, 27/3/2001, causa n° 42.520/95, “Fundación Medicina Asistencial Integral - MASIN v. DGI”.

107 CN CAF, Sala 2°, 19/5/1994, “Argenova SA v. Prefectura Naval Arg.”; Sala 4°, 12/2/2004, causa n° 39.521/98 “Quintana Diego v. Policía Federal Arg. - M° del Interior resol. 600/97 s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”.

108 CN CAF, Sala 4°, 12/2/2004, causa n° 39.521/98, “Quintana Diego v. Policía Federal Arg. - M° del Interior - resol. 600/97 s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”.

109 CN CAF, Sala 5°, 20/6/2006, causa n° 36.084/96 “Ferrari, Jorge O- v. Estado Nacional - M° del interior s/empleo público”.

110 CSJN, “Bascoas”, 23/12/2004; CN CAF, Sala 3°, 19/6/1997, causa n° 5.446/94 “Palomo Emilio v. Estado Nacional Arg.- Gendarmería Nacional s/ Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”.

111 CSJN, Fallos: 299:267 y 306:1963; CN CAF, Sala 4°, 9/8/2005, causa n° 43.600/95 “Senem de Buzzi, María del Carmen v. M° de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”.

prescindirse sin fundamento suficiente de las conclusiones de los expertos del Cuerpo Médico Forense<sup>112</sup>.

*Consultor técnico.* El dictamen del consultor técnico no es la pericia judicial y no se lo considera un auxiliar del juez sino de la parte. El consultor técnico no acepta el cargo ante el juzgado, no está sujeto a causales de recusación, puede o no presentar su dictamen, no actúa en la etapa deliberativa ni saca conclusiones con el perito, no puede impugnar el dictamen ni puede pedir explicaciones al perito ya que su vínculo existe con la parte<sup>113</sup>.

---

#### 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.

#### JOSÉ LUIS LÓPEZ CASTIÑEIRA

Es Doctorando y Profesor regular adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de la Universidad Nacional de José C. Paz. Juez de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de diversas obras y expositor en diferentes ámbitos académicos y profesionales.

112 CN CAF, Sala 4º, 17/4/1997, “Falcoff, León v. Gendarmería Nacional s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, 17/04/97; Sala 3º, 14/3/2006, causa n° 18.366/96 “Escauriza Rafael del Luján v. Estado Nacional - Mº de Defensa-1 EMGE s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg”.

113 CN CAF, Sala 1º, 26/4/2001, causa n° 9.644/98 “Arquitecto Luis Lanari y Asociados SACIF y Ser. v. EN (Comando Gral. Armada Argentina) s/contrato obra pública”.



# SUPERANDO BARRERAS: LA REFORMA QUE DERRUMBA MUROS Y FORJA UNIDAD HACIA LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

MAXIMILIANO NAHUEL CERTOMA

Docente en la Universidad de Buenos Aires, Escuela del  
Cuerpo de Abogados del Estado, Universidad Nacional de  
Tres de Febrero y Universidad Nacional del Nordeste.

PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI

Profesor Titular Consulto en la Facultad de Derecho,  
Universidad de Buenos Aires; Juez de Cámara  
en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los recursos directos en el Derecho Administrativo. 3. La regla *solve et repete* en el Derecho Administrativo. 4. El Impacto del artículo 25 *bis* de la Ley de Procedimientos Administrativos. 4.1 Impacto sobre el tratamiento procesal de los Recursos Directos. 4.2. Impacto sobre la condición de procedencia de los Recursos Directos. 5. Aportes y Críticas. 6. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

La sanción de la Ley 27.742, conocida como la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, ha impulsado un avance significativo en la modernización del Derecho Administrativo en Argentina. Esta reforma ha modificado la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (LPA), estableciendo un nuevo marco normativo para la impugnación de decisiones administrativas. Entre los cambios introducidos, destaca la variación de su ámbito de aplicación, la enunciación de nuevos principios generales, la aclaración de que la presentación de recursos y acciones interrumpe el plazo de caducidad y de prescripción, la extensión de diversos plazos procedimentales, entre otros. Sin embargo, particularmente relevante es la inclusión del artículo 25 *bis* en la LPA, que representa un paso adelante en la eliminación de obstáculos y en el fomento de la unidad regulatoria en el camino hacia la justicia contencioso-administrativa.

En efecto, sin restar importancia al resto de la reforma, lo que emerge como una verdadera innovación es la inclusión de un nuevo artículo en la LPA, el cual

ha generado grandes cambios en el marco de los recursos directos. En este sentido, se observan modificaciones sobre aspectos inherentes al tratamiento procesal de estos o a través de la eliminación de exigencias de procedencia, como la regla del *solve et repete* cuando se discute la aplicación de sanciones pecuniarias impuestas por el Estado.

De este modo, la nueva disposición parece establecer un diálogo más fluido entre los procesos judiciales y el respeto a los principios constitucionales contemporáneos, orientándose hacia una mejora en la protección de los derechos de los particulares que impugnan ciertas conductas de la Administración Pública. Además, la nueva legislación corrige, en este punto, algunos de los desórdenes causados por la dispersión normativa que regula a los recursos directos. Es que, ante la gran cantidad de legislación que los establece, se observan marcadas diferencias entre ellos, como los plazos otorgados para recurrir ante la justicia las decisiones administrativas y/o el trámite a seguir. El artículo 25 *bis* de la LPA introduce una nueva modalidad de tratamiento para abordar estas discrepancias, fomentando la unidad regulatoria.

Por su parte, importa destacar que, en lo que respecta a la procedencia de los recursos directos, no solo se establece que en ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente; sino que se erradicó la regla *solve et repete*, históricamente controvertida. Por consiguiente, el nuevo marco normativo eliminó la exigencia de que los particulares deban abonar cualquier sanción pecuniaria impuesta como condición previa para poder recurrirla judicialmente. Esta práctica limitaba el acceso a una revisión judicial efectiva; por lo cual, la derogación de esta regla parece también alinear el ordenamiento administrativo argentino con estándares de pleno respeto a la tutela judicial efectiva, una exigencia esperada y reclamada por la doctrina jurídica nacional que intenta incorporar –además– un acervo de desarrollos jurisprudenciales que han promovido una justicia más accesible y equilibrada.

En este contexto, a lo largo de este artículo exploraremos el impacto y la profundidad de este cambio legislativo. Desde una perspectiva, se abordarán los cambios introducidos en los recursos directos hacia un criterio unificador. Desde otra, se desentrañarán los fundamentos doctrinarios que sustentaron la supresión de cortapisas existentes. El objetivo es descubrir los efectos de la reforma sobre la relación entre el Estado y los particulares, quienes ahora se enfrentan a un horizonte de justicia renovada y accesible.

## **2. LOS RECURSOS DIRECTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Como punto de partida, importa recordar que los llamados recursos directos, no son estrictamente recursos a pesar de que en muchos de ellos se los identifique

con la palabra apelar<sup>1</sup>. Mas bien, resultan verdaderos instrumentos que tienden a poner en marcha la auténtica jurisdicción<sup>2</sup>. En otras palabras, son herramientas para iniciar un verdadero proceso judicial y de ahí que el término acción sea más apropiado. Esto es debido, en primer lugar, a que no existe una continuidad lógico-jurídica entre la instancia administrativa y judicial<sup>3</sup>, razón por la cual, cuando la impugnación se plantea y se resuelve en distintas sedes, esto es, transcurre de una instancia a la otra, nos encontramos ante una verdadera acción<sup>4</sup>. En segundo lugar, en nuestro sistema judicial, el proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino una primera instancia judicial, sin perjuicio de que el medio procesal previsto a tal efecto haya sido denominado recurso. Así se ha expresado que la Administración no ejerce funciones judiciales, las vías que distintas leyes habilitan para la revisión judicial de diversas resoluciones, ya sea por una cámara de apelaciones, ya sea por un juez de primera instancia, traducen modos autónomos de impugnación de tales actos administrativos, por lo que, debido a su naturaleza, constituyen acciones judiciales<sup>5</sup>.

Aclarado lo anterior, importa dejar expuesto que la regulación de los recursos directos en su estado actual genera una serie de agravios significativos para los particulares, los cuales surgen de la multiplicidad, contradicción y desconocimiento de las normas aplicables. Contrariamente a lo que la técnica legislativa propone, estos recursos se encuentran dispersos en un sinnúmero de disposiciones que ni siquiera un experto puede desentrañar con claridad. Las cuestiones que más destacan –negativamente– son en orden a la competencia, al derecho aplicable, al trámite a seguir, a la ejecución de su sentencia, entre otras. En tal contexto, se detallarán sucintamente algunas de ellas:

- (i) La problemática en torno a la competencia es de gran relevancia y refleja la confusión existente en el sistema judicial. Las dificultades no solo giran alrededor al tribunal que deberá conocer el asunto, sino que inician frente a inquietudes sobre dónde debe presentarse el recurso: si en sede judicial o en sede administrativa. Además, se plantea la cuestión de si debe interponerse materialmente dentro del expediente administrativo o mediante un escrito independiente.

1 CSJN; “Fisco Nacional c/ A. Benitez y Cía.”, Fallos: 1:309

2 GALLEGOS FEDRIANI, Pablo; *Recursos Directos: aspectos sustanciales y procesales*; 1ª ed.; Buenos Aires: RAP; 2008; p. 148.

3 AGUILAR VALDEZ, Oscar; “Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios (a propósito de dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal)”;

4 CANOSA, Armando; *El concepto de recurso administrativo*, Obra colectiva en honor al Prof. Miguel Marienhoff; España: Abeledo Perrot; 1998; p. 586.

5 CNCAF, Sala I, “Edenor S.A. c/ENRE”; Sala V, “Despegar.com.ar”.

En líneas generales, la impugnación judicial de actos administrativos a través de recursos directos tramita, independientemente del modo en que se inicia, ante la cámara de apelaciones respectiva, aunque se ven casos donde –igualmente por recurso directo– puede presentarse la acción judicial ante un juez de primera instancia<sup>6</sup>. De este modo, muchas veces se inicia una problemática de competencia a definir de acuerdo con el grado; sin embargo, ello es solo el inicio.

También la cuestión de competencia puede generar avatares en orden a la materia; particularmente en segunda instancia, donde distintas cámaras, tanto nacionales como federales, son competentes para entender en los recursos directos que impugnan actos administrativos, sin una regla clara que los defina. Si se trata de impugnaciones que requiere el estricto análisis de los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, por pretenderse solo la nulidad del acto, lo lógico sería que todos esos recursos se tramitaran –en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– ante la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, por ser un tribunal especializado en la materia<sup>7</sup>. No obstante, en la práctica, esto no ocurre. Por ejemplo, también en el ámbito de la Capital Federal, la Cámara Federal en lo Civil y Comercial es competente para entender en algunos asuntos relacionados con actos administrativos dictados en base a la Ley de Defensa de la Competencia<sup>8</sup> o por aplicación de la Ley de Marcas y Designaciones<sup>9</sup>. Asimismo, los actos administrativos dictados por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ahora Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA), en el marco de la Ley 11.683, son –en algunas cuestiones– tratados por los jueces en lo Penal Económico<sup>10</sup>. Esta falta de coordinación pone de manifiesto una deficiencia en el sistema, donde los actos administrativos no son controlados por jueces –en rigor– especialistas en la materia, lo que debería ser garantizado por la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo en el ámbito nacional y las Cámaras Federales correspondientes en el interior del país. Estos ejemplos, aunque no exhaustivos, ilustran la necesidad urgente de un marco normativo más coherente que permita un control adecuado y especializado de los actos administrativos. Máxime cuando es la ley quien tiene la reserva de establecer el tribunal competente, como ya lo ha establecido la jurisprudencia<sup>11</sup>.

6 Ley 25.871, artículo 98.

7 CSJN, “Enrique Tomás Maffei”, Fallos: 310:2336.

8 Ley 25.156, artículo 52 y 53.

9 Ley 22.362, artículos 17, 24 y 26.

10 Ley 11.683, artículo 77 y 78.

11 CNCAF, Sala II, “Etiennot Alberto”

- (ii) En cuanto al derecho aplicable, la orfandad legislativa es casi absoluta. La ausencia de una norma procedimental aplicable, de un código propio, es la causa de muchos problemas. Si bien algunas leyes prevén la aplicación supletoria del Código Procesal Penal o del Código Procesal en lo Civil y Comercial<sup>12</sup>, y en ciertos casos se considera la legislación procedimental impositiva y aduanera, lo cierto es que no existe una explicitación clara sobre la normativa aplicable. Esto plantea una cuestión crucial: ¿qué régimen procesal se debe aplicar por vía supletoria o por analogía al recurso directo presentado? En general, y salvo en aquellos casos en que la norma establece lo contrario, la jurisprudencia ha tendido a referirse, en primer lugar, a la norma específica que crea el recurso y, posteriormente, al código procesal que mejor se adapte a la naturaleza del acto administrativo impugnado. Es importante señalar que, en muchos casos, los actos administrativos impugnados son de carácter sancionatorio, como la imposición de multas, la clausura de establecimientos, el decomiso de bienes o la inhabilitación de personas, donde no queda en claro cuál sería el código procesal que mejor se adapte dada la naturaleza de la pena. Esta falta de claridad en el marco normativo contribuye a la confusión existente y a la dificultad para los particulares al momento de impugnar actos administrativos.
- (iii) En lo relativo al trámite a seguir, el primer problema que surge en este contexto es la necesidad de determinar si debe correrse traslado del recurso a la entidad autárquica o a la Administración Pública que dictó el acto impugnado, considerando también el plazo aplicable para dicho traslado. Esta cuestión implica, a su vez, una segunda interrogante: si la entidad o la Administración Pública en cuestión debe considerarse parte en el juicio, ya sea en primera o segunda instancia, cuando se promueve un recurso directo impugnativo de un acto administrativo cuya sustanciación se efectuó en sede administrativa. La condición de parte o no del ente que emitió el acto también plantea otro problema relacionado: la existencia de costas y cómo deben ser impuestas. Adicionalmente, surgen otras cuestiones complejas, como si se abrirá o no a prueba el recurso directo, si se admitirá únicamente la prueba que fue denegada en la sede administrativa o si se permitirá la producción de prueba no ofrecida anteriormente, pero que sí se presenta ante la sede judicial. Asimismo, es necesario definir si se admitirán medidas cautelares, si se permitirá alegar sobre la prueba ya producida y si se llevará a cabo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial, que tiene como objetivo intentar una conciliación y determinar la prueba conducente. La jurisprudencia de las cinco salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal ha mostrado una falta de

12 Decreto 290/2007 –reglamentario de la Ley 25.246–, artículo 25.

uniformidad en sus decisiones. Sin embargo, en general, y a partir del principio de tutela judicial efectiva, se ha aceptado la integración de la litis, la apertura a prueba de la causa<sup>13</sup>, la alegación sobre la prueba producida y la imposición de costas. En algunos casos aislados, también se ha admitido la audiencia del Artículo 360 del Código Procesal<sup>14</sup>. Esta falta de claridad y coherencia en la resolución de estos temas contribuye a la incertidumbre que enfrentan los particulares al momento de recurrir actos administrativos.

- (iv) Por otro lado, una vez dictada la sentencia, surge un nuevo problema en el contexto de los recursos interpuestos ante un tribunal de segunda instancia: la ejecución de esta. Los tribunales de alzada son, por naturaleza, tribunales revisores que no llevan a cabo la ejecución de las sentencias que confirman o revocan. Sin embargo, en este caso particular, la cámara actúa como tribunal de primera y única instancia, lo que plantea la necesidad de determinar si la ejecución de la sentencia se llevará a cabo ante el juez de primera instancia del mismo fuero o directamente por la misma cámara.

Invitamos a quienes están familiarizados con el funcionamiento de los tribunales a imaginar, aunque sea por un instante, lo que implica para una cámara emitir intimaciones, mandamientos, cheques y atender todas las cuestiones inherentes al cumplimiento de la sentencia dictada. Esta situación pone de manifiesto que en la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo no existe una jurisprudencia uniforme respecto a este tema; en algunas ocasiones se admite la ejecución en la alzada, mientras que en otros casos se opta por remitir un incidente para que la ejecución sea llevada a cabo por un juez de la primera instancia<sup>15</sup>. Esta falta de coherencia en la resolución de la ejecución de sentencias contribuye a la incertidumbre que enfrentan los particulares al hacer valer sus derechos.

En resumen, la falta de vínculo normativo genera una profunda inseguridad jurídica, dificultando que los particulares comprendan sus derechos y obligaciones. Además, el acceso a la justicia se ve limitado, ya que la complejidad de las normas puede impedir que los particulares sepan cómo impugnar eficazmente un acto administrativo. La desigualdad en el tratamiento de los casos es otra consecuencia negativa, puesto que la variabilidad en la regulación puede resultar en un trato desigual para los particulares, quienes se ven beneficiados o perjudicados según la norma que se aplique en cada situación. Asimismo, la falta de un marco normativo claro también obstaculiza la capacidad de los particulares para impugnar actos administrativos, limitando su derecho a defensa. Además, deben asumir

13 CNCAF, Sala V, “Gas Natural Ban”; “United Airlines Inc”; “Litoral Gas SA”; Sala II, “Bancho Hipotecario SA”

14 CNCAF, Sala IV, “Romero Diaz”.

15 Muchos de esos casos se dan en materia de reparación por exilio en el marco de la Ley 24.043.

la carga administrativa de investigar y comprender la normativa vigente, lo que representa un costo significativo en tiempo y recursos. Esta desorganización normativa puede incluso llevar a la caducidad de los recursos, donde los ciudadanos pierden la oportunidad de recurrir ante el sistema judicial debido a confusiones en los plazos y procedimientos. Finalmente, la falta de transparencia inherente a este contexto normativo propicia arbitrariedades y decisiones injustas, afectando gravemente la relación entre el Estado y los particulares, quienes se enfrentan a un sistema que debería garantizarles justicia accesible y equitativa. Veamos en que ayuda la reforma aquí en trato.

### 3. LA REGLA SOLVE ET REPETE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regla *solve et repete* (en adelante, también, “pago previo”) ha sido históricamente una herramienta debatida en el Derecho. Este instituto legal supone que “la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado solo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute”<sup>16</sup>. Basado en la premisa de garantizar la recaudación y evitar abusos dilatorios, obliga a los particulares a cumplir con la sanción impuesta, esto es, a pagarla en su totalidad, antes de cuestionar su validez o solicitar una revisión judicial.

Aunque en su definición genérica abarca todo tipo de crédito a favor del Tesoro Público, la regla *solve et repete* surgió, en sus orígenes, como “un medio peculiar de tutela del crédito tributario del Estado”<sup>17</sup> y, desde entonces, ha consolidado una función que varios autores consideran esencial para la estabilidad financiera estatal. Este precepto, en su esencia, busca asegurar la normal percepción de los recursos del Estado, evitando que su recaudación se vea demorada, trabada u obstruida por el impulso de acciones judiciales de quienes deben cumplir con el pago. De este modo ha nacido en el marco del Derecho Tributario, sin embargo, su aplicación se ha visto derramada a otras esferas jurídicas y, en lo tocante al Derecho Administrativo, se ve su plena aplicación en su faz sancionadora.

Aunque inicialmente fue concebido como un resguardo para el interés estatal, este instituto ha sido cuestionado por su impacto sobre el principio de tutela judicial efectiva. Es que, al anteponer la motivación financiera del Estado, se impusieron en la práctica limitaciones –en ocasiones temporales y en otras definitivas– al derecho de defensa en juicio o –puntualmente– al acceso a la justicia de aquellos que buscaban impugnar el acto administrativo que establece un monto a pagar.

16 DURAND, Julio C. “El Pago Previo (*solve et repete*)”; en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*; Tomo I; Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 769.

17 JARACH, Dino; *Estudios de Derecho Tributario*; Buenos Aires: Ediciones Cima; 1998; p. 241.

Podría decirse que estamos ante un auténtico privilegio de la Administración Pública, un beneficio que no nace de la esencia de su estructura ni de las particularidades de sus funciones, sino de una disposición jurídica extraordinaria. En efecto, se trata de una regla que, por su origen y propósito, bien podría considerarse como una concesión especial otorgada a una las entidades administrativas. Si bien, en un sentido estricto, el término “privilegio” suele entenderse como aquella disposición que, de manera directa, crea una situación jurídica concreta –como la concesión de una exención tributaria<sup>18</sup>–, ciertos juristas suelen referirse a él en un sentido más amplio, capturando su esencia excepcional y su espíritu concesivo. De tal manera, el “pago previo”, germinado en el Derecho Tributario, floreció en el ámbito del Derecho Administrativo como una prerrogativa que los juristas administrativistas españoles<sup>19</sup> y destacados tributaristas nacionales<sup>20</sup> insisten en calificar como privilegio.

Este sacrificio impuesto al particular en favor de las arcas públicas merecía una reflexión legislativa profunda sobre sus efectos, pues, tras cada cuestionamiento, se revelaban las tensiones entre el deber de sostener el interés público recaudatorio y el derecho individual a la justicia. La reforma legislativa argentina, en este sentido, refleja una adopción de estándares modernos y humanistas en la protección de todo cuestionamiento hacia la Administración Pública.

#### **4. EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 25 BIS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

Es imperativo adoptar varias medidas para mejorar la regulación de los recursos directos en el ámbito del Derecho Administrativo. La implementación de estas medidas debe responder a las problemáticas identificadas en el apartado I, para lograr así una mayor claridad y un mejor entendimiento del Derecho, facilitando el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Asimismo, se debe lograr una uniformidad en el ámbito del Derecho Administrativo sobre este punto, lo que, sin lugar a duda, permitirá un control más eficaz de la Administración. Una regulación más clara servirá de guía para la propia Administración, promoviendo una práctica más ordenada y justa.

Para ser claros, se debe –en primer lugar– unificar el trámite judicial de estos recursos mediante una ley sencilla que, al menos, establezca criterios comunes.

18 CERTOMA, Maximiliano Nahuel; *El Privilegio De No Contribuir: Los Beneficios Tributarios y su impacto en la búsqueda de un Sistema Recaudatorio Justo*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Lajouane; 2024.

19 DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael; “Significado Actual Del Principio ‘Solve Et Repete’”, *Revista de administración pública*; 1964; disponible en [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es)

20 CASAS, José O.; “El Tribunal Fiscal de la Nación Argentina y el principio de solve et repete”, en AAVV, *Tribunal Fiscal de la Nación - 40 años*; Buenos Aires: Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2000; 335 y ss., en especial, 367.

En segundo lugar, es necesario fijar un plazo administrativo común para la interposición de los recursos. Además, la competencia debe ser centralizada en el fuero especializado, y se debe unificar la competencia en alguna de las dos instancias. También es fundamental determinar la legislación procesal aplicable y la instancia correspondiente para la ejecución de la sentencia.

En este contexto, el nuevo artículo 25 *bis* de la Ley 19.549 constituye uno de los cambios más trascendentes. Su impacto en la Ley de Procedimientos Administrativos replica en la regulación de los recursos directos dando respuesta –en gran medida– a una demandada jurisprudencial y de destacados juristas que se encontraba arraigada con firmeza. De esta manera, la nueva normativa ha derrumbado ciertos muros y forjado unidad hacia el sendero de una justicia más accesible y equilibrada, por lo menos en este punto.

#### 4.1 *Impacto sobre el tratamiento procesal de los Recursos Directos*

El artículo 25 *bis* de LPA parece haberse hecho eco de algunas de las críticas existentes al sistema vigente, por lo que, en algunos de estos puntos, ofrece una solución. Establece un plazo uniforme de treinta días hábiles judiciales para deducir el recurso judicial desde la notificación de la resolución definitiva que agota la instancia administrativa, eliminando plazos menores que en muchas ocasiones se interponían como barreras al ejercicio de derechos. Asimismo, impone la previsión de un plazo de cinco días para la elevación del expediente judicial asegura celeridad y facilita el proceso de impugnación, permitiendo que los interesados puedan acudir al tribunal competente sin dilaciones injustificadas. Esta medida se ve acompañada de nuevas directrices en relación con la prueba documental y la pertinencia de otras pruebas, aspectos que buscan equilibrar la defensa de los particulares con la estructura procesal administrativa.

Las mencionadas modificaciones garantizan un mejor ejercicio del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva. Por un lado, se concede más tiempo para interponer la acción correspondiente, permitiendo así un análisis más exhaustivo y una mejor preparación de la defensa. Por otro lado, se eliminan las brechas contraproducentes que llevaban a presentar quejas erróneas por denegación de recursos directos. Estas quejas se planteaban equivocadamente al considerar dichos instrumentos como actos de apelación y no como acciones independientes, como se ha sostenido ampliamente en la doctrina.

Además, esta reforma jurídica fortalece el principio de seguridad jurídica, ya que clarifica el procedimiento y elimina la confusión que existía en torno a la naturaleza de los recursos directos. Al tratar estos recursos como acciones independientes, se asegura una mayor coherencia y previsibilidad en las decisiones judiciales, lo que redundará en una administración de justicia más eficiente y equitativa. La modificación también refuerza la confianza de los justiciables en el sistema judicial, al

garantizar que sus derechos procesales sean respetados y que puedan acceder a una tutela efectiva sin enfrentarse a obstáculos procedimentales innecesarios.

#### 4.2. *Impacto sobre la condición de procedencia de los Recursos Directos.*

Al mismo tiempo, el artículo 25 *bis* de la LPA, norma que estamos analizando, permite a los ciudadanos recurrir judicialmente las sanciones pecuniarias sin necesidad de cumplir previamente con el pago de estas, pues ha eliminado en este punto la regla del pago previo. Este cambio no solo abre el acceso a la justicia, sino que promueve un sistema más equitativo y garantiza que el derecho a la defensa no se vea condicionado por la capacidad económica de los justiciables.

La eliminación de la regla del *solve et repete* inaugura un sistema más equitativo y ajustado a los principios del Estado de derecho. Este cambio se fundamenta en una evaluación de razonabilidad cualitativa de la medida, revelando que el medio elegido no se alinea con la finalidad buscada al considerarse desproporcionado. Es que, en un Estado de derecho resulta inadmisibles que se exija el pago de una deuda determinada por la Administración sin permitir la intervención judicial para evaluar la suspensión de dicha intimación. El *solve et repete*, al excluir la posibilidad de un contralor judicial efectivo y erigirse como un obstáculo para habilitar la instancia judicial, se revelaba inconstitucional<sup>21</sup>.

Antiguamente, el Cívero Tribunal<sup>22</sup> se había admitido la validez de este tipo de recaudo legal en el campo del derecho sancionador. Sin embargo, al ingresar en los fundamentos que lo sostienen se percibe que la evaluación de razonabilidad era más bien cuantitativa, y no así cualitativa, como ahora parece sostenerse. En otras palabras, solo existían excepciones al principio general del pago previo, que iluminan la senda de la justicia con matices de equidad, basadas en la desproporción entre el monto de la multa y la concreta capacidad económica del sancionado<sup>23</sup>, o bien donde el plazo exigido para el pago de la multa, como condición previa para su cuestionamiento judicial, resulta manifiestamente exiguo. Es decir, cuando la imposibilidad previsible de pago tornaba ilusorio el derecho al acceso a la revisión judicial, el sistema judicial respondía con sensibilidad y equilibrio, analizando cuestiones de montos o de plazo, pero no la razón de ser del instituto. De todas maneras, se intentaba garantizar con ese análisis y su debida declaración de inconstitucionalidad que los derechos no sean solo palabras en un papel, sino realidades vividas y protegidas.

21 SPISSO, Rodolfo; Derecho Constitucional Tributario: principios constitucionales del gasto público; doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Buenos Aires: Lexis Nexis – Depalma; 2000; p. 536.

22 CSJN, “Livorno”, Fallos: 247:181; “Destilerías”, Fallos: 261:101; “Microomnibus Barrancas de Belgrano”, Fallos: 312:2490.

23 CSJN, “Adelphia”, Fallos 285:302; “Asociación Israelita”, Fallos: 322:337.

## 5. APORTES Y CRÍTICAS

1. La nueva regulación del artículo 25 *bis* de la LPA es, en términos generales, correcta. En principio, parece encaminada a unificar el trámite de todos los recursos directos existentes, específicamente en lo relativo al plazo para su interposición, el mecanismo de elevación, así como por disipar las dudas en cuanto al ofrecimiento de prueba. Esto demuestra claramente que, en definitiva, siempre se han tratado de un tipo especial de acciones y no meramente de instrumentos de apelación. Asimismo, parece receptar las indicaciones que la jurisprudencia ha efectuado sobre el tema, permitiendo un mayor respeto al principio de tutela judicial efectiva y al derecho de defensa.

Sin embargo, surge una pregunta crucial: ¿es suficiente este artículo para resolver las vicisitudes que caracterizan a los recursos directos? Claramente no. Por un lado, la norma debe ser cumplida, de ahora en más, no solo por los tribunales de justicia al momento de analizar la admisibilidad de estos recursos, sino también por la propia Administración. Esta última debe acatar dicha manda al momento de analizar la elevación de los recursos, pero también debería considerarla al establecer nuevos recursos a través de decretos. No obstante, parece que esto no se cumple del todo. Un ejemplo de ello es la reciente normativa, como el Decreto 942/2024, que modifica la Ley 26.165. Dicho decreto establece que las resoluciones de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), cuando deniegan, hacen cesar o cancelan el estatuto de refugiado a determinado sujeto, podrán ser impugnadas mediante un recurso judicial directo en un plazo de solo 5 días hábiles desde su notificación, lo cual no respeta el nuevo plazo de 30 días establecido por la reciente regulación.

Por otro lado, aún quedan muchas cuestiones que la normativa actual no resuelve. Aunque se han establecido criterios comunes para la interposición de los recursos (como plazos mínimos y admisión de prueba), han quedado fuera aspectos cruciales como las cuestiones de competencia, la normativa procesal aplicable y, no menos importante, lo relativo a la ejecución de sentencias. Estos vacíos normativos pueden generar incertidumbre y complicaciones prácticas, tanto para los particulares como para los operadores jurídicos.

Es pertinente destacar que la unificación y clarificación de los procedimientos de recursos directos son pasos importantes hacia la consecución de un sistema judicial más justo y eficiente. No obstante, la efectividad de cualquier regulación depende en gran medida de su implementación y de la coherencia con otras normativas vigentes. En este sentido, es imprescindible que la Administración actúe con congruencia y adapte sus decretos y resoluciones a los nuevos estándares establecidos por la ley. De lo contrario, se corre el riesgo de perpetuar las inconsistencias y la inseguridad jurídica que se pretende resolver.

Además, sería beneficioso considerar una revisión integral del marco normativo de los recursos directos, que incluya no solo la clarificación de procedimientos, sino también la armonización de la normativa aplicable y la regulación detallada de la ejecución de sentencias. Solo mediante un enfoque holístico y coherente se podrá garantizar una verdadera tutela judicial efectiva y el pleno respeto al derecho de defensa de los administrados.

2. La eliminación del requisito de pago previo ha sido recibida con entusiasmo por la doctrina jurídica, que destaca la equidad y la justicia que esta medida introduce en el Derecho Administrativo. Con esta reforma, el Estado evita imponer cargas económicas que dificulten la impugnación de sanciones, lo que se traduce en un sistema judicial más accesible y que fomenta una relación equilibrada entre el ciudadano y la Administración.

Resulta una suerte de respuesta acabada a una antigua exigencia internacional de abolición del instituto. En efecto, importa recordar que, en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Montevideo en 1957, se abordó la cuestión del pago previo exigido por la Administración como requisito para interponer recursos administrativos y acciones de nulidad, y allí se concluyó de manera enfática que no debería existir ninguna norma que establezca tal obligación. Esta conclusión reflejaba un consenso sobre la necesidad de asegurar el acceso a la justicia sin trabas económicas impuestas por la propia Administración y ahora, a nivel nacional, se encuentra consagrada.

Al mismo tiempo, la supresión del pago previo parece entonar con la voz del Máximo Tribunal que, al hablar del Derecho Administrativo Sancionador, ha dejado sentado, desde antaño, que la capacidad de la Administración para aplicar sanciones está supeditada a la autorización por parte de la ley y, crucialmente, a que las decisiones correspondientes estén sujetas a un control judicial adecuado<sup>24</sup>. La supresión del pago previo de la multa no genera cuestión controversial alguna en términos constitucionales, pues antes de que la multa tenga efecto, un tribunal judicial independiente e imparcial, revisara de manera amplia la decisión y la revocará o confirmará<sup>25</sup>.

Otro aspecto crucial para considerar es que la modificación examinada respeta las garantías constitucionales en materia punitiva. Las sanciones administrativas del Estado derivan del considerable poder sancionatorio que conserva la Administración, especialmente en relación con las infracciones al ordenamiento jurídico que, por su escasa gravedad, no son calificadas como delitos y cuya punición se deja en manos de los jueces. Estas sanciones poseen un claro carácter

24 CSJN: “Roel y Cía.”, Fallos: 207:90; “Hijos de Domingo Parodi.”, Fallos: 207:165; “Dumit” 284:150; “Lapiduz”; Fallos: 321:1043

25 AZZARRI, Juan Cruz; *Derecho penal administrativo argentino*; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Marcial Pons; 2015; p. 74.

represivo, lo cual ha generado, desde hace décadas, un intenso debate acerca de su naturaleza jurídica y la posible aplicación de los principios del Derecho Penal Sustantivo.

En este contexto, hay dos posturas doctrinarias enfrentadas. Por un lado, ciertos juristas argumentan que las sanciones administrativas deben ser tratadas de manera diferente a las sanciones penales, basándose en una distinción cualitativa de naturaleza jurídica entre delitos y contravenciones. Según esta perspectiva, las sanciones penales castigan el contenido material de lo injusto, reflejado en el daño concreto y mensurable infligido a un bien jurídico protegido, ya sea de los ciudadanos o del propio Estado. En contraste, las infracciones administrativas se refieren a la inobservancia de órdenes o mandatos administrativos, o a la violación del deber genérico de obediencia y colaboración con la Administración pública, afectando principalmente intereses de tipo administrativo. Desde esta visión, los principios fundamentales del Derecho Penal no serían plenamente aplicables al ámbito administrativo sancionador, ya que persiguen objetivos distintos.

Por otro lado, existe la postura que defiende la identidad sustancial entre las sanciones administrativas y las penales, sosteniendo que deben aplicarse directamente los principios penales a las primeras. Esta tesis sostiene que entre los delitos y las infracciones administrativas solo hay diferencias formales y externas, no esenciales, por lo que deberían ser incluidas dentro del Derecho Penal Especial, también conocido como “Derecho Penal Administrativo”. Desde esta perspectiva, las infracciones administrativas pueden considerarse, en el peor de los casos, como “pequeños delitos”, pero delitos al fin y al cabo<sup>26</sup>.

Ahora bien, la reforma analizada parece acomodarse de una mejor manera con aquella doctrina que defiende la identidad entre las sanciones administrativas y las penales, criterio que –a la postre– terminó imperando en nuestra doctrina y jurisprudencia<sup>27</sup>, dado que –por ejemplo– podría decirse que al no requerir el cobro anticipado de aquella suma en, en definitiva, se está respetando el principio de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el derecho a una tutela judicial

26 MARIENHOFF, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B; Buenos Aires: Abeledo Perrot; p. 429.

27 CSJN, “Comisión Nacional de Valores c/ Telefónica Holding SA”, sentencia publicada el 16/06/12, Fallos 335:1089. En el precedente “Cristalux S.A.”, Fallos 329:1053), la Corte estableció –remitiéndose a los votos en disidencia en el fallo “Ayerza” Fallos 321:824 de ese mismo tribunal– que a raíz de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos mencionados, “no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía”, previsto en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –incorporados a nuestra Constitución Nacional por medio de su artículo 75, inciso 22–.

oportuna; que rigen plenamente en nuestro sistema penal garantista por aplicación directa del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional y artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por lo demás, la eliminación de esta regla no pondría en riesgo el normal funcionamiento administrativo debido a la ausencia de recaudación. No se advierte que la falta de ingreso del monto de la multa afecte específicamente el funcionamiento de la administración, ya que es evidente que la autoridad que impuso la sanción no pudo presupuestar estos recursos para el desarrollo de su actividad normal. Como ha sostenido la propia Corte Suprema, la salvaguarda del patrimonio nacional no puede depender de las multas como fuente de recursos fiscales, aunque estas puedan serlo de manera accesorias<sup>28</sup>.

Sentado lo anterior, nos encontramos también ante un cambio positivo en nuestro sistema judicial. No obstante, surgen también voces críticas que alertan sobre el posible aumento de la litigiosidad y una carga adicional en el sistema judicial. Esta observación, aunque válida, podría considerarse menor frente al avance que representa en términos de justicia y acceso equitativo. En el contexto de otras reformas similares en el ámbito internacional, la eliminación del *solve et repete* ha demostrado ser beneficiosa en la protección de derechos fundamentales, aunque en algunos casos ha demandado ajustes administrativos para manejar el incremento en el número de impugnaciones judiciales.

Por consiguiente, esta reforma, al derribar el muro del *solve et repete*, abre un camino más justo hacia la justicia contencioso-administrativa, equilibrando los derechos de los administrados con los intereses del Estado, y transformando así un paisaje jurídico antes desolado en uno más justo y accesible.

## 6. CONCLUSIÓN

Estamos presenciando el amanecer de una nueva etapa, una incipiente pero prometedora era que busca romper con el creciente fenómeno de restricciones al control judicial de la actividad administrativa, fenómeno que ha prevalecido en tiempos recientes. Esta transición simboliza un retorno a los principios fundamentales de justicia, donde la actividad sancionadora de la Administración no quede exenta del riguroso escrutinio judicial. En este renacer, se aspira a que cada decisión administrativa sea sometida a una revisión justa y exhaustiva, asegurando que los derechos de los ciudadanos no sean eclipsados por el poder estatal, sino que florezcan bajo la luz de un sistema jurídico más equilibrado y accesible.

La incorporación del artículo 25 *bis* en la LPA constituye una reforma trascendental que promueve una visión de justicia más accesible y moderna. La eliminación de la regla *solve et repete* en materia administrativa evidencia un firme

compromiso del legislador con la protección de los derechos de los particulares, permitiendo que los ciudadanos puedan impugnar sanciones sin sufrir el peso de condicionamientos económicos previos. A su vez, la parcial unificación del trámite de todos los recursos directos existentes en cuanto al plazo para su interposición, el mecanismo de elevación y la admisibilidad del ofrecimiento de prueba representa una respuesta a las críticas y necesidades planteadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Al eliminar el *solve et repete*, se da un paso significativo hacia la equidad y la accesibilidad de la justicia administrativa, derrumbando muros y fortaleciendo los principios de tutela judicial efectiva y debido proceso. Al unificar parcialmente la regulación de los recursos directos, se forja unidad en un sistema complejo e inequitativo hacia los particulares.

La nueva regulación se alinea con los estándares internacionales de protección de derechos y refleja un esfuerzo por modernizar el Derecho Administrativo argentino, respondiendo a los desafíos contemporáneos de transparencia y equilibrio entre el poder público y los derechos individuales. Sin embargo, aún persisten desafíos. Es que, la reforma deja sin resolver cuestiones esenciales, lo que podría generar incertidumbres en su aplicación práctica. Estos aspectos deberán ser abordados para consolidar plenamente este nuevo régimen.

Además, la efectiva implementación de esta norma requerirá la adaptación de la Administración y el cumplimiento riguroso por parte de los tribunales de justicia y la propia Administración en cuanto a la elevación y el establecimiento de nuevos recursos.

En última instancia, el desarrollo de la jurisprudencia y las intervenciones doctrinales serán determinantes para definir los alcances y consolidar los beneficios de esta reforma. La modificación de los recursos directos a través del artículo 25 *bis* de la LPA representan, sin duda, un avance hacia una justicia administrativa más justa y equitativa, fortaleciendo la relación entre los ciudadanos y la administración pública en nuestro país.

---

MAXIMILIANO NAHUEL CERTOMA

Es Abogado con orientación al Derecho Administrativo y Especialista en Finanzas Públicas y Derecho Tributario por la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Universidad Nacional de Tres de Febrero, la Universidad Nacional del Nordeste. Profesionalmente se desempeña en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Miembro activo de la Asociación Argentina

de Estudios Fiscales, de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional y de Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

**PABLO OSCAR GALLEGOS FEDRIANI**

Es Abogado especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y Doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Consulto en la materia de Elementos de Derecho Administrativo en la misma universidad. Juez de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

## LA COMPETENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

LILIANA HEILAND

Jueza de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. Inexistencia de norma general atributiva de competencia. 2. Oportunidades procesales para decidir la competencia. 2.1. Principio general. Excepciones. 2.2. Competencia y tutela cautelar en la Ley 26.854. 3. Categorías que hoy imperan. Dos importantes enfoques. 3.1. Derecho de preponderante aplicación en la controversia. El fondo sobre las formas. 3.2. Parte nominal y sustancial. Concepto y formas para detectarla. 4. Aplicación práctica de las categorías expuestas. 4.1. Conflictos más usuales con el Fuero Contencioso y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. 4.2. Conflictos con otros fueros federales. 5. Conclusión.\*

### **I. INTRODUCCIÓN. INEXISTENCIA DE NORMA GENERAL ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA**

Hace más de 20 años y desempeñándome por entonces como Fiscal Federal ante los Juzgados contenciosos de esta Capital<sup>1</sup>, critiqué el excesivo protagonismo que el legislador atribuyó al fuero para decidir la medida de su propia

\* El presente trabajo constituye una nueva publicación, con modificaciones de neto orden editorial y autorización de la autora, del homónimo publicado en BALBÍN, Carlos F., *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, t. I, 1º ed., Buenos Aires, Abeledoperrot, 2014, pp. 380-410.

Agradezco profundamente a Clara do Pico por sus valiosas observaciones y al Dr. Juan Scorza por sus incondicionales aportes. También, a la Dra. Gabriela Casanova por su ayuda en la investigación de las notas al pie y a quien siempre está, el Dr. Mariano Huber.

1 Por esos tiempos la primera instancia del Fuero, estaba integrada solo por 6 juzgados y una fiscalía. Hoy por doce juzgados y una fiscalía más. Así lo decidió la Ley 23.803 (del 22/08/90).

jurisdicción<sup>2</sup>. Hoy, pasados otros tantos y ya con los lentes del Juez, observo con pena que aquella situación no cambió, lo que obstaculiza el servicio de justicia<sup>3</sup>.

De entrada, porque la competencia configura una condición más de acceso al proceso que desmesuradamente elonga sus tiempos e inciden en su resultado, dada la natural inclinación de resolver según especialización. En la práctica cotidiana suelen verificarse un sinnúmero de conflictos cuyas vicisitudes nos afectan absolutamente a todos, Administración, Magistrados y particulares, por igual<sup>4</sup>.

También, porque las particularidades del proceso administrativo no aceptan soluciones improvisadas, ni la aplicación directa de principios utilizados por otras ramas del derecho<sup>5</sup>. Máxime, de cara a la bienvenida ampliación en el control de los actos administrativos<sup>6</sup>.

Finalmente, porque tras la búsqueda del Juez competente discurre una historia cargada de sentidos e intenciones que fueron variando con el devenir del tiempo<sup>7</sup>, tras las cuales se agitan nuevas y viejas polémicas no

2 HEILAND, Liliana “Competencia de los tribunales nacionales en lo contencioso administrativo federal”, II 1989-E, p. 810.

3 El acceso a la jurisdicción comporta la posibilidad de formular la pretensión ante un órgano jurisdiccional. El derecho al Juez natural comporta algo más: es necesario que el Juez sea aquél al que corresponde el conocimiento “según las normas vigentes con anterioridad” (GONZÁLEZ PÉREZ, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, Cuaderno Civitas, 1984, en especial pp. 90/91).

4 Dato sugerente: el primer caso que resolvió la Corte Suprema de Justicia dando comienzo a su labor jurisdiccional (hace ya ciento cincuenta años: “Otero v. Nadal” del 15/10/1863) fue en ocasión de resolver, justamente, un conflicto de competencia. Ver, ALFONSO SANTIAGO, “A ciento cincuenta años de la primera sentencia de la CSJ”, LL. del 15/10/13.

5 HEILAND, Liliana, “Proceso Contencioso administrativo y condiciones de admisibilidad” LL 1985-0-758.

6 En el ámbito federal, por ejemplo, la aplicación jurisprudencia de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados (difundida en Argentina por Carlos Grecco), ensanchó los márgenes del control de la discrecionalidad que hoy se vive como he cho normal. Ampliar en, GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en MUÑOZ - GRECCO, Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 719 y ss. También, GARCÍA PULLÉS, Tratado de lo contencioso administrativo, t. 11, p. 685 y ss.; SANCHEZ MORÓN, Miguel, Discrecionalidad administrativa y Control Judicial, Tecnos, Madrid, 1994, en especial p. 91 y ss. y SESFÍN, Domingo J., Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 358 y ss.

7 Ampliar en: BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 11, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 742; BIANCHI, Alberto, “Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública”, en Supl. Adm 2010 (agosto), p. 9; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, t. 1, Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 60 y ss.; FIORINI, Bartolomé, *Que es el Contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 190; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 11, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 632/644; GAUNA, Juan Octavio, “El Proceso Administrativo en el orden nacional argentino. Origen y evolución”, en

agotadas, singularmente coloreadas por poder servicios y sociedad, en constante movilización<sup>8</sup>.

Muy libremente visualizada la situación, se trata hoy de encontrar Juez competente para determinados conflictos administrativos deslindando el campo de aquello que ingresa en la órbita de la justicia ordinaria y/o federal, no contenciosa. Búsqueda que se dificulta ante la hermenéutica constitucional que no distingue, en nuestra ciudad Capital, entre Jueces nacionales y federales<sup>9</sup>, y que anuncia una competencia rebelde a la definición. Sin que a todo ello obste, que es la ley desde su sacralización y abstracción, la que debería articular los límites de toda jurisdicción.

---

CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 33 y “Responsabilidad del Estado. Su Jurisdicción”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, punto 111; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 11, 9ª ed., FDA, Buenos Aires, 2009, p. XIII-I; LINARES, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la justicia federal”, LL 1959-94, 696, Secc. Doctrina; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 106; POZO GOWLAND, Héctor M., “Organización de la Justicia Federal y el fuero contencioso administrativo de la Nación”, en CASSAGNE (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 139 y ss.; y “La competencia contencioso administrativa en el orden federal”, en CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 476; SALVATELLI, Ana, “La competencia contencioso administrativa”, en TAWIL (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 157; SEIJAS, Gabriela, “La materia contencioso administrativa”, en TAWIL (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 93 y ss.; SQRIA, Daniel F., “Consideraciones sobre el acceso a la justicia administrativa”, en CASSAGNE (dir.), *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 47 y ss.; TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 186 y ss.

8 Períodos de nacionalización, desnacionalización y/o privatización se suceden al compás de las urgencias vislumbrando con opuesta fuerza soluciones milagrosas que transforman las relaciones entre el Estado y la sociedad aplicando alternativamente derecho público y privado. Ver, asimismo, CASSAGNE, Juan C., “La Justicia Administrativa”, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, ya citado, en especial, pp. 18/26; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 4ª ed., Madrid, 1966, “Instituto de Estudios Políticos”; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo - RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1983; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, FDA, Buenos Aires, 2009, cap. V, pp. V1N20; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995; MUÑOZ, Guillermo A., “Derecho Público y Derecho Privado en la Organización de la Administración”, en obra colectiva, *Problemática de la Administración Contemporánea, una comparación europeo argentina*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 31/45; entre otros grandes maestros.

9 Ampliar en BAEZA, Carlos, *Exégesis de la Constitución Argentina*, t. 11, Ábaco, Buenos Aires, art. 116 de la Constitución, p. 455.

Es sabido, que no obstante el amplio arco temporal transcurrido desde la creación de los tribunales en lo contencioso federal<sup>10</sup> (y a diferencia de lo ocurrido en la inmensa mayoría de los ámbitos provinciales, extranjeros y aún del autónomo de la Ciudad de Buenos Aires), nunca llegó a dictarse norma específica para determinar su jurisdicción y tampoco sus procedimientos<sup>11</sup>, los que continúan diagramados sobre las bases del civil y comercial ordinario, incluso del ritual penal<sup>12</sup>.

Por el año 1950, hubo un símil de intento hegemónico que no fue complementado ni modificado por norma posterior. Lo hizo la Ley 13.998 (Organización de la Justicia Nacional) que transformó los viejos juzgados creados por la Ley 12.833 en “Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal”, atribuyéndoles conocimiento “en las causas contencioso administrativas”. No aclaró empero, qué debía entenderse y/o qué comprendía dicho rótulo. Salvo la atribución que allí efectuó respecto a los tributos nacionales, sus demás conceptos son casi tautológicos y poco aportaron

10 Sobre la evolución del contencioso administrativo ampliar en GAUNA, Juan Octavio, “El Proceso Administrativo en el orden nacional argentino. Origen y evolución”, en CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 33; HEILAND, Liliana, “Competencia de los tribunales nacionales en lo contencioso administrativo federal”, ya citado; POZO GOWLAND, Héctor M., “Organización de la justicia federal y el fuero contencioso administrativo de la Nación”, en CASSAGNE (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 138; MIGUENS, Pedro, “El proceso administrativo en el derecho argentino. Evolución Histórica”, en CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 105; MUÑOZ, Guillermo A., “El reclamo administrativo previo”, LL 1988-A, 1048.

11 Ello, no obstante, existir numerosos proyectos de Código, algunos que incluso, tuvieron trámite parlamentario y hasta media sanción del Congreso Nacional: a) Proyecto presentado por el diputado Baulina, 1947 (reproducido en los años 1936 y 1948). b) Proyecto elaborado por el Dr. Bartolomé A. Fiorini (comisión redactora de las universidades de La Plata y Buenos Aires), año 1963. c) Proyecto elaborado por la comisión integrada por los doctores Manuel M. Diez, José María Avila y Agustín A. Gordillo, año 1965. d) Proyecto elaborado por la comisión integrada por los doctores Miguel S. Marienhoff, Germán Bidart Campos, Jorge Tristán Bosch, Adalberto E. Cozzi y Juan Francisco Linares, año 1968. e) Proyecto elaborado por la comisión integrada por los doctores Miguel S. Marienhoff, Juan Francisco Linares y Juan Carlos Cassagne, año 1981. f) Proyecto del Dr. Juan Octavio Gauna (Expte. 3.350-D/92), año 1992. Ampliar en GAUNA, Juan Octavio, “Testimonio de un mandato”, Scriptorium Publishers, Buenos Aires, 1992, pp. 27/29. g) Proyecto de los doctores Miguel S. Marienhoff, Rodolfo Barra, Juan Carlos Cassagne, Julio Rodolfo Comadira, Carlos Manuel Grecco, Juan O. Gauna y Juan Carlos Cantero (presentado ante el Congreso Nacional por el Ministerio de Justicia de la Nación), año 1999 (disponible en [www.unlpam.edu.ar](http://www.unlpam.edu.ar)) h) Proyecto del Senador Marcelo A. H. Guinle (obtuvo media sanción del Senado de la Nación, Expte. 5-1360/07), año 2007 (disponible en [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)).

12 Ampliar en HEILAND, Liliana, “Proceso contencioso administrativo y condiciones de admisibilidad”, ya citado.

a la solución del problema. El fuero nació así, sin precisiones, sin proceso y sin contenido.

Paradójicamente, viene gestándose un proceso normativo inverso al ansiado. Se trata de leyes puntuales que, lejos de contribuir a otorgar coherencia y unidad a la riquísima línea jurisprudencial que los años sedimentaron, enlaza soluciones fragmentarias<sup>13</sup>.

Es más, en ocasiones, el legislador siguió una pauta que disolvió el tradicional proceso ordinario, al instaurar recursos directos que borraron la intervención de la doble instancia<sup>14</sup>, lo que es particularmente inquietante cuando se recurren medidas de naturaleza penal.

13 A mero título enunciativo, pueden citarse las siguientes normas: Ley 48 (establece la jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales, art. 2); Ley 12.591 (impugnación de las sanciones por incumplimiento al régimen de precios máximos y abastecimiento); Ley 13.998 (de organización del Poder Judicial de la Nación); Ley 20.091 (recurso opcional directo contra las resoluciones definitivas de carácter particular de la Superintendencia de Seguros, art. 83); Ley 21.499 (acción judicial de expropiación, arts. 18 a 27); Ley 21.844 (recurso directo contra las sanciones impuestas por incumplimientos al régimen del servicio público de autotransporte, art. 8); Ley 22.140 (recurso directo contra los actos administrativos de cesantía o exoneración del personal amparado por la estabilidad prevista en régimen de la Función Pública, art. 40); Ley 22.802 (recurso directo contra las sanciones impuestas por incumplimiento al régimen de Lealtad Comercial, art. 22); Ley 23.187 (recurso directo contra las sanciones impuestas por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, art. 47); Ley 24.065 (recurso directo contra las resoluciones definitivas del ENRE, art. 76); Ley 24.076 (recurso directo contra las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ENARCAS, art. 66); Ley 24.411 (recurso directo contra la resolución del Ministro del Interior que deniega en forma total o parcial la indemnización dispuesta para los causahabientes de personas que se encuentren en situación de desaparición forzada, art. 6); Ley 24.600 (recurso directo contra actos que dispongan la cesantía o exoneración de personal del Congreso de la Nación, art. 40); Ley 24.922, modif. por ley 25A70 (recurso directo contra las sanciones que imponga la autoridad de aplicación del Régimen Federal de Pesca, art. 59); Ley 25.164 (recurso directo contra las sanciones impuestas al personal amparado por la estabilidad del régimen del Empleo Público, art. 39); Ley 25.246 (impugnación de resoluciones de la Unidad de Información Financiera, art. 25); Ley 25.506 (impugnación de las sanciones impuestas por incumplimiento al régimen de Firma Digital, art. 45); Ley 25.871 (impugnación de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones, art. 98); Ley 26.020 (impugnación de resoluciones y sanciones impuestas en el marco del régimen regulatorio de la industria y comercialización de gas licuado de petróleo, art. 40); Ley 26.522 (impugnación de sanciones impuestas por incumplimiento de la ley de medios, art. 112); Ley 26.831 (recurso directo contra las sanciones impuestas por la CNV, denegaciones de inscripciones y autorizaciones, y acciones contra la ejecución de tasas, aranceles y multas y contra órdenes de allanamiento y designación de interventores por parte de la CNV, arts. 143 y 144).

14 Por ejemplo, las leyes que establecieron recursos directos por ante la Cámara del Fuero (sin que intervenga la primera instancia) para cuestionar decisiones de los entes reguladores de energía y gas; recursos que son normalmente utilizados por las empresas privadas gestoras de servicios públicos para cuestionar decisiones de las autoridades de control y no por los usuarios

Hubo también leyes desconcertantes que en algunas ocasiones revirtieron las competencias tradicionalmente atribuidas a otros fueros disponiendo en contra de pacíficos criterios preexistentes. Como la Ley 24.463 (de Solidaridad Previsional) que reformó el sistema integrado de jubilaciones y pensiones y el procedimiento judicial de la seguridad social, la que aun cuando por corto tiempo, invirtió el criterio tradicional de atribución por la materia y mantuvo la Alzada en otro Fuero<sup>15</sup>. Otro ejemplo es la Ley 26.831 (Mercado de Capitales)<sup>16</sup> que atribuyó competencia al fuero federal contencioso en cuestiones atinentes ciertos actos y/o pretensiones de la Comisión Nacional de Valores, tradicionalmente atribuidas al fuero Comercial<sup>17</sup>.

Esta casuística legislativa que no cesa de acumular competencias, es otro importante motivo para unificar, de una vez y con claridad, un aspecto tan complejo a la hora de interponer una demanda y que conspira con la prestación del servicio de justicia.

## **2. OPORTUNIDADES PROCESALES PARA DECIDIR LA COMPETENCIA**

### *2.1. Principio general. Excepciones*

La falta de sistema normativo específico para el proceso que nos ocupa, también obligó a tomar prestadas del ritual civil las oportunidades en que el Juez de origen puede, válidamente, desprenderse del conocimiento de un asunto que considera ajeno a su competencia. Lo que sólo sucede en dos oportunidades: al inicio de la acción o al tiempo de resolver una incidencia de tal naturaleza por las partes planteada (arts. 4, 10 y 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)<sup>18</sup>.

La solución luce acertada y se ajusta a la idea que impide prolongar indefinidamente la decisión frente a trascendentes razones de seguridad jurídica y

---

que normalmente acuden a las vías del amparo y/o al proceso sumarísimo. También en materia de cesantías y exoneraciones de los agentes públicos.

15 El art. 15 de la Ley 24.463 establecía que "... Las resoluciones de la Administración Nacional de Seguridad Social podrán ser impugnadas ante los Juzgados Federales en lo contencioso-administrativo de la Capital Federal...". A su vez, el art 18 disponía que "La Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social... intervendrá en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados mencionados en el artículo 15". El art. 15 fue sustituido en 1996 por el art. 3º de la Ley 24.655 que, finalmente, otorgó dicha competencia a los Juzgados Federales de la Seguridad Social de la Capital.

16 Sobre precisiones de la Ley 26.831 y concepto de oferta pública ver PAOLANTONIO, Martín E., "La oferta pública irregular en el Mercado de Valores y la ley 26.831" en LL 2013-E-800.

17 Ver arts. 143 y 144 de la Ley 26.831

18 Así lo recordó recientemente la Corte Sup., in re, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA v. UIF - resol 36/10", sent. del 27/08/13 que remite al dictamen de la Procuración General de la Nación del 11/07/12.

economía procesal, comprensivas de la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia.

Tal como lo sostiene nuestro Máximo Tribunal, "... la oportunidad para el planteo de cuestiones de competencia, dada la idéntica naturaleza de la jurisdicción ejercida por los tribunales nacionales, reconoce la limitación establecida por las correspondientes disposiciones procesales, pues sin perjuicio del carácter de orden público de las normas que la reglan, ...la misma condición tienen los preceptos legales que tienden a lograr la pronta terminación de los procesos, en tanto no se opongan a ello principios fundamentales que pudieran impedirlo".<sup>19</sup>

Naturalmente, también es extemporánea la declaración si medió la tramitación de todo un proceso judicial, con oportunidad de audiencia, prueba y hasta se dictó sentencia de fondo. Esta aclaración no es extraña y tiende a evitar situaciones perversas y lamentablemente no tan raras. Hay casos en que, dictada la sentencia de fondo, es el Tribunal de Alzada el que, entendiendo por vía de apelación, se limita empero a declarar la incompetencia del referido fuero<sup>20</sup>. Sin duda, con clara afectación de la cosa juzgada y agravio a los derechos de defensa y propiedad<sup>21</sup>.

Es más, muy recientemente la propia Corte Suprema dio un sano ejemplo. Volvió sobre sus pasos y revocando su decisión anterior (tomada por vía originaria) mantuvo la competencia que antes había declinado. Así lo hizo, al advertir que "al momento de emitir el decisorio recurrido las actuaciones se encontraban en estado de disponer el llamado de autos para sentencia..."<sup>22</sup>.

A las reglas expuestas excepcionan dos tipos de decisiones. Las de la Corte Suprema cuando interviene en instancia originaria y las de los Jueces Federales con asiento en las provincias. Estos últimos están habilitados para declararse incompetentes "en cualquier estado del proceso"; salvo en conflictos suscitados entre jueces federales<sup>23</sup>.

## 2.2. Competencia y tutela cautelar en la Ley 26.854

Recientemente el Poder Legislativo sancionó la Ley 26.854, específica para regular la tutela cautelar en causas en que es parte o interviene el Estado Nacional y/o sus entes descentralizados (art. 1).

19 Corte Sup., "Asociación Civil en Defensa de la Calidad de Vida v. Transportes Olivos SA s/ amparo", del 6/11/07. En idéntico sentido, Fallos 324:2492 ("Garay").

20 Corte Sup., Fallos: 308:607; 311:2308; 320:2023; 329:4184 y 5607; entre otros.

21 Corte Sup., "Irbas de Desimoni Cristina y Desimoni Remo v. HSBC Bank Arg. - Bco. Francés SA - Bco. Río de la Plata" del 1/4/08, remitiendo al precedente "Coceo" (Fallos 329:5607).

22 Sup., "Lacave Flora B y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" del 10/12/13 (LL, Supl. Adm., febrero 2014, p. 52/3).

23 Conf. Corte Sup., Fallos: 307:569; 311:2654; "Garugotti" del 23/11/95; 324:2492; 325:1606; Conf. también dictamen de la Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo, Dra. Laura Labarthe, *in re*, "Aliaga José O. v. EN - Mº Seg s/ Personal Mil" del 25/7/13.

Para lo que ahora importa, en su art. 2, se aparta de la solución que analógicamente y sin mayores inconvenientes, el fuero venía aplicando.

Con arreglo a lo previsto por el art. 196 del Código ritual civil, el Juez incompetente debía “abstenerse” de dictar medidas cautelares. Si lo hacía, la decisión no perdía validez, aunque no prorrogaba su competencia. Marco procesal que apuntaba pues a priorizar la tutela judicial efectiva (urgente), razón de ser de la cautela, por sobre aspectos atinentes a la competencia del Juez<sup>24</sup>.

Hoy, la finalidad del referido art. 2 parece ser la opuesta. Aun cuando el nuevo texto mantiene el criterio de abstención para el Juez incompetente, lo obliga a expedirse sobre la competencia en forma, al menos concomitante, a la resolución de la cautelar. Lo que de entrada parece conspirar con la urgencia; máxime, de cara a situaciones no tan extrañas de dudas en la atribución.

El problema se agrava cuando el *mismo texto niega eficacia a la cautela dictada por Juez o Tribunal incompetente*. Eficacia, que restringe a los supuestos que taxativamente allí indica<sup>25</sup> y que queda supeditada a razones diferentes a las tradicionales.

La conclusión a que arriba la letra de la ley es difícil de compartir y un tanto desconcertante. A ello suma que los debates parlamentarios nada explican sobre tan importante cambio.

En suma, desde la perspectiva que ofrece el nuevo texto, no sólo se supedita la resolución de la medida cautelar a otra decisión expresa (previa o al menos concomitante) sobre la competencia; sino que, para las situaciones no comprendidas en las excepciones (del art. 2 inc. 2)<sup>26</sup>, la cautela pierde eficacia.

¿Qué ocurre si la cautela se otorgó, está trabada y el demandado opone excepción de incompetencia triunfando en tal pretensión?, ¿la cautela pierde eficacia? ¿logra así el Estado otro camino para hacerla caer? Son éstas algunas cuestiones no previstas, que deberán también pretorianamente resolverse.

También vislumbran otras. Lo hacen de cara a la segunda parte del art. 20 de la Ley 26.854.

Ese texto legal prescribe que “... todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso

24 Conf. Corte Sup., Fallos: 307:569; 311:2654; “Garugotti” del 23/11/95; 324:2492; 325:1606; Conf. también dictamen de la Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo, Dra. Laura Labarthe, in re, “Aliaga José O. v. EN - M° Seg s/ Personal Mil” del 25/7/13.

25 Conf. Corte Sup., Fallos: 307:569; 311:2654; “Garugotti” del 23/11/95; 324:2492; 325:1606; Conf. también dictamen de la Fiscal Federal en lo Contencioso Administrativo, Dra. Laura Labarthe, in re, “Aliaga José O. v. EN - M° Seg s/ Personal Mil” del 25/7/13.

26 Que tienden a cubrir “... los derechos de los más desprotegidos y vulnerables...” (Diario de la Cámara de Senadores, miembro informante, 6ta reunión, 3 Sesión del 18/4/2013, p. 9).

Administrativo y un Juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal”.

La literalidad del nuevo texto, como norma posterior en el tiempo, modifica el sistema de organización de la justicia Nacional. Sistema con arreglo al cual, si el conflicto de competencia se plantea entre jueces y tribunales que no tengan órgano superior jerárquico común, es la Corte Suprema quien decide; salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, supuesto en que resolvería la Cámara del Juez que previno.<sup>27</sup>

Nuevamente, brotan interrogantes:

La nueva norma, ¿se aplica sólo en el ámbito de las medidas cautelares? El predominio que otorga el texto a la Cámara Contenciosa por sobre sus pares ¿arrastra también al juicio principal? Si el conflicto negativo de competencia está trabado en el juicio principal, ¿basta que se requiera una medida cautelar para modificar el Tribunal de Alzada que decide? Si se efectiviza la creación de la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso<sup>28</sup>, ¿el tribunal unificador ya no será la Corte Suprema de Justicia?

### 3. CATEGORÍAS QUE HOY IMPERAN. DOS IMPORTANTES ENFOQUES

#### 3.1. *Derecho de preponderante aplicación en la controversia. El fondo sobre las formas*

Tal como recientemente lo recordó la Corte Federal, la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto, dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero y para lo que ahora importa, lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales. En el segundo, procura asegurar esencialmente, la imparcialidad de la decisión y la armonía nacional.<sup>29</sup>

A partir de la creación del fuero contencioso federal y urgida por el vacío legal apuntado, la Cámara Federal con asiento en la Capital Federal (integrada en sus inicios por tres especialidades: Contencioso, Civil y Comercial y Penal) elaboró una rica jurisprudencia cuyos lineamientos de base, hoy se mantienen.

27 Ver, en especial dec.-ley 1285/58 (art. 24) de Organización de la Justicia Nacional y modificación ley 21708 (cód Procesal Civil y Ccial de la Nación).

28 Más allá de que, a la fecha, la justicia suspendió el art. 7 de la ley 26.853 que refiere a la designación de los miembros de las Cámaras de Casación creadas por el art. 1 de ese texto legal Juez Lavié Pico, a cargo del Juzg. Cont. Adm. Fed. n° 6, in re “CACBA y otros v. EN-PEN ley 26.853 si proceso de conocimiento” del 11/12/13).

29 Corte Sup., “Schroeder Juan v. Buenos Aires, Prov. s/ daño ambiental” del 1/8/13.

Ya por el año 1959, apuntó al carácter objetivo de las normas de preponderante aplicación. En autos “J.R. Kudrnac y Cía. SRL” señaló que “... el verdadero fundamento de la competencia del fuero especializado en materia contencioso administrativa está dado por *la norma objetiva que, de manera preponderante, ha de utilizarse para dirimir la contienda judicial ventilada*. Es decir, se procura que las cuestiones propias del derecho administrativo sean sustanciadas y resueltas por jueces especializados en tal disciplina...”<sup>30</sup>.

Concordantemente, por el año 1978, emitió otro fallo plenario no menos importante, que ratificó la línea. En “Miguel Boccoardo e Hijos Emp. Const. SI y otros” afirmó que correspondía “... determinar *prima facie* si la situación jurídica se desenvuelve en la esfera del derecho administrativo o si, (...) se está frente a una relación (...), regida por los principios propios del derecho común. Pero ello, obviamente, sólo en la medida necesaria para dirimir el conflicto y sin que implique avanzar juicio definitivo sobre cuál ha de ser, en última instancia, el régimen legal aplicable...”. Asimismo, ya por aquél entonces indicó “... *que el ámbito del derecho administrativo no se desnaturaliza Por la aplicación supletoria de institutos del derecho común*, llamados a integrar su regulación específica, conforme con el principio general del art. 16 del Código Civil...”<sup>31</sup>.

Pasados casi 40 años de la formulación de esta doctrina, se sigue entendiendo hoy, que la competencia especializada en lo contencioso no se define por el órgano productor del acto ni porque intervenga en juicio el Estado *latu sensu*, sino por la subsunción del caso al derecho administrativo. Esto es, por su contenido jurídico y por la rama del derecho de preponderante aplicación.

Varios fallos aclaran, además, que en nada incide a los efectos del Juez competente, que se impugne un acto administrativo (de alcance particular o general), pues no son las normas de procedimiento las que deciden la cuestión. La competencia, la voluntad y la forma de los actos administrativos se rigen por el derecho administrativo: es a través de actos administrativos como normalmente se expide la Administración Pública. Ese aspecto adjetivo no puede desplazar la influencia de las reglas de fondo que rigen el caso, ya que sólo a la luz de éstas podrán aplicarse rectamente las primeras<sup>32</sup>.

30 C. Fed., en Pleno, “J. R. Kudrnac y Cía. SRL s/rec. amparo” del 4/8/59, LL 96-243.

31 C. Fed., en Pleno, “Miguel Boccoardo e hijos y otros c. Banco Hipotecario Nacional” del 30/5/78, LL 1978-C, p. 5 y JA 1978-111, 274.

32 Ya por el año 1998, la Corte (haciendo suyos los fundamentos del dictamen de la entonces Procuradora Fiscal, Dra. Reiriz) precisaba que: la competencia del fuero contencioso administrativo “no se define por el órgano emisor del acto impugnado, por el carácter de fa parte o por el hecho de que se plantee la nulidad de un acto administrativo, sino por la aplicación de normas de derecho administrativo para regir la cuestión litigiosa” (Fallos 321:720, “Administración Nacional de Parques Nacionales v. Puelman, Ramón Edgardo” del 2/4/98). Ello, en concordancia con la doctrina según la cual la competencia es definida por la materia en debate: Fallos 244:252 (“Hassanie,

Conforme a la línea jurisprudencial expuesta, debe pues estarse a las normas sustantivas fundamento de la pretensión, al fondo del litigio, ya que éstas prevalecen sobre las que atienden al aspecto meramente procedimental relativo a los vicios que el acto pudiera contener.

Por lo demás, la competencia por razón de la materia y en particular la federal es improrrogable por su propia naturaleza, sin que pueda ser alterada por la voluntad o silencio de los litigantes<sup>33</sup>; siempre claro está, con arreglo a las oportunidades procesales ya expuestas.

No obstante, el tiempo transcurrido y la pluralidad de fueros federales y nacionales en funcionamiento, machaconamente insisto en que sigue confundándose la competencia contencioso-administrativa federal con las demandas contra el Estado Nacional.

En suma, no es la presencia del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, la que decide la competencia. Lo hace la sustancia, el derecho de fondo, de preponderante aplicación. Deviene competente el contencioso federal cuando media lo que Linares llamó “doble grado de juridicidad” y/o doble juridicidad<sup>34</sup>; cuando el derecho administrativo rige tanto en cuanto a la forma como en cuanto al fondo de los actos y/o conductas impugnadas<sup>35</sup>.

---

Mohamed M. v. Prov. de Chubut”); 253:25 (Ducilo SA v. Asociación Obrera Textil”); 295:112 (“Sade SACCIFIM y otros v. Nación”); 298:446 (“Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles v. Colombo Criado, Celia J.”); 300:484 (“Electrocolor SAIC. v. Nación”); 300:1148 (“Luis Obdufit Lugones v. Nación Argentina”); 303:568 (“Vescovo, Alberto v. Unión Docentes Argentinos”); 310:1555 (“Correa, Marcial v. Obras Sanitarias de la Nación”); 331: 2777 (“Lavados Bello, Iris Doemí y otra v. Chubut”) y 333:60 (“Total v. Pcia. de Misiones”). Idéntico criterio surge de la jurisprudencia de las distintas Salas del Fuero: CNCAF, Sala I, “Comelli Duarte de Amuchástegui” del 28/7/81 y “Coop. de Vivienda C y C para el Desarrollo Ltda. v. EN - INSSJP si proceso de cono cimiento”, del 28/09/10; Sala 11, “Obra Social de MOSP s/nul. acto adm.” del 24/4/86 y “Thomas, Enrique L. v. EN - ANSES” del 10/05/11; Sala 111; “Carnero” del 7/8/84, “Domínguez, Pedro F. v. Gobierno Nacional Georgias del Sur SA y Estado del Reino Unido de Gran Bretaña” del 23/03/98; y, “Santoandré, Ernesto v. Estado Nacional” del 12/06/90; Sala IV, “Requeira c. Caja de Previsión” del 27/12/85, “Gómez Cristian R. v. EN - Mº Economía - BCRA - AFIP”, del 1/11/12 y “Cablevisión SA v. EN - Mº Economía - SCI”, del 29/11/11; y Sala V, “Fabris, Marcelo v. ANA” del 14/03/89 y “DYAT SA v. EN - Mº Producción - SAGPyA” del 9/03/11; entre muchos otros.

33 Conf. doc. Fallos CSJ 306:1056; 307:505; 311:1821; 312:393; 314:1076; 315:2300; 319:1397; 324:2078 y 2489; 325:1723; 327:467, 1211 y 3883; 328:1248 y 3906; 329:2790 y 3459, “Camuzzi” del 8/4/08; Juzg. Cont. Adm. Fed. 1 O *in re* “Compañía Transporte Energía Elecalt Tensión Transsener v. Líneas Comahue de Cuyo” del 10/2/14; entre otros).

34 LINARES, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal”, LL 94-925.

35 12/06/90; Sala IV, “Requeira c. Caja de Previsión” del 27/12/85, “Gómez Cristian R. v. EN - Mº Economía - BCRA - AFIP”, del 1/11/12 y “Cablevisión SA v. EN - Mº Economía - SCI”, del 29/11/11; y Sala V, “Fabris, Marcelo v. ANA” del 14/03/89 y “DYAT SA v. EN - Mº Producción - SAGPyA” del 9/03/11; entre muchos otros.

(i) *Emergencia Pública y Régimen Cambiario (corralito financiero)*

*Plenario Cámara Federal Contenciosa “Jaimovich v. EN (PEN)” (2002)*

Mucho más acá en el tiempo (año 2002), la Cámara Federal se hizo oír en otro Plenario. Lo hizo en etapa de singular zozobra y tortuosos conflictos en los que se interpusieron decenas de miles de acciones que colapsaron los tribunales argentinos, en especial, el federal contencioso. Fuero ante el cual llegaron a presentarse más de 200.000 acciones de amparo<sup>36</sup>.

En sustancia, se cuestionaba el nuevo orden jurídico diagramado con raíz en la emergencia declarada, por entonces, por la Ley 25.561 (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario).

En ese particular momento de nuestra historia se reunió el Pleno para “unificar criterios” y decidir sobre la atribución de competencia en una acción de amparo interpuesta por un particular contra el Poder Ejecutivo Nacional. *Se cuestionaba allí la constitucionalidad de normas cambiarias que impedían al actor cumplir un contrato de mutuo*, pactado originalmente en dólares estadounidenses.

Mayoría y minoría coincidieron en la incompetencia del fuero contencioso administrativo, por lo que la discusión quedó circunscripta al fuero de atribución.

Finalmente, la mayoría dispuso que: “es competente la Justicia en lo Civil y Comercial Federal en los juicios en que se cuestione la constitucionalidad de la aplicación del coeficiente de estabilización de referencia (CER) –Decreto 214/02 (arts. 4º, 6º y 12), Decreto 320/02, resolución 47/02– en los préstamos con garantía hipotecaria otorgada a través de entidades financieras”.

La minoría postuló la intervención de la Justicia Nacional en lo Civil. Fundó su postura en el carácter nacional de los jueces capitalinos y en que se perseguía el cumplimiento de un contrato privado que el Estado afectó con fundamento en la emergencia. Insistió en que se trataba “... de una relación de derecho privado sobre la que incide una norma, cuyo planteo de inconstitucionalidad (...) excluye la defensa directa (...) del Estado y debe ser debatido no con el órgano del que

36 Los primeros pleitos que tales normas cuestionaron se iniciaron en la Capital por ante el Fuero Federal en lo Contencioso Administrativo. Urgida por los tiempos y sin decidir aún respecto al fuero competente, el desborde de demandas hizo que la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (por Acordada 46/02 del 26 de diciembre de 2002), pusiera en conocimiento del Máximo Tribunal la imposibilidad material para dar trámite a las (por entonces) más de 30.000 acciones de amparo allí iniciadas. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema, por vía de Superintendencia y a fin de resolver la marcada excepcionalidad del momento, distribuyó su tramitación ante las secretarías de primera instancia de los Juzgados Nacionales en lo Civil y Comercial Federal, en lo Civil y del Trabajo, con sus respectivas Cámaras de Apelaciones como Tribunales de Alzada. Se tuvo en mira “superar la situación de efectiva privación de justicia que se hubiese ocasionado ante la ostensible insuficiencia de la infraestructura con que cuenta el fuero en cuestión para atender los asuntos de la naturaleza indicada” (v. Acordadas CSJ 3, 11, 7, 11 y 15/02, 1/03 y resoluciones CSJ 677, 678 y 1022/2002; luego dejadas sin efecto por Acordada CSJ 24/06).

emanó aquella (...) sino con la otra parte del contrato jurídico, deudora de la prestación y de quien no podrá prescindirse al trabar la *litis*<sup>37</sup>.

La postura triunfante, coincidiendo en que se perseguía el cumplimiento de un contrato de derecho privado afectado por una norma de emergencia, priorizó la intervención del fuero federal por entender que el Estado Nacional "... ha sido correctamente demandado (...) atento a que se encuentra afectado el desenvolvimiento de una actividad de interés estatal...".<sup>38</sup>

(ii) *Corte Suprema de Justicia: "Viejo Roble" (2003)*

A casi un año de "Jaimovich", la Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia, que no obstante haberse tomado en tiempos de dura coyuntura, es a la fecha, la decisión más receptiva y abarcadora de las reglas hasta ahora expuestas<sup>39</sup>.

El disparador de ese valioso fallo fue un conflicto puntual que vinculaba a dos particulares que discutían el régimen cambiario (Dec. 214/02 y dos Comunicaciones "N" del Banco Central de la República Argentina) en tanto afectaban un contrato de mutuo pactado originalmente en dólares estadounidenses que dio lugar a mutuas atribuciones de competencia entre las Cámaras Federales en lo contencioso y en lo civil, respectivamente.

La Corte, trepando por encima de los límites que fijaba el caso, orientó el camino a seguir en otros posibles, visualizados según se demandara exclusiva y/o concomitantemente, a sujetos públicos.

Luego de recordar el carácter nacional de los Jueces de la Capital, indicó que el Estado no es parte sustancial cuando se lo demanda por actividad legislativa<sup>40</sup>. Lo determinante "... es la naturaleza de las relaciones jurídicas involucradas y las normas que se utilizarán para resolver la controversia", a lo que debe estarse por sobre el ejercicio de autoridad que el estado de emergencia traduce. La solución de cada conflicto corresponderá a los distintos fueros "... de acuerdo con la materia que se debata y con los criterios tradicionales de delimitación de competencia entre ellos".

La emergencia advirtió "... se proyecta por igual, sobre relaciones regidas tanto por el derecho público como por el derecho privado y la existencia de un

37 Doctrina que parece haber inspirado a la C. Fed. Cont. Adm. (Sala IV), 10 años después, en "C.D.M. v. EN - M<sup>o</sup> Economía - AFIP - Resol. 320/11" (del 6/09/12) donde al confirmar el rechazo a una cautelar tendiente a comprar dólares para cumplir un contrato de compraventa (originariamente en moneda extranjera pactado) aludió a "... la posibilidad de acudir al empleo, ante el fuero competente, de la vía que autorizan los arts. 756 a 759 del Cód. Civil" (ver, cons. V, último párrafo).

38 Plenario "Jaimovich", voto de los Ores. Herrera, Mordeglia, Argento y Galli, integrantes de la mayoría.

39 Corte Sup., "Viejo Roble SA c. Bank Boston NA" del 30/09/03, publicado en LL, 2003-F, 758; ED 04/11/2003,4; DJ 2003-3, 667; y JA 2003-IV, 111.

40 Doctrina de fallos: 321:551; 325:961

estado de esa naturaleza...” no hace automáticamente al contenido público del pleito que otorgue competencia a los jueces en lo contencioso administrativo federal.

Es más, aclaró que, cuando la pretensión se dirija contra el Estado, exclusivamente como emisor de normas, el Juez competente deberá indagar si hay “caso” contencioso (toda vez que ello no ocurre cuando se pretende una declaración general y directa de inconstitucionalidad).

Con sano espíritu distributivo agregó que una solución diferente conduciría a que todas las causas que se vean afectadas por normas de emergencia deban ser resueltas por dicho fuero, situación francamente inaceptable que colapsaría además el sistema de administración de justicia<sup>41</sup>.

Si se demanda a una entidad financiera (que por Ley 25.587, imponía el Fuero Federal) y/o conjuntamente al Estado (como emisor de normas) en una relación ‘entre particulares regida por el derecho privado (contrato de mutuo), corresponde atribuir competencia al fuero nacional en lo civil y comercial federal.

Por último, si en el pleito intervenían sólo particulares (casos de mutuos hipotecarios o prendarios) o se demandaba a aquéllos y al Estado (como legislador) la situación también se regía por el derecho común, por lo que debía ventilarse ante la justicia ordinaria de la Capital (que también es nacional) en los fueros civil, comercial, laboral, etc., según corresponda por la materia sustancial<sup>42</sup>.

41 Lo que ratifica la doctrina de los Plenarios de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo a que antes referí: “Kudrnac”, “Boccardo” y “Jaimovich”.

42 Bastante más aquí en el tiempo, la Cámara Nacional en lo Comercial parece haber receptado esta frondosa doctrina. Lo hizo la Sala A, el 12/08/13 en los autos “Szwarc, Rubén M. v. EN *si* Medida Precautoria”. Lo hizo al confirmar la incompetencia dispuesta por el juez de grado, con motivo de la atribuida por ley 26.831 (Mercado de Capitales). Recordó que en el ámbito de esta Ciudad Capital “...no existe diferenciación sustancial desde el punto de vista constitucional entre órganos judiciales ordinarios y federales, por cuanto unos y otros tienen carácter nacional...” ya que ... “la denominación ‘en lo federal’ atribuida a alguno de ellos es solo indicativa de una mera atribución de la competencia, fundada en razones de división de trabajo”. Es más, explicó que ese fuero “... nacional en lo comercial, entiende permanentemente en la interpretación y aplicación de leyes federales como acontece al conocer en los recursos incoados contra decisiones adoptadas por organismos que tienen que ver con la materia comercial dependientes de otros departamentos del Estado Nacional en cuestiones de carácter federal. Como acontece con las que adopten, tanto la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, la Inspección General de Justicia, el Banco Central de la República Argentina y la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN)”. Concordantemente, ver CANDA, Fabián O., “La competencia contencioso-administrativa. Criterios seguidos jurisprudencialmente para su determinación”, en prensa; donde propicia la exclusión del Juez versado en derecho administrativo en cuestiones atinentes al funcionamiento, fusión, etc. de las sociedades comerciales, fiscalizada por la Inspección General de Justicia.

Las implicancias de esta doctrina trascienden en el tiempo. Basta para visualizar la actitud del legislador, quien inmerso en la rutina de la excepción, metódicamente viene prorrogando la emergencia<sup>43</sup>.

A lo que hoy suma, la emisión de otras tantas normas restrictivas, también en materia cambiaria<sup>44</sup>.

Situación que hace ya más de una década, con filosa inteligencia, describía el Juez Muñoz: “... al comenzar el siglo se nos dijo que –aunque no estamos en una situación de emergencia económica– podemos llegar a estarlo, que estamos en una potencial emergencia fiscal, que es necesario prevenir, se trataría de una emergencia preventiva. Sobre tan endebles bases se sancionó la Ley 25.344 declarado una emergencia económica y financiera que aparentemente no existía. Después y siempre sobre la base de esa emergencia, se sancionó la Ley 25.414 de delegación de atribuciones legislativas; luego la Ley 25.453 que instaura un régimen de equilibrio fiscal con equidad...” y de déficit cero<sup>45</sup>.

### 3.2. Parte nominal y sustancial. Concepto y formas para detectarla

Es cierto que conforme al esquema constitucional vigente corresponde a la Corte Suprema y tribunales inferiores de la Nación conocer de los asuntos en que la Nación es parte<sup>46</sup>, quien tiene derecho al fuero federal<sup>47</sup>.

A los efectos de que la Nación pueda ser tenida como parte en el juicio, es necesario que ella participe nominalmente –ya sea como actora, demandada o

43 Incisivamente, Carlos Grecco nos enseñaba que la crisis es causa directa de la emergencia e “indefectible letanía de cada nuevo ejercicio de poder...”. La crisis ha sido invocada en 1962, 1966, 1973, 1976, 1982 y 1985 y la ley 23696 de Reforma del Estado no trata una emergencia acantonada sino total (conf. MUÑOZ - GRECCO, “Emergencia y derecho” en *Fragments y Testimonios del Derecho Administrativo Ad-Hoc*, 1999, pp. 499/511).

44 A la Ley 25.561 (de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario) le sucedieron prorrogas que la trasladan hoy al 31/12/2015 (Leyes 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563 26.729 y 26.896).

45 A la Ley 25561 (de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario) le sucedieron prorrogas que la trasladan hoy al 31/12/2015 (leyes 25.972, 26.077, 26.204, 29.339, 26.456, 26.563 26.729 y 26.896).

46 Art. 116 CN, art. 2 inc. 6 y 12 Ley 48 y Corte Sup., Fallos 308:2033 y 328:86, entre otros.

47 A diferencia de lo ocurrido con la atribución de competencia seguida, como principio, por el Código Contencioso-Administrativo y Tributario (Ley 189) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Norma que, apartándose de las soluciones adoptadas en los códigos provinciales, siguió en realidad un criterio rigurosamente subjetivo. Criterio que consolida la unidad de jurisdicción para la administración, y en el que no importa tanto la función administrativa como elemento determinante de la competencia, ni el derecho de predominante aplicación. Define a las causas contencioso administrativo como aquellas en que sea parte una autoridad administrativa, cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.

tercero— y sustancialmente, es decir que tenga en el litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.

La noción de parte debe pues visualizarse, acudiendo a la doctrina de la *participación nominal y sustancia*<sup>48</sup>. Categorías que la Corte Federal viene analizando con riqueza argumental particularmente sugerente y de muy práctica aplicación.

Se trata de aquellas situaciones en que se pretende incluir como parte en el juicio (y/o como litisconsorte y/o como tercero) a una persona al efecto de integrar con ella la relación jurídica sustancial fundamento de la pretensión. No es raro que ello ocurra; generalmente tras el disfraz de una supuesta omisión en el cumplimiento de funciones estatales específicas. Se pretende traer a juicio a la Nación, para provocar por vía subjetiva una competencia que no es preponderante de derecho público.

Asimismo, esa calidad de parte debe surgir en forma manifiesta de la realidad jurídica y más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales; pues lo contrario, importaría dejarles librada la determinación de la competencia del Tribunal, lo que corresponde evitar<sup>49</sup>, imponiéndose también la pretensora el deber de individualizar y concretar los hechos u omisiones gravosas, en que hubiera incurrido la autoridad de que se trate<sup>50</sup>.

#### 4. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS CATEGORÍAS EXPUESTAS

##### 4.1. Conflictos más usuales con el Fuero Contencioso y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires

Al son del nuevo estatus jurídico reconocido a la Ciudad de Buenos Aires en la última reforma constitucional (1994)<sup>51</sup>, se le asignó un régimen de gobierno

48 Recientemente recordada en: “Compañía de Tierras del Sud Argentino SA v. Chubut, provincia del y otros si acción declarativa”, del 4 de febrero de 2014. También, Fallos 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322: 1422, 1511 y 2105; 330:4804; y 331:2784, entre muchos otros.

49 Corte Sup., Fallos: 307:2249; 308:2621; 314:405 y 1076; 321:2751; 322:2370; 325:1723; 327: 467, 1211 y 3883; 328:1248 y 3906; 329:2790, 3459 y 4667; “Cía. de Tierras del Sud Argentino v. Chubut Prov s/ acc declarativa” del 4/2/14 ya citada; C. Nac. Com., Sala D, “Consumidores Financieros Asoc Civil para su Defensa v. Berkley Int Seguros SA si ordinario” del 10/9/2013 OA 2014-1).

50 Conf. Corte Sup., “Cía de Tierras del Sud Arg.”, ya citado. En esta línea, la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, in re “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa v. Berkley Int. Seg s/ Ordinario” del 10/9/13, dejó sin efecto una integración de litis con la Superintendencia de Seguros de la Nación. Lo hizo, aun cuando dicha entidad autorizó la cláusula del contrato de seguro que vinculó a las partes y ostente “...facultades de control y fiscalización de las entidades aseguradoras ...”, pues “...no se aprecia que ... integre la relación jurídica sustancial ... fundamento de la pretensión”. (REDA) 33/35, pp. 329/350.

51 En línea con el art. 129 CN –incorporado en la última reforma (1994)–, se sancionó la ley 24.588 (conocida como “Ley Cafiero”) para garantizar los intereses del Estado Nacional

autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, insusceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por ley.<sup>52</sup>

La acotada extensión de este trabajo impide profundizar en el interesante aspecto referido a tan particularizado perfil<sup>53</sup> y/o a la resignación de facultades jurisdiccionales propias. Status que es evidente, no se identifica con el de municipal y que más bien parece acercarse al de las provincias.<sup>54</sup>

---

mientras la Ciudad de Buenos Aires sea Capital de la República, que dispuso sobre la integración del Poder Judicial de la Ciudad (justicia contravencional y de faltas, vecindad y contencioso-administrativo y tributario (art. 8)). A su vez, la Ley 7 de la CABA (Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) dispuso sobre la integración de “la justicia en lo contencioso-administrativo y tributario para que entiendan en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado” (art. 48). En el año 1997 se sancionó la Ley de Procedimientos Administrativos local (Ley 1510). Concordantemente, en 1999, por Ley 189, se aprobó el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, cuyo art. 2 prescribió que: “Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado”, agregando además que “... la competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público”. En el año 2009, la Ley 3.318 amplió la estructura orgánica de la justicia en lo contencioso administrativo y tributario, contando actualmente dicho fuero con 24 Juzgados de primera instancia y 3 salas que integran la respectiva Cámara de Apelaciones. Ampliar GAUNA J. O., MARCER E. y BARBAGELATA, Jorge, “Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires”, RAP Suplemento especial n° 1, Buenos Aires, 1998; MARIANELLO, Patricio, *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Grun, Buenos Aires, 1999; entre otros.

52 Ampliar en señero y abarcador trabajo de JUAN LIMA, Fernando (con colaboración de SOLER, Analía), “La competencia del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en *Revista de Derecho Administrativo*.

53 Ver, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad A. de Buenos Aires, “Unión Transitoria SA y otros v. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 17/09/02, dónde, con notable erudición se analizando históricamente los antecedentes legales y la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes y después de la reforma de 1994, tuvo como premisa que al dotarse de autonomía al Gobierno local, disminuyó la atribución del Gobierno nacional, quien sólo conserva el poder que la Constitución Nacional no atribuyó a la Ciudad. Ampliar en: BIELSA, R. y GRAÑA, Eduardo, *Poder Judicial y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995; DE GIOVANNI, Julio, “La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995; DE LA RÚA, Jorge, “El nuevo status jurídico de la ciudad de Buenos Aires” LL 1994- E-1122; FERREYRA, Raúl G., “La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Depalma, Buenos Aires, 1997; GAUNA, “Poder Central y Poder Local”, LL 1996-D-1500; MASNATTA, Héctor, “La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires”, LL 1996-D-1465; SAGÜ S, Néstor, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1996; MORELLO, Augusto, “El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, ED del 2/12/97; entre otros.

54 Corte Sup., “Castillo A. S. v. Cerámica Alberti SN” del 07/09/04 (Fallos: 327:3610). En especial cuando indica que “...las facultades de las provincias son inherentes al concepto jurídico de autonomía...”. Ver también disidencia de la Dra. Argibay, al que adhirió el Dr. Zaffaroni, en “GCBA v. Tierra del Fuego” del 18/12/07 (Fallos 330: 5279). C. Apel. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala

Dejando el problema solamente esbozado y circunscribiéndome al propósito aquí fijado, sólo puedo referir algunos de los más usuales conflictos entre ambos fueros suscitados.

*(i) Ejecuciones Fiscales iniciadas por el Gobierno de la Ciudad contra el EN y/o sus entes*

A pocos años de la creación y puesta en funcionamiento del fuero contencioso local, surgieron los primeros conflictos de competencia con su par federal<sup>55</sup>.

Entre ellos, visualiza la demanda del Fisco local por cobro de tributos. El conflicto estalló cuando las respectivas ejecuciones las promovió contra autoridades federales; cuando pretendió traer a juicio como ejecutada, a la Nación.

¿Debía el Fisco local litigar ante el respectivo fuero local? La justicia local declinó su competencia atribuyéndola al contencioso federal, invocando para ello el art. 116 de la Constitución Nacional. Esta última hizo lo propio, pero atribuyéndola a la Corte Suprema como único tribunal que satisfacía las prerrogativas del estado Nacional y del local (arts. 116 y 117 CN). También, y apuntando, ya a la materia, por no tener asignada competencia para conocer en tributos locales sino en los nacionales (art. 45 inc. 6º, Ley 13.998).

Como último tribunal, la Corte devolvió los autos a conocimiento del contencioso federal, insistiendo, en esencia, en que la Ciudad de Buenos Aires no es provincia argentina<sup>56</sup>, lo que aleja ese decisivo privilegio<sup>57</sup>.

Una vez puestos en funcionamiento los Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias<sup>58</sup>, a ellos se trasladó esta atribución de competencia<sup>59</sup>.

3, "GCBA s/ procesos incidentales - expte. 2970/1", del 6/09/13, disidencia de la Dra. Gabriela Seijas; BIDART CAMPOS, Germán - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La competencia originaria de la CSJ y la Ciudad de Buenos Aires", LL 2001-C. Sobre los alcances de autonomías provinciales, ver SABSAY, Daniel A., "El federalismo y la incorporación de la noción de región en la reforma constitucional de 1997", LL 2013-C,1172 y ss.

55 Sobre los conflictos atributivos del fuero en lo contencioso y tributario de la Ciudad de Buenos Aires ver trabajo de JUAN LIMA Fernando (y SOLER, Analía), "La competencia del Fuero Contencioso administrativo...", ya citado. También interesante perspectiva de UGOLINI, Daniela, "los Conflictos de competencia en la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad, siguiendo jurisprud. de la Corte", LL, Suplemento Adm. 2010 (agosto), p. 269.

56 Corte Sup., Fallos 315:2294; 322:2856; 323:1199; 327:2536; 327:5254; 329:1385; 330:4682; 330:5279, entre otros.

57 Ver jurisprudencia citada en nota al pie 657 *supra*. También Corte Sup., GCBA v. Ferrocarriles Argentinos Bme. M. s/ ejecución fiscal", sentencia del 24/06/04 (Fallos 327:2536, por remisión al dictamen del 23/04/04). Fallos: 322:2856; 323:1199; 328:86; entre otros.

58 Por ley 25.293 se crearon, en lo que aquí interesa, 6 Juzgados Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias con jurisdicción territorial en la Capital Federal y con competencia específica en materia de ejecuciones fiscales tributarias (art. 1).

59 Corte Sup., "GCBA v. EN - Mº de Justicia y/o Propietario Av. Juan de Caray 2158 s/ ejecución fiscal", dictamen del 27/04/11 al que remite la CSJ en sent. del 23/08/11.

*(ii) Tributario local*

Es posible que una de las aplicaciones más potentes de la doctrina federal que atribuye competencia en razón de la materia y/o del derecho de preponderante aplicación, se proyecte en pleitos en que el Gobierno Nacional no es parte; en los que el demandado es el Gobierno de la Ciudad. Pleitos en que no se discute un tributo nacional sino uno local<sup>60</sup>.

Me refiero a dos recientes casos, también zanjados por la Corte Suprema.

El primero en el tiempo, atañe al transporte de energía eléctrica. El otro, a las telecomunicaciones<sup>61</sup>. Los dos trataron conflictos positivos de competencia trabados entre las respectivas Cámaras contenciosas: la local y la federal; y terminaron asignados al contencioso federal.

Para ello, aun admitiendo el origen local del tributo cuestionado, la Corte indicó que *lo medular del planteo* exigía, esencial e ineludiblemente, determinar si la pretensión de la Ciudad de gravar con un impuesto local (al transporte interjurisdiccional de energía eléctrica y al servicio público de telecomunicaciones, respectivamente), *invadía o no un ámbito que es propio de la Nación*, ya que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Federal<sup>62</sup>.

En “Transnoa” la actora (invocando su condición de titular de la concesión del servicio público del transporte de energía eléctrica en diferentes provincias argentinas) había promovido la demanda contra la Ciudad de Buenos Aires

60 Recuérdese que el fuero local, como principio, acudió normativamente a un factor subjetivo para la atribución de competencia, por lo que mientras sea Ciudad Capital, conoce asimismo en litigios donde la materia de preponderante aplicación no es la específica contencioso administrativo y tributario local, sino civil, comercial y/o laboral.

61 Corte Sup., “Transnoa SA v. Ciudad A. de Buenos Aires - ley 15.336 24.065 s/ proceso de conocimiento”, dictamen del 2/11/11 y sentencia del 17/04/12; e “Impsat v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires /s proceso de conocimiento”, dictamen del 25/06/13 y sentencia del 1/10/13.

62 Corte Sup., “Impsat”, ya citado. En concordancia con lo que ya había resuelto en el año 2008, *in re*, “Proconsumer v. Cía de Teléfonos del Interior”. Donde, no obstante haberse planteado el conflicto negativo entre Comercial y Civil y Comercial Federal, la Corte atribuyó la competencia a Federal Contencioso, por entender que deberían analizarse normas de naturaleza federal, como son las dictadas por el Estado Nacional en ejercicio de las facultades que le confiere la ley 17.798 (de telecomunicaciones)” y se encuentra en tela de juicio el régimen tarifario vigente, de lo que resulta clara la prioritaria relevancia que los aspectos propios del derecho administrativo asume para la solución del caso”. Es más, diferenció el caso del precedente “Davaro” porque la cuestión debatida “no está ceñida, exclusivamente, a una relación contractual entre particulares, ni se trata de una desavenencia comercial (del dictamen fiscal de la Dra. Monti del 4/03/08 al que remitió la Corte en “Proconsumer v. Cía de Teléfonos del Interior”, Expte. C. 1399. XLIII, antes citado).

cuestionando su pretensión tributaria (de gravar con ingresos brutos) por considerarla violatoria del régimen nacional de la energía eléctrica (Leyes 15.336 y 24.065)<sup>63</sup>.

Concordantemente, en “Impsat” la actora invocaba su carácter de licenciataria prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones y dirigía su pretensión de inconstitucionalidad contra tarifarias locales que establecieron un canon anual<sup>64</sup>.

#### 4.2. *Conflictos con otros fueros federales*

Desde su origen, la Corte insiste en que la competencia de los tribunales federales es por naturaleza restrictiva y de excepción<sup>65</sup>.

En este ámbito pues, la atribución de competencia la dará la materia y/o la rama del derecho de preponderante aplicación. Criterio al que parece razonable anudar una equitativa distribución de competencias fundada en división de trabajo<sup>66</sup>, lo que ayuda a suavizar rispideces, contribuyendo a otorgar aspectos omnicomprendidos a encontrada jurisprudencia.

##### (i) *Con Civil y Comercial Federal*

La delgada línea que separa los contornos de los fueros federales contencioso y civil viene ancestralmente enredada, con copioso aporte de soluciones no del todo predecibles, aunque igualmente válidas mutando a Fiscales y Jueces en adivinos de ocasión.

A lo que se agrega un hecho curioso. No obstante que el fuero Federal Civil y Comercial nació con atribución de competencia legal genérica, en relación al contencioso (de atribución especial)<sup>67</sup>, la evolución histórica de ese mandato no muestra paralela sintonía. Durante el siglo pasado y gran parte del presente, aquel mandato sólo se cumplió espasmódicamente, para recuperar cierta presencia recien en el último lustro.

63 Corte Sup., “Transnoa”, ya citado. Ver, en este sentido, doctrina de Fallos 311:2154, cons. 4; 322:2624; 327:1211; 330:542, entre otros.

64 El art. 39 de la Ley 19.798 prescribe que el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal están exentos de todo gravamen a los fines de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

65 Corte Sup., doc Fallos 1: 170; 135:431; 190:170; 283:429, 302:1209 y 327:3610 (“Castillo”), entre muchos otros.

66 Máxime que el Decreto Ley 1285/58, ratificado por Ley 14.467, solo alude a tribunales nacionales de la Capital Federal y tribunales nacionales con asiento en las provincias (art. 1), por lo que, en este aspecto y desde este direccionado enfoque no habría diferencias entre la justicia nacional y la federal, en nuestra ciudad capital.

67 Art. 41, Ley 13.998; Corte Sup., Fallos: 308:2164; 310:2340; 320: 46; 326: 3537; 327: 1211, entre otros.

Pienso, o más bien siento, que el desdoblamiento de estos dos fueros tal como hoy discurre parece transpolar sus orígenes. El desplazamiento de competencias entre ellos suscitado no justifica la tarea que insume y el tiempo que nos quita, lo que no disimula el posterior desarrollo del ejercicio de la jurisdicción en cada uno de ellos.

Al respecto, son suficientemente ilustrativas las últimas estadísticas disponibles de expedientes ingresados por ante cada uno de ellos<sup>68</sup>.

### (ii) Responsabilidad del Estado

Aquella línea divisoria que recién mencioné, caóticamente se desvanece al buscar juez competente para demandas donde se reclaman daños y perjuicios contra el Estado Nacional (y/o sus reparticiones). No intento detenerme a visualizar si la responsabilidad del Estado prevista en el Código Civil configura norma de derecho público o de derecho privado<sup>69</sup>, o si esa responsabilidad ya aparecía contemplada en norma específica anterior<sup>70</sup>. Tampoco sobre las finalidades que perseguía o persigue el uso alternativo del derecho público y el privado, particularmente en el ámbito de la organización administrativa<sup>71</sup>. Creo, no obstante, que el instituto debería ser pensado a través de las categorías del derecho administrativo y no del

68 La última estadística oficial de expedientes entrados y reingresados durante el año 2012 arroja un total de 18.681 para el contencioso; en tanto por igual concepto y período, para el civil y comercial, el total es de 9.505. Fuente: Estadísticas 2012, disponibles en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar)

69 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 285; GAUNA, Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado. La competencia originaria de la CSJN y la revisión de la noción de causa civil”, en *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 327-329; COMADIRA, Julio R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima”, EDA 2001-2002, p. 756 y ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, con prólogo de Julio César Cueto Rua, Abaco, Buenos Aires, 1998, pp. 63-73 y 97-99; BONPLAND, Viviana M. C., “Responsabilidad extracontractual del Estado (Análisis exegético de las citas del codificador al art. 1112 del Código Civil)”, LL 1987-A, 779; CAPUTI, María Claudia, “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales. El caso ‘Amiano’”, LL 2000-C, 763; y VILLARRUEL, María Susana, “Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado”, en *Cuestiones de Responsabilidad...*, cit., p. 516; entre los trabajos más recientes.

70 SALOMONI, Jorge L., “De nuevo sobre la originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina”, Actualidad en el Derecho Público, Buenos Aires, 2001, pp. 37/62.

71 La caracterización de un acto o contrato de la administración como público o privado no suele responder a especulaciones puramente académicas, o neutras. Su ubicación en la esfera del derecho público o privado tiene importantes consecuencias, insisto, tanto en el juez eventualmente competente como en la cuestión material de fondo discutida.

civil, no obstante que es difícil referirse a estas normas como círculos cerrados y perfectamente diferenciados que recíprocamente, se excluyen<sup>72</sup>.

La compleja situación descripta es sustento de pronunciamientos que, con similares argumentos, pero opuesta mirada, deciden en favor o en contra de la competencia de uno u otro fuero<sup>73</sup>. Aun cuando la suerte de diabólica lotería perdura en el tiempo, la balanza atributiva parece venir inclinando hacia el contencioso, camino que también parece transitar la Corte Suprema.

Así, por ejemplo, cuando a principios de 2007 comenzaron a reclamarse indemnizaciones de daños por los trágicos sucesos acaecidos en el local bailable “República de Cromañón”, ese Máximo Tribunal atribuyó competencia al contencioso federal. Lo hizo en una contienda negativa originada en la demanda de un particular contra el Gobierno de la Ciudad y el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia Federal de Bomberos<sup>74</sup>.

La Corte descartó la atribución local apuntando al carácter federal del problema (por razón de la persona) y entendió aplicables “... de manera sustancial, principios propios del derecho público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de su actuación por medio de sus órganos de seguridad y en su calidad específica de tal”.

Con igual orientación decidió en otra contienda negativa (trabada esta vez, entre ambos fueros federales), donde no era demandada la Nación. Se trataba de un pleito que vinculaba a dos particulares y en el cual la actora, como concesionaria de bienes inmuebles (ubicados en la Terminal Retiro), solicitaba el desalojo de la demandada y/o de quien resulte poseedor ilegítimo de un local en la referida estación.

72 Ampliar en BALBÍN, C., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 11, Buenos Aires, 2008, pp. 331 y ss.; CASSAGNE, J. C., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”, LL 2012-E, 1201; CASSAGNE, Juan C. - LUQUI, R. E. - PIZARRO, R. D., “Responsabilidad del Estado”, LL 2011- C, 1279; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, p. VIII-2, n° 2; GRECCO, Carlos, “Indemnización y responsabilidad en el derecho administrativo”, una obra con junta MUÑOZ GRECCO, *Fragmentos y Testimonios ...*, ya citada, pp. 757/770 y MUÑOZ, Guillermo, “VI Jornadas Sanjuaninas de Derecho Administrativo”, San Juan, 13 y 14 de Septiembre, 2001 (refiriéndose al sentido funcional de esa partición dualista: derecho público-derecho privado); VILLARRUEL María S., *Jurisdicción y competencia en materia de responsabilidad del Estado*, RAP Ediciones Especiales Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario, p. 516; WEIL, Prosper, “Derecho Administrativo”, *Cuaderno Civitas*, 1986, en especial, p. 37. MOSSET ITURRASPE, “Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, *Rev. de Derecho de Daños*, n° 9, Rubinzal, Santa Fe, 2000.

73 Ver, por ejemplo, admisión de competencia por parte del fuero civ. y ccial. federal en reclamo indemnizatorio contra el Estado Nacional con sustento en la ley 24.557, Sala 111, *in re* “Portillo de Caceres R. R. v. EN-M° Just y SS y DH, Policía s/ daños y perjuicios del 10/11/10.

74 Corte Sup., “Jara LR v. GCBA s/ daños y perjuicios” del 27/2/2007 y “Dobal, M.V. v. GCBA y otros s/ daños y Perjuicios” del 9/3/10. Trágica situación que es objeto hoy de numerosos pleitos en trámite, por ante el fuero federal contencioso de capital.

A tal fin afirmó que se requería el estudio directo de normas vinculadas al contrato de concesión (celebrado entre el Estado Nacional y la demandada) y de actos administrativos base de la acción “... resultando clara, la prioritaria relevancia que los aspectos propios del derecho administrativo (...) para la solución del caso...”<sup>75</sup>.

### (iii) *Sistema de Salud*

Otro nicho de conflictos con el fuero civil y comercial —a los que últimamente se agregó el previsional y de la seguridad social— anuda a los concernientes al sistema de salud implementado por el Estado Nacional. Sistema que involucra tanto a las obras sociales como a las prestadoras privadas de servicios médicos asistenciales.

Más allá de las vacilaciones habidas, aún desde sus orígenes<sup>76</sup>, lo cierto es que hoy puede afirmarse que el tema no sólo involucra a las “obras sociales” sino también a todas aquellas prestadoras privadas del sistema de salud. Supuestos en los que se atribuyó competencia al fuero federal en lo civil y comercial, atento involucrar una prestación que no remite directa o inmediatamente a normas y/o principios del derecho administrativo<sup>77</sup>.

Se da aquí pues, otra situación en que, sin intervenir directamente la Nación (usualmente el pleito sólo vincula a particulares), igualmente se atribuye competencia a la justicia federal; en la especie civil y comercial, por la materia. Interviene el fuero federal, esta vez porque así lo prescribe la ley (art. 38 de la Ley 23.661, en coincidencia con el art. 15) y por no haber derecho público de preponderante aplicación.

Este enfoque irradia soluciones vinculadas a la prestación de servicios médicos asistenciales de la Dirección Nacional de Prestaciones Médicas, Programa

75 Corte Sup., “Cometrans SA - contrato 708 v. La Estrella del Norte SRL s/ Contrato Adm” del 19/9/06.

76 Clara muestra del conflicto de origen, tendiente a determinar si correspondía el fuero federal surge del dictamen del entonces Procurador General de la Nación Dr. Fappiano y del consecuente fallo de la Corte Sup., *in re* “Manuela Talarico v. Clínica Privada Banfield y otro” del 6/10/92 (Fallos 315:2292). Pleito donde se reclamaban daños contra una clínica privada y una obra social en su carácter de establecimiento asistencial, lo que había generado un conflicto negativo de competencia entre civil y federal civil y comercial.

77 Corte Sup., Fallos 315:2292 (Manuela Talarico - año 1992); 326:3535 (“Wraage R contra OMINT SA, año 2003); 322:4095 (Kogan J v. Swiss Medial SA s/ Amparo” año 2005); “Obra Social de las Asociaciones de Empleados de Farmacias v. OS de Personal de Farmacias”, 1/6/10); C. Fed. Civ. y Com. Fed., Sala 1, “Amezquita Montiel A. E v. Medicus s/ amparo” del 23/2/2010; C. Fed. Cont. Adm., Sala 11, “Asociación Bancaria (Soc. Empl. de Banco) v. EN-dto. 1246/09 y otro s/ Amparo” del 11/6/10, confirmando resolución Juzg 10; Juzg. Cont. Adm. 1 O, “Adduc v. Medife Asoc Civil s/ Proceso de Conoc.” del 27/3/14, por remisión dict. fiscal Labarthe del 25/3/14; entre otros.

Federal de Salud (PROFE). Usualmente, cuando se pretende obtener la entrega y/o la prestación de diferentes servicios de esa índole<sup>78</sup>.

No debe confundirse el conflicto aquí expuesto con aquellos que atañen al cuestionamiento y/o reintegro de aportes previsionales, aun de afilado activo de una obra social, pues en estos casos, resulta competente el fuero de la Seguridad Social.

Es que, la Ley 24.655 (que creó la Justicia Federal de la seguridad social) otorgó a dicho fuero, el conocimiento de los procesos relativos a la ejecución de las obligaciones contemplados en el art. 24 de la Ley 23.660. Norma en relación a la cual la Corte Suprema ha realizado una interpretación “razonablemente extensiva”. Lo hizo otorgando a dichos jueces el conocimiento de las obligaciones allí regladas y teniendo en cuenta “... la específica versación que en la materia posee dicho fuero (...) no obstante tratarse de un afiliado activo de la obra social...”<sup>79</sup>.

#### *(iv) Con Seguridad Social*

Por el año 1996, la Ley 24.655 creó los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social (art. 1º), atribuyéndoles específica competencia (art. 2º)<sup>80</sup>.

A partir de ese momento, la materia seguridad social tuvo nueva jurisdicción. También, camino más largo, dado que el matiz federal abrió las puertas de la Corte Suprema de Justicia.

La jurisprudencia especializada elaboró interesante doctrina, con sustento en las Leyes 24.655 (de creación de la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social) y 24.557 (de Riesgo de Trabajo). Indicó que es clara la voluntad del legislador de concentrar en ese fuero el conocimiento de causas que versen sobre la aplicación de normas de la seguridad social, ya sea las atinentes a recursos financieros o al otorgamiento de prestaciones, así como la situación de

78 Juzg. Cont. Adm. Fed. Nº 10, “Burlaka J. A v. EN - PROFE si Amparo”, Julio/10; entre muchos otros.

79 Corte Sup., Fallos “Deheza Selci” del 12/6/07; C. Fed. Cont. Adm., Sala 111, “Bassaga S. D” del 8/2/10; ídem “Mayeski, J. M y otros” de junio/12 confirmando res. Juzgado 10 del 3/6/11, por remisión al dictamen de la Dra. Laura Labarthe del 31/5/11; entre otros.

80 Ley 24.655 (BO del 15 de julio de 1996). Su art. 2 dispone: “Los juzgados crea dos por la presente, serán competentes en: a) Las causas enunciadas en el artículo 15 de la Ley 24.463; b) Las demandas que versen sobre la aplicación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones establecido por la Ley 24.241 y sus modificatorias; c) Las demandas que versen sobre la aplicación de los regímenes de retiros, jubilaciones y pensiones de las Fuerzas Armadas y de Seguridad; d) El amparo por mora previsto en el artículo 28 de la Ley 19.549, modificada por la Ley 21.686, en materia de seguridad social; e) Las ejecuciones de créditos de la Seguridad Social perseguidas por la Dirección General Impositiva en ejercicio de las funciones asignadas por el Decreto 507/93; f) Las causas actualmente asignadas a la Justicia Nacional de Primera Instancia del Trabajo por el artículo 24 de la Ley 23.660”.

los afiliados correspondientes a cada subsistema (de jubilaciones, de salud, de asignaciones familiares, de riesgo laboral, de desempleo)<sup>81</sup>.

Por su parte, y más allá de las rispideces interpretativas que anudan a la delimitación de competencias en torno a las “obras sociales”, los Tribunales Federales de la Seguridad Social vienen insistiendo en un elemento atributivo no menor. Consiste en que la competencia en causas relativas o reglamentarias del derecho de la Seguridad Social, se fija en razón de la materia y no de las personas; extendiéndose la interpretación del art. 2º de la Ley 24.655, aún a supuestos específicamente no considerados por el legislador<sup>82</sup>.

Es que, la Ley 24.655 no tuvo como fin delimitar “taxativamente” la competencia del fuero federal de la seguridad social, sino reconocer su autonomía jurisdiccional<sup>83</sup>. Lo que aparece robustecido si se tiene en cuenta que el principio de especialización en la materia también conjuga con la no sustracción *de* las causas, del ámbito jurisdiccional propio de la Justicia Federal.

*(v) Jubilaciones extranjeras y reconocimiento de beneficios previsionales especiales*

Las últimas medidas cambiarías decididas por la Nación (y/o sus entes descentralizados) también afectaron los haberes previsionales. Ello derivó en la interposición de acciones en las que se cuestiona la inconstitucionalidad y/o se plantea la nulidad y/o inaplicabilidad de normas del BCRA y/o de la AFIP (concordantes y consecuentes<sup>84</sup>), en tanto dispusieron la “pesificación” de la jubilación extranjera que el beneficiario previsional venía percibiendo. Juicios intentados al efecto de obtener plena disposición del haber, en la moneda enviada por el país de origen.

Las soluciones hasta el momento aportadas, tienen como sustento la línea de base expuesta. Línea que hace prevalecer las normas sustantivas fundamento de la pretensión, el fondo del litigio, por sobre los aspectos meramente procedimentales relativos a los vicios que el acto administrativo pudiera contener. Desde

81 Conf. Corte Sup., Fallos 304:377 y 306:949, entre otros. También, C. Fed. Seg. Soc., Sala 1, “Superintendencia de Servicios de Salud v. Obra Social Directivos de Empresas, Portuarios y Marítimos”, expte. 39.636/98 del 30/05/00; id. Sala 11, “Casas, G. M. y otros v. Superintendencia de Servicio de Salud” del 26/02/99; ídem Sala 111, “Vener, R. F. v. EN - Mº del Interior”, expte. 17.337/00 del 26/09/01; también, C. Fed. Cont. Adm. Sala 1, (por remisión al dictamen del Fiscal General Subrogante Fernando Uriarte), *in re*, “Pitino, Ángela v. EN - BCRA s/ amparo”, del 11/03/14.

82 Doc. C. Fed. de la Seguridad Social, Sala 1, “Ministerio de trabajo, Empleo y Seguridad Social v. Boge Telefonía SRL s/ ejecución fiscal”, del 15/07/2007.

83 Conf. Cám. Fed. de la Seg. Soc., Sala 11, “Obra Social de Técnicos de Fútbol v. Poder Ejecutivo Nacional”, expte. 19.162/03 del 19/09/03.

84 Usualmente Comunicaciones BCRA 5236, 5264, 5318 y 5330 y resoluciones AFIP 3210 y 3356/12.

esa óptica y advirtiendo que la relación jurídica, sustento de la demanda, remite prioritariamente a cuestiones vinculadas al sistema previsional de jubilaciones y pensiones, como así también al análisis de normas y principios atinentes a la Seguridad Social, se remiten las actuaciones a ese fuero federal especializado.

Solución que no varía, aún si se controvierte la constitucionalidad de una norma jurídica. Se afirma, una vez más, que ello “... no modifica(ba) esa asignación de competencia pues –por expreso mandato de la Constitución Nacional– todos los jueces de cualquier jerarquía o fuero están obligados a interpretar y aplicar la Ley Fundamental y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde...”<sup>85</sup>.

Similar razonamiento se viene utilizando cuando se persigue el reconocimiento y/u otorgamiento de beneficios previsionales, especiales. Por ejemplo, los reconocidos a excombatientes o veteranos de la Guerra de Malvinas (consistentes en una pensión no retributiva establecida por Leyes 23.109, 23.848 y 24.241 y sus modificatorias). El argumento para excluir la competencia contenciosa atañe a que la pretensión no se rige preponderantemente por el derecho administrativo sino por el derecho de la seguridad social<sup>86</sup>.

#### *(vi) Impuesto a las ganancias sobre beneficios previsionales*

Algunos beneficiarios del sistema previsional argentino que sufren descuentos en sus haberes por aplicación del impuesto a las ganancias, intentan su cese. A tal fin, plantean la inconstitucionalidad de la aplicación del impuesto, argumentando en esencia, que las jubilaciones y pensiones no constituyen una renta derivada de actividad productiva o ganancia, sino un débito que la sociedad tiene con el jubilado, originado en aportes y contribuciones que hoy percibe por medio de su respectiva caja previsional.

Derecho tributario y previsional trastocan aquí con significados diferentes, persiguiendo finalidades distintas. De allí las enormes dudas del encuadre jurisdiccional.

85 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Carissimi de Marsitio” del 10/12/13: confirmando sent. Juz. Cont. Adm. Fed., n° 10 (“pesificación” de una pensión italiana). *Ídem.*, Sala I, “Pitino A v. EN - BCRA si amparo” del 11/03/14, por remisión al dictamen del Fiscal General Subrogante Dr. Uriarte del 17/02/14, confirmando res. Juzg. 10 del 20/08/13 que adhirió al dictamen fiscal de la Dra. Laura Labarthe; Sala 111, “Nunziatini Ana María y otro v. EN - BCRA - AFIP” del 4/02/14, confirmando res. Juzg. 10 del 12/07/13; Juzg. 10, “Ariosto” 31/08/12 (la actora consintió y a la fecha las actuaciones no fueron de vueltas); entre otros. En contra: C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “Somoza” del 21/12/12, revocando incompetencia decidida por el Juz. 7 (el 27/08/12) y dictamen Fiscalía Con. Adm. -Dr. Fabián Canda-, “Simoncini, J. A. v. EN - BCRA si amparo” del 5/03/14.

86 Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 111, “Díaz Carlos A. v. EN - M° Def s/ Personal” del 7/2/13, confirmando res. Juzg. 10 del 13/11/12; Sala V, “Perrota” del 28/2/13, confirmando res. Juzg. 1 O, del 30/11/11; entre otros.

Una primera mirada con enfoque en el tributo nacional cuestionado sugiere la competencia del fuero contencioso. Una más profunda empero, ajustada al sustento argumental de la generalidad de las demandas, lleva a la solución opuesta.

Es que usualmente, los agravios apuntan a la violación de normas conceptos y/o principios propios de la seguridad social, lo que impone evaluar si deben éstos prevalecer por sobre el tributo nacional que se cuestiona. Es que, habitualmente en estos pleitos, la parte actora se planta frente al juicio haciendo hincapié en su posición de beneficiaria del sistema. Afirma que el beneficio y las razones de su otorgamiento deben prevalecer por sobre las razones del tributo, lo que obliga a ahondar en la esencia misma de los fines tutelares de la legislación previsional<sup>87</sup>.

Así lo viene entendiendo, justamente, ese Fuero especializado, afirmando que la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social es competente para entender en acciones en que el titular de un beneficio, intenta la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 20.628 (t.o. Dec. 649/97) en cuanto incorpora a jubilados y, pensionados a las obligaciones impositivas allí establecidas. Así lo es “... atento que la naturaleza de la materia en discusión participa del derecho de la seguridad social, por lo que cabe inferir que se encuentra comprendida dentro del ámbito de competencia adjudicada a la justicia federal a partir del dictado de la Ley 24.655 que, en su art. 1º, dispuso la creación de los referidos juzgados, y que en el inc. b) de su art. 2º, estableció que serían competentes para entender en las demandas que versen sobre la aplicación del SIJP establecido por la Ley 24.241”<sup>88</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Es imposible abarcar aquí el tema asignado, plagado de detalles que el tiempo acumula. Resultado quizás, de verse el Juez contencioso compelido a resolver sin criterio atributivo genérico, forzado a hacerlo no como intérprete de un orden normativo preexistente, sino contribuyendo casuísticamente a crearlo. Tarea que sin duda, implicó e implica, asumir un rol que naturalmente lo excede.

Por ello, y luego de algunas dudas en punto al enfoque de este trabajo que osadamente acepté, me pareció de utilidad, actualizar aquel otro vetusto que

87 Fines insistentemente aludidos por la Corte Sup., Fallos: 310:1000; 313:79 y 247; 315:376, 2348 y 2598; 316:1705; 317:70; 323:1551, 2235 y 3651, y 319:2351; “Saldaña RR v. ANSES si prestaciones varias” del 20/3/12; entre otros; doc. C. Fed. de la Seguridad Social, Sala I “Pagani” y “Castaneira” del 11/10/07; ídem “Galiana” del 4/4/08; entre otros). También, BADENI, Gregario, “Impuesto a las ganancias y haberes jubilatorios”, en LL del 17/02/14.

88 C. Fed. de la Seg. Social, Sala 111, “Otonello H. J. v. ANSES s/ Amparo” del 2/3/06, por remisión al dictamen Fiscal. También Juzg. Cont. Adm. Fed. 10, “Pérez Pardo J. H. v. AFIP y otro” del 17/10/12 (por remisión al dictamen Fiscal del 15/10/12); ídem “Asociación de Jub. y Pens. Notariales de la Prov. de Bs.As. s/ Proceso de Conocimiento” del 15/2/13 (consentido), entre otros.

sobre el mismo tema en 1989 escribí<sup>89</sup>. Fundamentalmente, porque cuando urgida por los tiempos lo desempolvé, con asombro noté que los años no habían debilitado su esencia. Y hacerlo, además, tratando de sistematizar lo que hoy vive el fuero contencioso federal, aportando información práctica que anude con la mayor coherencia posible, decisiones que aunque muchas veces respondieron a problemas de coyuntura, siempre fueron producto de ardua tarea.

La falta de norma atributiva específica fue y es un problema que perdura en el tiempo. Su onda expansiva me lleva a releer un prólogo que hace casi 30 años, Tomás Ramón Fernández escribía en Madrid. Por aquel entonces, haciéndose eco de un magistral discurso que pronunció Otto Bachof, al tomar posesión de la dignidad rectoral en Tubinga, por el año 1958.

En diferentes tiempos, lugares y con otras realidades, a los dos catedráticos preocupaba “... la radical transformación de la relación del hombre con la Ley; la pérdida por ésta de su carácter de regla general y abstracta directamente extraída de la razón humana y su correlativa conversión en un mero acto de conformación política, en una medida vinculada estrictamente a una situación concreta y a menudo negociada entre grupos contrapuestos de intereses, siempre discutible, por lo tanto; la transformación del Parlamento en una máquina dominada por el aparato de los partidos y la consiguiente aparición del peligro del absolutismo de la mayoría que ha terminado por minada antigua confianza en el legislador”<sup>90</sup>.

La enseñanza sigue valiendo por estos tiempos y por estas tierras. Más aún, al son de los tambores que anuncian la próxima confección y/o sanción de un Código Contencioso Administrativo, para el fuero federal.

Ojalá sea esta vez y reúna a los mejores, a los más idóneos para que al margen de presiones políticas y/o intereses menores diagramen un sistema inteligible y eficaz, que recepte los aciertos de normas vigentes, proyectos anteriores y reposada jurisprudencia.

El tiempo es vasto para sembrar y cosechar, invita a seria reflexión y responsable debate previo. Ojalá se haga, además, con criterio uniformador del ordenamiento jurídico; con sustento en la razón jurídica, que no debe ser sustituida por la razón de estado. ¡La oportunidad es magnífica!

---

LILIANA HEILAND

Es Jueza de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

89 HEILAND, Liliana, “Competencia”, ya citado.

90 Prólogo a la obra de BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp.

# EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO NACIONAL A PAGAR SUMAS DE DINERO NO CONSOLIDADAS. DESCRIPCIÓN DE UNA INTRINCADA ETAPA DEL PROCESO JUDICIAL

FACUNDO MACIEL BO

Docente en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Prosecretario letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contextualización histórica. 3. Contenido sustancial. 4. Descripción del régimen jurídico vigente. 4.1. Comunicación y efectiva previsión. Inembargabilidad. Incumplimiento. 4.2. Fecha de corte para determinar el presupuesto en el que corresponde prever el pago. Orden de prelación. 4.3. Agotamiento de la partida. Nueva prerrogativa. Precedente “Curti”. 4.4. Plazo para concretar el pago. 5. Incidencia de los aspectos procesales. 6. Hitos y desafíos del procedimiento de ejecución de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero no consolidadas. 6.1. Elaboración del escrito de inicio, previsión en la sentencia definitiva y advertencia en eventuales recursos. 6.2. Confección de la liquidación. Supuestos especiales. Incidentes de ejecución de los arts. 258 y 499 del CPCCN. 6.3. Traslados de la liquidación. 6.4. Resolución que aprueba la liquidación. 6.5. Acreditación de la respectiva previsión. 6.6. Vencimiento del ejercicio presupuestario pertinente. Eventual ejecución. 6.7. Ejercicio de la prerrogativa de diferir el pago una vez más, de acuerdo al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Curti” (Fallos: 339:1812). 6.8. Acreditación del depósito, dación en pago e imputación. 6.9. Reconocimiento de intereses durante previsión. In-necesidad de prever su pago. Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Martínez” (Fallos 343:1894). 6.10. Admisión de anatocismo en las liquidaciones complementarias. 6.11. Tasa de interés. 7. Admisibilidad de excepciones al régimen. 8. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Todo letrado que se encuentre familiarizado con la ardua tarea de litigar contra el Estado Nacional sabe muy bien que el procedimiento para ejecutar una sentencia que condena a las autoridades públicas a pagar una suma de dinero no se caracteriza por la igualdad entre las partes y la celeridad que distinguen, por lo

general, al trámite que se debe seguir cuando el condenado –y quien debe abonar la deuda– es un particular.

Entendemos que esta notable diferencia encuentra su razón de ser, fundamentalmente, en las prerrogativas que se le reconocen al Estado Nacional en la materia<sup>1</sup>, como consecuencia de las reglas y principios del Derecho Constitucional, Presupuestario y Administrativo<sup>2</sup> que rigen estos supuestos, y que suelen verse exacerbadas por múltiples vicisitudes de carácter procesal.

En el presente trabajo pretendemos hacer una breve descripción del *habitual intrincado camino* que debe transitarse para obtener el efectivo cumplimiento de un pronunciamiento judicial que condena al Estado Nacional a cancelar una suma de dinero no consolidada<sup>3</sup>, advirtiendo los desafíos que se presentan y formulando algunas opiniones que humildemente esperamos puedan servir para lograr un mayor equilibrio en el régimen vigente.

Destacados autores han señalado que la reciente modificación de la Ley de Procedimientos Administrativos por parte de la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos ha tenido como *eje central a la tutela efectiva*, buscando su plena operatividad tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso contencioso-administrativo<sup>4</sup>. Creemos firmemente que cualquier análisis sobre el tema objeto de este ensayo debería estar inspirado en esa misma idea, sin bien lo sea sin descuidar el innegable interés general involucrado, cuyo resguardo también resulta prioritario.

## 2. CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

Para comprender con claridad los alcances del tema resulta conveniente formular algunas breves reflexiones generales sobre el contexto histórico en el marco del que se desenvuelve.

1 La posibilidad de diferir el pago en el tiempo en más de una ocasión, la inembargabilidad de fondos públicos, el establecimiento de fechas de corte para la formulación de la respectiva previsión, entre otras que más adelante identificaremos.

2 Horacio G. CORTI explica magistralmente en su obra “Derecho Constitucional Presupuestario” la distinción y estrecha vinculación entre estas ramas del derecho como presupuesto necesario para el adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado (Ed. Lexis Nexis, Bs. As, 2007, cap. I). En un sentido similar, y directamente sobre el objeto de este ensayo, también se ha expedido ABERASTURY, Pedro., en “El presupuesto público en la ejecución de sentencias contra el Estado”, TR LA LEY 0027/000110.

3 Por razones metodológicas y de extensión, el trabajo se centra en estos supuestos excluyendo el caso de las deudas consolidadas, lo que en modo alguno importa restarle importancia a tales supuestos que han sido objeto de numerosos estudios doctrinarios.

4 CASSAGNE, Juan C, y PERRINO, Pablo E. “El acto administrativo en la Ley de Bases”. LL, 17/9/2024; y en sentido similar, MAIRAL, Héctor A., y VERAMENDI, Enrique V. “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LL, 12/7/2024.

La plena demandabilidad del Estado Nacional, y la consecuente posibilidad de ejecutar las sentencias que lo condenan, no fue un logro histórico-jurídico de fácil conquista<sup>5</sup>. Por el contrario, fue necesario transitar un extenso y arduo camino para poder arribar a ese afable escenario, que hoy consideramos como propio de nuestro sistema republicano de gobierno.

Sin que sea necesario realizar un relato cronológico exhaustivo, lo que ha sido objeto de múltiples artículos de doctrina<sup>6</sup>, podemos concluir que se ha tratado de un prolongado sendero caracterizado por el progresivo abandono de la privilegiada situación de indemandabilidad del Estado, para ir dándole lugar, poco a poco, a la posibilidad de llevarlo a juicio y de hacer cumplir en forma efectiva las sentencias condenatorias<sup>7</sup>. En otros términos, una paulatina flexibilización –y abandono en algunos casos<sup>8</sup>– de las rígidas prerrogativas que beneficiaban al Estado en pos de un mayor reconocimiento de garantías para los particulares, con el fin de asegurar un más efectivo goce de sus derechos. En particular, de los de propiedad y de defensa en juicio, consagrados en los art. 17 y 18 de la Constitución Nacional<sup>9</sup>.

Como lo expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la demandabilidad del Estado exige que sea en condiciones tales que el ejercicio de sus funciones no sea afectado por las demandas de los particulares y que las garantías de los particulares no sean, tampoco, menoscabadas con privilegios que se tornen írritos a la luz del texto constitucional”<sup>10</sup>.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, Instituto de estudios políticos, n° 38, mayo-agosto, Madrid, 1962, pp. 159-205.

6 Múltiples son los artículos de doctrina que han ahondado en este aspecto. En este sentido, ver GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. “Ejecución de sentencias contra el Estado Nacional,” en CASSAGNE, Juan C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, v. II; CORTI, Horacio G., ya cit., p. 457; y PERRINO, Pablo E. “Ejecución de sentencias contra el Estado nacional”, publicado en *RDA* 2014-91, 01/02/2014, p. 223; entre otros.

7 En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA afirmó que “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo” (“La lucha contra las inmunidades...”, publicación ya cit.).

8 Como sería el caso de la venia legislativa prevista por la Ley 675.

9 La consolidación de las ideas de la Revolución Francesa, el constitucionalismo norteamericano, el Estado de Derecho y los derechos de primera generación, y el posterior advenimiento de los de segunda y tercera generación, llevaron a replantear el rol del Estado, con el objeto de reafirmar la idea del hombre como centro y fin último de su existencia. En este contexto, se tornaba insostenible la concepción de un Estado indemandable.

10 Fallos: 316:2454.

### 3. CONTENIDO SUSTANCIAL

Una vez identificado en forma superficial el contexto histórico en el marco del que se desenvuelve la temática, resulta necesario individualizar su contenido sustancial.

A efectos de comprender la complejidad del objeto del presente trabajo, podemos adelantar que la cuestión involucra la discusión, por un lado, de la plena operatividad de los derechos de defensa, a la tutela judicial efectiva –como expresión más acabada del primero– y a la propiedad; y por el otro, de la vigencia de diversas reglas y principios básicos de Derecho Constitucional, Presupuestario y Administrativo, que hacen al andamiaje jurídico que permite el funcionamiento de la actividad estatal. En este último sentido, no sólo resulta de suma importancia tener presente la incidencia fundamental que tienen los principios de la división de poderes y de legalidad en materia presupuestaria, sino también la importancia de asegurar una administración racional de los fondos públicos<sup>11</sup> y la influencia de los diversos procedimientos y criterios administrativos y procesales aplicables<sup>12</sup>.

A continuación, formularemos algunas precisiones sobre estos aspectos.

Cómo es sabido, los derechos fundamentales de defensa y a la tutela judicial efectiva encuentran su consagración expresa en las disposiciones del art. 18 de la Constitución Nacional y, a su vez, en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22). Al definir su contenido, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en que su plena operatividad se proyecta en tres etapas distintas del proceso judicial<sup>13</sup>, imponiéndole diversas cargas a los poderes públicos. Antes de su inicio, debiendo garantizar el derecho de todo ciudadano a acceder a la justicia, en especial a aquellos en situación de vulnerabilidad. Durante la tramitación del proceso, permitiendo a los interesados hacer valer todas sus pretensiones, ofrecer prueba y obtener una decisión fundada dentro de un plazo razonable. Finalmente, tras el dictado de la sentencia, garantizando el efectivo cumplimiento del pronunciamiento judicial, aspecto que justamente se encuentra comprometido en el tema que abordamos.

Respecto de esta última proyección –y para exponer su vital importancia–, se ha afirmado que de nada serviría brindar a los particulares la posibilidad de acceder a la justicia y obtener una resolución fundada dentro de un plazo razonable si después resultase imposible o extremadamente dificultoso obtener su efectivo

11 Conforme lo previsto en los arts. 1º y 75, inc. 7º y 8º, de la Constitución Nacional. En este sentido, v. Fallos: 297:309 y CORTI, Horacio G. ya cit., p. 175.

12 CORTI, Horacio G., ya cit., pp. 6-7.

13 En lo que aquí nos interesa, nos referimos al proceso judicial. No obstante, el derecho a la tutela judicial efectiva también tiene sus proyecciones en la instancia administrativa. Este criterio fue particularmente reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el célebre precedente “Baena Ricardo y otros v. Panamá”, sent. del 28/11/2003.

cumplimiento<sup>14</sup>. En otros términos, podemos preguntarnos qué sentido tendría el reconocimiento judicial del derecho al cobro de una suma de dinero si luego se nos hace imposible o excesivamente dificultoso obtener su cobro o, si en el caso de lograrlo, ha perdido sustancialmente su valor por el transcurso del tiempo y los efectos de la inflación.

Asimismo, tampoco puede pasar por alto que un pronunciamiento judicial que adquiere estado de cosa juzgada pasa a constituir un derecho adquirido para el vencedor que se encuentra amparado por el derecho de propiedad. De este modo, la falta de cumplimiento efectivo por parte de las autoridades (como podría ser el caso de una deuda dineraria que no se abona) importa una concreta violación a las disposiciones del art. 17 de nuestra Constitución nacional. Al respecto, la Corte Federal ha dicho que: “Se reconoce jerarquía constitucional a la cosa juzgada, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme tiene fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica”<sup>15</sup>.

Por otro lado, y como se anticipó, la problemática que estudiamos involucra, a su vez, la discusión sobre diversas reglas básicas que hacen al funcionamiento jurídico y económico material del Estado.

En este sentido, resulta evidente que, para poder llevar a cabo sus actividades, las autoridades no sólo necesitan hacerse de recursos económicos para afrontar los respectivos costos de su actividad, sino que también requieren contar con un ordenado sistema de gestión de tales recursos, para asegurar la eficacia, eficiencia y razonabilidad en su administración. Lo contrario, claro está, impediría el adecuado desenvolvimiento de la estructura estatal, tornando ilusoria la operatividad de los derechos. De aquí, la relevancia de la faz económica-financiera en la vigencia de los derechos<sup>16</sup>. Como dirían Holmes y Sunstein, todo derecho tiene un costo y exigir su reconocimiento significa, en última instancia, distribuir

14 PERRINO, Pablo E. “Ejecución de sentencias contra el Estado nacional”, ya cit.; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Civitas, Madrid, 2011, p. 1022. Este último, ha indicado con agudeza que “*La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido*”.

15 Fallos: 341:774; 343:264; y 343:1894, entre muchos otros; y en sentido similar, PALACIO, Lino E. “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot. Bs. As., 2016, pp. 702-703.

16 Tema tratado específicamente por el Derecho Constitucional Financiero. En este sentido ver obra de CORTI, Horacio G, ya cit., y en sentido similar, HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. “El costo de los derechos”, Siglo XXI, 2022.

recursos, motivo por el que tomar en serio a los derechos equivale a tomar en serio la escasez de recursos<sup>17</sup>.

Es en este contexto que, como regla general, cualquier erogación necesaria para el cumplimiento de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero debe sujetarse a las directivas de aquel sistema de gestión razonable de recursos, conocido como régimen presupuestario, respecto del que rige en forma plena el principio de legalidad (arts. 4º, 75, inc. 7º y 8º, y 100, incs. 6º y 7º, de la Constitución Nacional, y Leyes 23.982, 24.156 y 11.672, entre otras)<sup>18</sup>. Esta última nota implica que, de acuerdo las previsiones de nuestra Carta Fundacional, corresponde al Poder Legislativo no sólo determinar los procedimientos generales y especiales para la conformación del presupuesto (Ley 11.672), sino también aprobar, para cada ejercicio, las respectivas partidas en la Ley Anual de Presupuesto, dentro de las que se deberían incluir los gastos derivados de pronunciamientos judiciales<sup>19</sup>.

En estas condiciones, y teniendo especialmente en cuenta que los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional no son absolutos sino que deben ser ejercidos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio<sup>20</sup>, podemos concluir que, al hablar de ejecución de condenas dinerarias del Estado Nacional, no es viable tan sólo reafirmar dogmáticamente la vigencia irrestricta de los derechos de propiedad y defensa sin pensar en las exigencias presupuestarias y administrativas necesarias para hacer efectiva su vigencia, en la medida que un razonamiento de esa índole sólo conduce a soluciones de difícil cumplimiento y disociadas de la realidad.

Por último, y no por eso menos importante, más allá de los dos aspectos sustanciales que señalamos precedentemente, también se encuentra en juego –como ya se pudo haber inferido– el principio republicano de la división de poderes<sup>21</sup>, propio de nuestro sistema de gobierno de acuerdo a lo previsto en el art. 1º de la Constitución nacional.

En efecto, la temática no sólo nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de someter el accionar de otros poderes al escrutinio del Poder Judicial<sup>22</sup>, sino tam-

17 HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. ya cit., cap. 5º y 7º.

18 CORTI, Horacio G, ya cit., p. 175 y 457.

19 Fallos: 265:291; 321:3384 y 322:2132

20 Vetusta regla de interpretación sentada por la CSJN en innumerables precedentes. Fallos: 132:360; 250:418; 344:2175; 344:2849; y 344:3476; entre muchos otros.

21 HUTCHINSON, Tomás. “El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado” en Revista Latinoamericana de Derecho, v. 1. pp. 289-355. El referido autor señala que “*la ejecución de sentencias es uno de los puntos más importantes del equilibrio constitucional*”.

22 En este sentido, no puede dejar de recordarse que, en los inicios de la discusión sobre la demandabilidad del Estado –puntualmente, sobre la redacción del entonces art. 100 de la CN de 1853/60–, uno de los argumentos principales para oponerse era que la Nación, como soberano, no podía ser sometida al control de uno de sus poderes y que sólo el Poder Legislativo, como mayor expresión de esa soberanía, podía dirimir eventuales reclamos. CORTI, Horacio G., ya cit., p. 460.

bién sobre la importancia del cumplimiento efectivo de las sentencias judiciales –máxima expresión de la labor de ese poder– y el respeto del principio de reserva de la ley en materia presupuestaria, consagrado en los incs. 7° y 8° del art. 75 de la Constitución Nacional. En consecuencia, esta tarea nos exige que cualquier propuesta que pueda formularse deberá tener siempre en cuenta que resulta indispensable resguardar el equilibrio entre los poderes del Estado.

#### 4. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Efectuadas estas consideraciones generales y particulares sobre el tema, a continuación pasaremos a describir el régimen jurídico vigente en la materia.

Como aclaración introductoria, tenemos que recordar que, en el célebre precedente “Pietranera”<sup>23</sup> de 1966, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la constitucionalidad del art. 7° de la Ley 3952, que consagra el efecto declarativo de las sentencias dictadas contra el Estado Nacional, sobre la base de la idea de que resulta indispensable contar con un régimen que permita una adecuada, razonable y previsible gestión de los recursos públicos.

No obstante, fijó los límites de sistema al señalar que “ello no significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales pues ello importaría colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar por su observancia, y que no cabe descartar la ulterior intervención judicial para el adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento”.

De este modo, nuestro Máximo Tribunal inauguró a la etapa de la plena exigibilidad de los pronunciamientos judiciales que condenan al Estado Nacional.

##### 4.1. *Comunicación y efectiva previsión. Inembargabilidad. Incumplimiento*

Más de veinte años más tarde y tras diversos infructuosos antecedentes normativos<sup>24</sup>, la Ley 23.982 –promulgada el 22/8/1991– vino a implementar, en su art. 22, un procedimiento especial para el cumplimiento de las sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero no consolidadas, con el fin “armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia”<sup>25</sup>.

El mencionado precepto impone la carga al Poder Ejecutivo de “comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales

23 Fallos: 265:291

24 FURNARI, Esteban. “Ejecución de Sentencias” en BALBÍN, Carlos, “Proceso Contencioso Administrativo Federal”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 909/939.

25 Fallos: 339:1812

firμες de obligaciones de causa o título posterior<sup>26</sup> al 1 de abril de 1991 que *carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento*". Es decir que, de no contar con fondos en el año en el que una deuda dineraria es reconocida judicialmente, la Administración debe cursar la respectiva comunicación al Poder Legislativo para su inclusión en el presupuesto correspondiente al año siguiente<sup>27</sup>.

Asimismo, en la última oración del referido artículo se estipula que de no cumplirse con tal obligación –la de efectuar la comunicación y previsión pertinente–: “El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo”. Tal mandato no puede interpretarse en forma adecuada sin tener presente las disposiciones del art. 165 y ss. de la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto que establecen que los fondos públicos afectados a la ejecución del presupuesto son “inembargables...”. Por consiguiente, como regla general y mientras tanto el Estado Nacional cumpla con el deber de comunicar y prever el pago de un determinado crédito, los recursos que conforman el presupuesto aprobado no pueden ser afectados para la cancelación de esa deuda dado que “cobra pleno efecto la inembargabilidad”<sup>28</sup>.

No obstante, de acuerdo a lo previsto en la última parte del art. 22 de la Ley 23.982 y en el art. 168 de la Ley 11.672<sup>29</sup>, si el Estado Nacional incumple con tales obligaciones –comunicar y prever–, el acreedor se encuentra en condiciones de iniciar la ejecución pertinente, que redundará en un eventual embargo y posterior cobro coactivo<sup>30</sup>. En definitiva, se reconoce una garantía –frente a la prerrogativa estatal de diferir el pago– que permite al particular resguardarse ante la eventual inactividad u omisión de la Administración y el retardo injustificado en el cumplimiento del pronunciamiento judicial.

26 Los anteriores a esa fecha quedaban sujetos a la consolidación dispuesta en el art. 1º de esa misma ley.

27 La comunicación la efectúa el organismo demandado a través de la Oficina Nacional de Presupuesto, quien elabora el proyecto de presupuesto que después se pone en conocimiento del Poder Legislativo para su aprobación (art. 26 de la ley 24.156 de Administración Financiera).

28 Fallos: 339:1812 y, en igual sentido, Fallos: 322:2132.

29 Art. 168, ley 11.672: “Habiendo cumplido con la comunicación que establece el Artículo 22 de la Ley 23.982, en ningún caso procederá la ejecución del crédito hasta transcurrido el período fiscal siguiente o subsiguiente a aquel en que dicho crédito no pudo ser cancelado por haberse agotado la partida presupuestaria asignada por el Honorable Congreso de la Nación”.

30 Mismo efecto se prevé para los supuestos en que no acredite el agotamiento de la partida o incumpla el orden de prelación, cuestiones que veremos más adelante.

#### 4.2. *Fecha de corte para determinar el presupuesto en el que corresponde provisionar el pago. Orden de prelación*

Siguiendo el esquema expuesto con anterioridad, el art. 68 de la Ley 26.895 –promulgada 21/10/2013 e incorporado como art. 170 de la Ley 11.672– vino a fijar nuevas pautas. En particular, dispone:

“Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los Entes y Organismos que integran la Administración Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, *serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas Jurisdicciones y Entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional*, sin perjuicio del mantenimiento del Régimen establecido por las Leyes 23.982 y 25.344.

En el caso que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida *carezca de crédito presupuestario suficiente* para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional *deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente*, a cuyo fin las Jurisdicciones y Entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena *antes del día 31 de julio* del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo incorporar en sus respectivos anteproyectos de presupuesto el requerimiento financiero total correspondiente a las sentencias firmes [...].

Los recursos asignados anualmente por el Honorable Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero, *siguiendo un estricto orden de antigüedad* conforme la fecha de notificación judicial y *hasta su agotamiento, atendándose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente*” (los destacados no pertenecen al original).

De este modo, ante el dictado de un pronunciamiento judicial que condena a un organismo público a abonar un determinado crédito, la Administración tiene el deber de cancelarlo con los fondos que cuenta en el año en curso para tales fines (solución que no sólo se desprende de este último artículo citado, sino también con en el art. 22 de la Ley 23.892, como ya se explicó). Si una suma de dinero es reconocida y debidamente liquidada en el 2023, en principio debería ser cancelada durante ese ejercicio con los fondos que se hubiesen asignado en la partida presupuestaria aprobada para el pago de pronunciamientos judiciales.

Ahora bien, si no cuenta con recursos en ese ejercicio –en nuestro ejemplo, 2023– y “tomó conocimiento fehaciente” de la deuda antes del 31 de julio<sup>31</sup>, la

31 Resulta oportuno aclarar una cuestión que luego analizaremos con mayor detalle. La notificación de la resolución que aprueba la respectiva liquidación es el hito procesal que torna operativa la carga de la Administración de informar si cuenta con fondos o, en su defecto, acreditar la comunicación del art. 22 de la Ley 23.982.

Administración debe efectuar la comunicación pertinente para que el pago del crédito sea incluido en el presupuesto del año siguiente –2024–.

En otras palabras, ante la carencia de fondos en el año en curso, el Estado Nacional cuenta con la prerrogativa de diferir la cancelación del crédito para el ejercicio siguiente mediante la correspondiente previsión presupuestaria. Si no cumple con esa previsión, cae la inembargabilidad prevista en el art. 165 de la Ley 11.672 y el acreedor puede iniciar la respectiva ejecución.

Por otro lado, si la Administración hubiese tomado conocimiento del auto aprobatorio de la liquidación con posterioridad al 31 de julio, la previsión ya no deberá efectuarse para el año siguiente sino para el subsiguiente–en nuestro ejemplo, 2025–. La existencia de este límite temporal de corte tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar que los organismos públicos cuenten con el tiempo suficiente para elaborar el proyecto de presupuesto que debe ser presentado al Congreso de la Nación antes del 15 de septiembre de cada año<sup>32</sup>. En definitiva, en esta hipótesis, el Estado Nacional cuenta con la prerrogativa de diferir el pago ya no para el ejercicio siguiente –2024–, sino que para el subsiguiente –2025–.

En ambos casos es importante tener en cuenta que, una vez aprobado el presupuesto correspondiente e iniciado el año para el que se hizo la previsión de la cancelación del crédito, la Administración debe proceder a *afectar los recursos asignados* al cumplimiento de las condenas “siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial” hasta el “agotamiento” de la respectiva partida, como expresamente lo dispone el mencionado precepto normativo.

#### 4.3. *Agotamiento de la partida. Nueva prerrogativa. Precedente “Curti”*

El cuadro de situación se completa con el reconocimiento de una nueva prerrogativa.

En el precedente “Curti” (Fallos: 339:1812), al interpretar el ya citado último párrafo del art. 170 de la ley 11.670<sup>33</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que, verificado el agotamiento de la respectiva partida, el Estado Nacional puede diferir –una vez más– el pago al ejercicio subsiguiente.

Para ser lo más claros posibles, supongamos que una deuda es reconocida y liquidada antes del 31/07/2023 y, ante la intimación pertinente, la Administración informase que no cuenta con fondos para cancelarla en ese ejercicio. En ese escenario, el pago del crédito en cuestión deberá ser provisionado para el 2024. No

32 Art. art. 26 de la Ley 24.156. Sobre este punto volveremos más adelante, en la medida que entendemos que es uno de los aspectos que resulta necesario repensar para garantizar un mayor equilibrio del régimen.

33 Que dispone que los fondos de las respectivas partidas “se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero, siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendándose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente”.

obstante, si durante el transcurso de ese último año se agotase la partida pertinente –conforme el presupuesto aprobado para el 2024–, el Estado Nacional podrá reprevisionar su pago para el 2025.

Aun menos alentador es el panorama si la deuda fuese reconocida y liquidada con posterioridad al 31/07/2023, toda vez que su previsión original correspondería para el 2025 y, en caso de que se agotase la partida de ese ejercicio, podría ser reprevisionada para el 2026.

Lógicamente, en cualquiera de estos supuestos deviene indispensable la adecuada acreditación del mencionado agotamiento y la comunicación de reprevisión, presupuestos para que la Administración pueda hacer uso de la prerrogativa en cuestión<sup>34</sup>. Tales exigencias configuran las garantías que permiten a los particulares resguardar sus derechos ante la inactividad u omisión de la Administración.

#### 4.4. *Plazo para concretar el pago*

Por último, resulta de suma importancia tener en cuenta que, conforme lo han sostenido –expresa e implícitamente– las diversas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>35</sup>, el Estado Nacional cuenta con todo el año para el que previsionó una deuda para efectivizar su pago. Es decir, en nuestro último ejemplo, una suma de dinero reconocida judicialmente el 1/9/2023 puede terminar siendo abonada el 31/12/2026.

Sin perjuicio de las objeciones que pueden efectuarse a este criterio, lo cierto es que encuentra su principal sustento en las previsiones del art. 168 de la Ley 11.672 que dispone que “Habiendo cumplido con la comunicación que establece

34 CNACF, Sala I, en causas n° 19128/2018 “Nunell Rey, Martin Eugenio c/ EN-M Seguridad-PFA s/personal militar y civil de las FFAA”, resol. del 7/5/2024 y “López, Carlos Alberto y otro c/ EN - M Seguridad - PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 7/5/2024, entre otros; y Sala IV, en causas n° 67518/2016 “Cora, Alejandro Luis c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 7/5/2024; 51485/2015/CA2 – CA1 “Barboza Walter Andrés y otros c/ EN-M Seguridad-PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. 16/4/2024; y 2671/2016 “Dionicio, Cirilo y otros c/ EN - M Defensa - FA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 26/4/2022, entre otros.

35 CNACF, Sala I, en causas 36712/2015 “incidente n° 1 - actor: Tello, Carlos Alberto y otros demandado: EN-M seguridad-PFA s/ inc. ejecución de sentencia”, resol. del 9/6/2022; y 9592/2007 “Pato Juan Manuel y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otro s/ daños y perjuicios”, resol. del 9/9/2021; Sala II, en causas n° 68647/2019 “Blasco, Pablo Gabriel y otros c/ E.N. – M° de Defensa - Ejercito s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg”, resol. del 25/4/2024; y causa 81567/2017 “Pavón, Paola Carolina y otros c/ E.N. – M° de Seguridad - PFA s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg”, resol. del 12/4/2024; Sala III en causas 11618/2020 “Rojas, Roberto Carlos y otros c/ EN - M Defensa - Ejercito s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 12/3/2024; y 41528/2013 “Encinas, Cristian Eduardo y otros c/ EN-M Defensa Ejercito s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. 14/3/2024; Sala V, en causa n° 446/2007 “Taborda Norberto Ceferino y otros c/ EN-DNM s/ proceso de conocimiento”, resol. del 11/5/2021.

el artículo 22 de la Ley 23.982, en ningún caso procederá la ejecución del crédito hasta transcurrido el período fiscal siguiente o subsiguiente a aquel en que dicho crédito no pudo ser cancelado por haberse agotado la partida presupuestaria asignada por el Honorable Congreso de la Nación”.

No obstante, no podemos dejar de advertir que un criterio distinto sostienen las tres Salas que conforman la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal<sup>36</sup>.

## **5. INCIDENCIA DE LOS ASPECTOS PROCESALES**

Habiendo arribado a esta instancia de nuestro análisis, es necesario hacer referencia a un aspecto complementario.

El régimen de ejecución descripto se incardina, ineludiblemente, con las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en tanto que el primero no tiene otro fin que dar cumplimiento a una sentencia condenatoria, lo que –lógicamente– se lleva a cabo en el marco de un proceso judicial.

Por consiguiente, no basta con conocer el procedimiento previsto en los arts. 22 de la Ley 23.982 y 170 de la Ley 11.672, sino que también resulta indispensable tener presente las vicisitudes procesales que se pueden presentar a la hora de su efectiva puesta en marcha.

En efecto, como ya se dijo, las ya individualizadas prerrogativas de la Administración se ven exacerbadas, en muchas ocasiones, por aspectos de índole procesal, reduciendo a su mínima expresión las garantías de los particulares.

Cómo ejemplo, nótese que no podemos determinar el tiempo que realmente puede insumir cobrar un crédito reconocido judicialmente si no tenemos en cuenta lo arduo que puede resultar, como sucede habitualmente, obtener la aprobación de una liquidación o cuales son los criterios jurisprudenciales para determinar la oportunidad en que una deuda se torna ejecutable.

Por tales motivos, es de suma importancia tener en claro que el análisis de la temática exige una interpretación integradora de las disposiciones normativas que rigen el pago de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero y de todas aquellas de índole procesal que regulan esta etapa del proceso.

A estos fines, cabe recordar que la ausencia de un código procesal nacional que contemple específicamente la materia contencioso administrativa lleva a la aplicación supletoria o analógica de las disposiciones de aquel que rige el

36 CNACCF, Sala I, en causa 5958/2012 “De la Vega Carlos Eduardo c/ Estado Nacional Ministerio de Seguridad Policía Federal y otro s/ accidente de trabajo /enferm. prof. acción civil”, resol. del 3/10/2023; Sala II, en causa 7609/2010 “López Rodolfo c/ Estado Nacional Ministerio de Seguridad Pol Fed s/accidente de trabajo/enferm. prof. acción civil”, resol. del 26/10/2020; y Sala III, en causa n° 4288/2009 “Riera Julián Augusto y otros c/ Estado Nacional –Ministerio de Justicia Seguridad y DDHH– Policía Federal Argentina s/ Daños y Perjuicios”, resol. del 8/7/2024, entre muchos otros.

proceso civil y comercial<sup>37</sup>. Se ha señalado, con acierto, que “la aplicación supletoria de las normas del proceso privado provoca una riquísima problemática que deriva del cruce de dos ordenamientos de naturaleza diversa, máxime ante la singular posición jurídica de la administración y de las prerrogativas que las normas legales le acuerdan como uno de los sujetos del proceso contencioso”<sup>38</sup>.

Formulamos esta aclaración, justamente, porque la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a litigios que versan sobre cuestiones regidas por el derecho público nos exige un mayor esfuerzo para integrar las normas de fondo y de forma que regulan la materia, velando para que esa labor no redunde en un desequilibrio injustificado del régimen vigente.

## **6. HITOS Y DESAFÍOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO NACIONAL A PAGAR SUMAS DE DINERO NO CONSOLIDADAS**

Siguiendo la pauta expuesta en el título anterior, y para comprender con claridad los desafíos que se le presentan a los litigantes al momento de obtener el cumplimiento de una sentencia que condena al Estado Nacional a pagar una suma de dinero, realizaremos una descripción de los principales hitos procesales que distinguen esa labor, tratando de identificar los desafíos que se plantean y formulando propuestas para lograr un mayor equilibrio.

### *6.1. Elaboración del escrito de inicio, previsión en la sentencia definitiva y advertencia en eventuales recursos*

El primer hito no se asocia a un momento en particular del proceso sino más bien a una serie de oportunidades en las que deviene de suma importancia tener presente la relevancia de la cuestión que es objeto del presente trabajo.

Para asegurarse que el tránsito de la etapa de ejecución de una condena dineraria resulte desprovisto de incidencias deviene indispensable que, al momento de elaborar el escrito de demanda, se precisen con claridad todas aquellas pretensiones que se vinculan con la forma en que se persigue que se realice el pago del crédito reclamado a efectos de que sean debidamente decididas –previa sustanciación– en la sentencia definitiva. En particular, plantear, entre otras cuestiones, si se trata de una deuda consolidada o no, si se exigen intereses, la tasa para su cálculo, las fechas para su cómputo, si configura alguno de los supuestos

37 COMADIRA, Julio R. “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, t. II, p. 1354/1355; y CNACF, Sala IV, “La Vendimia SA c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía -Secretaría de Comercio Interior”, resol. del 23/4/93 y “Santa Lucía Cristal SACI y F c/ Administración Nacional de Aduanas”, resol. del 15/4/98.

38 BIOTTI, María A., “Algunas precisiones sobre los recursos directos en el contencioso” en DOS SANTOS, Bruno, “Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo”, FDA, Bs. As., 2012.

excepcionales de capitalización, si el caso amerita alguna excepción al régimen de previsión, la aplicación expresa de los criterios jurisprudenciales sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, etc.

Tal modo de proceder va a permitir que se fijen con claridad y antelación las pautas para una eventual ejecución, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 503 del CPCCN, evitando futuras incidencias que terminan dilatando la duración del proceso<sup>39</sup>.

Asimismo, si en el pronunciamiento definitivo de primera instancia se omitiese decidir tales cuestiones, deviene imperioso su replanteo en el respectivo recurso de apelación para que sean examinadas por la Alzada, de conformidad con lo establecido en el art. 278 del código de rito.

En resumen, creemos que el primer paso para garantizar que el procedimiento de ejecución de una sentencia que condena al Estado Nacional a pagar una suma de dinero sea sobrellevado sin mayores sobresaltos pasa por comprender la importancia de que se dicte una sentencia definitiva clara en lo que a este aspecto se refiere. De lo contrario –y aunque también pueda afirmarse que por responsabilidad del interesado–, se advierte inevitable que se desnaturalice el régimen de ejecución, fundamentalmente, por la dilación que sufre el proceso como consecuencia de las múltiples incidencias que pueden suscitarse.

## *6.2. Confección de la liquidación. Supuestos especiales. Incidentes de ejecución de los arts. 258 y 499 del CPCCN*

Con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva corresponde la confección de la liquidación pertinente.

Pueden presentarse diversos supuestos.

En primer lugar, que el pronunciamiento de primera instancia no haya sido apelado, en cuyo caso corresponderá presentar o exigir la confección de la liquidación siguiendo las pautas del art. 503 del CPCCN.

Por el contrario, puede suceder que la sentencia haya sido apelada. En esta hipótesis, deberá aguardarse a la confirmación de la resolución por parte del tribunal de alzada para requerir la devolución de la causa a la instancia de origen y, una vez allí, presentar o exigir la confección de la liquidación.

No obstante, si el pronunciamiento de Cámara es objeto de recurso extraordinario pueden darse, a su vez, dos nuevos supuestos.

Si existiese alguna parte de la condena que hubiese quedado firme, resultan aplicables las disposiciones del art. 499, segundo párrafo, del CPCCN, que autoriza a solicitar la formación del respectivo incidente ante el tribunal de alzada. De

39 MORELLO, Augusto M. y otros. “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs.As. y de la Nación”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, t. VI-1, p. 47.

admitir esa pretensión, se dispondrá su remisión al juzgado de primera instancia para su tramitación, oportunidad en la que se practicará la liquidación pertinente.

Si, por el contrario, fuese cuestionada la totalidad de la decisión de Cámara, pero esa sentencia resultase confirmatoria de la de grado, cabe estar a las previsiones del art. 258 de ese mismo ordenamiento. Por consiguiente, también deberá requerirse la formación del incidente pertinente ante la Sala interviniente, al que se le dará trámite en el juzgado de origen, ocasión en la que se presentará la liquidación.

A esta altura de las cosas es necesario hacer una aclaración.

Suele ocurrir, en numerosos casos, que se ordene que la liquidación sea practicada por el organismo accionado, en razón de su capacidad técnica. Por ejemplo, cuando se trata de reclamos salariales<sup>40</sup>. En estos supuestos se ha considerado conveniente y razonable que la dependencia estatal especializada en remuneraciones sea la encargada de efectuar los cálculos pertinentes.

Esta hipótesis presenta un nuevo desafío: instar y obtener el efectivo cumplimiento de esa labor por parte del accionado.

Así, cuando el expediente es devuelto al juzgado tras la confirmación de la sentencia definitiva o la formación del respectivo incidente, el interesado deberá solicitar que se intime al organismo correspondiente a confeccionar y presentar la liquidación en cuestión. Ahora bien, como suele ocurrir –principalmente dado el volumen de reclamos análogos–, no resulta extraño encontrarse con reticencia o demora considerable en el cumplimiento de esa tarea. Frente a esta circunstancia, debemos recordar, una vez más, que si la liquidación se aprueba<sup>41</sup> con anterioridad al 31 de julio, la previsión de su pago deberá realizarse para el año siguiente; por el contrario, si acontece con posterioridad, se realizará para el subsiguiente. De ahí la gran importancia de la celeridad en el asunto.

A estos fines, los tribunales suelen ordenar intimaciones a los organismos demandado para que cumplan con la presentación de la liquidación en un determinado plazo, bajo apercibimiento de imponer astreintes de acuerdo lo previsto en el art. 37 del CPCCN, de comunicar el incumplimiento al superior en los

40 El supuesto más emblemático es el de los reclamos judiciales que inician los diversos agentes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad con el objeto de obtener el reconocimiento como remunerativos y bonificables de diversos suplementos salariales. En tales casos se ha reafirmado la conveniencia y pertinencia de que sea la dependencia del organismo demandado especializada en materia de remuneraciones la que confeccione la respectiva liquidación. CNACF, Sala III, causas n° 14477/2020 “Alave, Alfredo Zair y otros c/ EN-M° Seguridad-PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, resol. del 29/08/2023; y Sala IV, causa n° “Figueroa, Julio César y otros c/ EN – M Justicia – SPF – dto. 2807/93 752/09 y otros s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 02/08/16; y “Miskow Christian Alejandro c/ EN – M° de Seguridad – PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 27/04/2021.

41 Como ya se aclaró en la nota n° 54, el auto aprobatorio es el hito que torna operativa la obligación de efectuar la comunicación de previsión pertinente, cuestión que trataremos con mayor precisión más adelante.

términos del art 17 del Decreto Ley 1285/58 o, en el más gravoso de los casos, de formular la denuncia penal pertinente por incumplimiento de los deberes del funcionario público<sup>42</sup>.

En este sentido, al interpretar el art. 1º de la Ley 26.944, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado<sup>43</sup> que la citada ley nada dice acerca de las sanciones conminatorias o *astreintes*, las cuales por su naturaleza y finalidad se diferencian claramente a las que se hace referencia en el mencionado precepto normativo, convalidando su aplicación en tale supuestos.

No desconocemos que la endeble situación en materia de recursos humanos y/o materiales que muchos organismos padecen dificulta el cumplimiento de la tarea de presentar la respectiva liquidación. No obstante, se torna imperioso la atención de esa problemática por los medios institucionales pertinentes para evitar que la solución práctica que las autoridades, ya sean judiciales como administrativas, le dan a esta cuestión sólo redunde en un perjuicio para el litigante.

Por último, párrafo aparte merece el análisis de la posibilidad de solicitar la designación de un perito a efectos de practicar la liquidación. Si bien es una herramienta con la que cuentan las partes para asegurar la realización de la labor en cuestión –que en muchas oportunidades puede exigir conocimientos técnicos de alta complejidad–, no puede desconocerse que, como contrapartida, puede traer aparejada una gran dilación del proceso, además de los mayores costos derivados de los honorarios que eventualmente deban afrontarse.

42 CNACF, Sala I, causas n° 36702/2018 “Salvador, Mariana Gabriela c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, resol. del 24/5/22; y 2527/2019 “Cambra, Alejandro Sebastián y otro c/ EN -M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. 2/5/24; Sala II, causas n° 2016/2018 “Catamarca, María Eva c/ EN-M Seguridad-PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 25/4/24; 21880/2019 “Pintos, Marcelo José y otro c/ EN - M Seguridad- PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 5/4/24; y 46242/2019 “Sánchez, Jairo Ezequiel Ramón y otros c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 31/5/24; Sala III, causas n° 3240/2021 “Baigorria, Herald Alexis c/ EN - M Seguridad - PFA - dto. 380/17 s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 6/24; 72326/2017 “Archenzio, Analía Laura y otros c/ EN - M Seguridad-PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 2/7/2024, y 8406/2020 “Martínez, Roberto Carlos c/ EN -M Seguridad-PFA s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 27/6/2024; Sala IV, causas n° 12690/2019/CA2 “Reitano, Edgardo Hugo c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 24/10/2023; CAF 11497/2021/CA2 “Lascano, Mayra Florencia c/ E.N.-M. Seguridad-PFA- Dto. 2744/93 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, resol. del 9/4/2024; y 29590/2017 “Alanis, Nora Vanesa y otros c/ EN - M Seguridad - PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 7/11/2023; y Sala V, causas n° “Borelli, Lucas Emmanuel y otros c/ EN-M Seguridad-PFA-dto. 380/17 s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol del 29/5/2024, y 91456/2017 “Zarate, Gisela Mariel y otro c/ EN - M Seguridad - PFA s /personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 29/12/2023.

43 Fallos 343:14.

### 6.3. *Traslados de la liquidación*

En cualquiera de los supuestos descriptos con anterioridad, una vez presentada la liquidación, corresponde ordenar el traslado por el plazo de cinco días (cfr. art. 503, CPCCN) a fin de que la contraria ejerza en forma plena su derecho de defensa y formule las impugnaciones que entiende procedentes a los cálculos efectuadas por la otra parte.

La referencia que hacemos a este hito está vinculada, esencialmente, a una cuestión de índole práctica que responde a nuestra experiencia en la materia. Es habitual que la etapa de ejecución de sentencias se prolongue en forma excesiva como consecuencia de las excesivas e innecesarias impugnaciones y traslados que suelen ordenarse respecto de la primera liquidación que se practica. Tal es así que no es extraño encontrarse con procesos que insumen un año o más de tramitación en esta particular etapa. Más allá de la cuota de responsabilidad que pueda corresponder a cada una de las partes –en virtud del principio dispositivo– y de la complejidad que excepcionalmente pueda presentar en algún caso, lo cierto es que la necesidad de evitar la prolongación desmesurada de una causa constituye un objetivo que debería ser común a todos los operadores a efectos de no desvirtuar la finalidad del régimen de ejecución en cuestión.

En este sentido, la sustanciación de impugnaciones sobre cuestiones ya definidas en la sentencia definitiva o en incidencias anteriores constituye el ejemplo más claro de esta problemática. Cuál es la tasa de intereses aplicable, cuáles son las fechas de cómputo de los accesorios, si corresponde o no su previsión presupuestaria, son algunas de las cuestiones, entre otras tantas, que suelen motivar reediciones, sustanciaciones y dilaciones injustificadas del proceso, que resulta imperioso evitar si pretendemos lograr una mayor armonía.

### 6.4. *Resolución que aprueba la liquidación*

Sustanciada la liquidación, corresponde que tribunal pase los autos a resolver a efectos de tratar las eventuales impugnaciones y aprobar la liquidación pertinente.

De no ser posible por no ajustarse a derecho, el tribunal puede ordenar a las partes que realicen una nueva advirtiendo las falencias de la anterior o, de contar con los elementos necesarios, puede practicarla de oficio para su aprobación en esa misma resolución, supuesto poco habitual.

Más allá de la complejidad de las cuestiones que deba resolverse en base a las impugnaciones de las partes –lo que se relaciona con el objeto puntual de cada caso–, este hito es de suma importancia en la medida que la notificación al organismo demandado de la decisión que aprueba la liquidación torna operativa su obligación de informar si cuenta con fondos para solventar su pago o, en su defecto, efectuar la comunicación pertinente para su debida previsión presupuestaria, según

la fecha del año –antes o después del 31 de julio–. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “únicamente a partir del momento en el que se ha determinado con carácter firme el quantum de la condena y su modo de cumplimiento el Poder Ejecutivo debe arbitrar las medidas necesarias para satisfacer la obligación impuesta por la norma en examen [art. 22, Ley 23.982]”<sup>44</sup>.

Por tal motivo, a efectos de evitar mayores dilaciones e incidencias, resulta indispensable fijar criterios claros en cuanto al modo de notificar tal decisión. Ya sea que se lo disponga en forma personal mediante cédula electrónica o *ministerio legis*. La importancia de notificar esta decisión, así como también la de incluir en ese auto aprobatorio una intimación a informar si el demandado cuenta con fondos o a acreditar la comunicación de previsión presupuestaria, resulta de gran relevancia si pretendemos dotar al régimen de mayor equilibrio.

Asimismo, si bien es una cuestión que desarrollaremos con mayor precisión más adelante, también se advierte como *saludable* que en el auto aprobatorio se incluya la aclaración de que la previsión y pago debe efectuarse conforme los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Martínez” (Fallos: 343:1894), lo que va a permitir evitar futuras incidencias.

### 6.5. Acreditación de la respectiva previsión

Como se indicó, aprobada la liquidación y notificada tal decisión –teniendo en cuenta la fecha de esta última–, el organismo accionado debe cumplir con la obligación de realizar la comunicación del art. 22 de la ley 23.982.

Ahora bien, si la notificación ocurrió con anterioridad al 31 de julio del año en curso, en los meses venideros y hasta tanto no se apruebe el presupuesto del año siguiente, el acreedor sólo podrá solicitar que se intime al organismo a acreditar haber realizado aquella comunicación.

Por el contrario, si ya se aprobó el presupuesto, el Estado Nacional ya se encuentra en condiciones de acreditar no sólo la efectiva previsión presupuestaria –mediante la identificación de la partida correspondiente– sino también el orden de prelación, que es el listado de orden cronológico en el que se deberían satisfacer las deudas según la antigüedad de la fecha de notificación (art. 170, Ley 11.672)<sup>45</sup>.

Si por algún motivo el deudor omite cumplir con tales recaudos, el acreedor se encuentra en condiciones de solicitar la ejecución forzosa de su crédito, de acuerdo a lo previsto en el art. 22 de la Ley 23.982 y 167 y 168 de la Ley 11.672. Tal posibilidad se erige como una garantía frente a la prerrogativa que goza el Estado.

Por otro lado, también resulta relevante tener en cuenta que, de acuerdo al ya citado precedente “Martínez” (Fallos: 343:1894), la previsión presupuestaria

44 Fallos: 322:120.

45 Sin perjuicio de que, como ya se precisó, lo tribunales del Fuero Contencioso Administrativo Federal reconoce todo el año para perfeccionar el pago.

“debe ser comprensiva del capital de condena y de los intereses devengados hasta su efectivo pago”.

#### 6.6. *Vencimiento del ejercicio presupuestario pertinente. Eventual ejecución*

En su oportunidad se explicó que los tribunales del Fuero Contencioso Administrativo Federal interpretan que el Estado Nacional cuenta con todo el ejercicio presupuestario para cancelar las deudas debidamente previsionadas<sup>46</sup>. Por consiguiente, el acreedor debe aguardar al transcurso de todo ese año para poder solicitar que, ante el sostenimiento del incumplimiento, se dé inicio formal a la ejecución forzosa de su crédito y se ordene el embargo pertinente. Esto implica que, durante ese año, el interesado sólo podrá solicitar al tribunal interviniente que intime al organismo demandado a que acredite la efectiva previsión y el respectivo orden de prelación, mas no solicitar su cobro coactivo.

Resta recordar que en la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal se impone un criterio diferente<sup>47</sup>.

#### 6.7. *Ejercicio de la prerrogativa de diferir el pago una vez más, de acuerdo al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Curti” (Fallos: 339:1812)*

Con relación a este punto, nos remitimos a lo expuesto en el título III del presente trabajo en cuanto a la descripción del régimen vigente.

Sólo recordaremos que si el Estado Nacional acredita en forma oportuna el agotamiento de la respectiva partida, puede requerir que se le conceda la prerrogativa de diferir el pago –una vez más– para el ejercicio siguiente.

No obstante, la Corte Federal ha sido clara al afirmar que si “el deudor no acredita el agotamiento de la partida, incumple el orden de prelación para el pago o bien concretado el diferimiento transcurre el ejercicio sin que se verifique la cancelación de la condena dineraria, el acreedor está facultado para llevar adelante la ejecución. Ello es así, en razón de que no es admisible que el Estado pueda demorar el acatamiento de un fallo judicial mediante el incumplimiento de un deber legal (Fallos: 322:2132)”. Como ya lo advertimos, el ejercicio de esta nueva prerrogativa se encuentra supeditado al debido y oportuno cumplimiento de los recaudos pertinentes, lo que constituye una garantía para el particular.

#### 6.8. *Acreditación del depósito, dación en pago e imputación*

Contando con la respectiva partida presupuestaria, y atendiendo al orden de prelación, el Estado Nacional debería proceder a realizar el depósito, y a efectuar

46 Ver cita n° 56.

47 Ver cita n° 57.

la correspondiente dación en pago e imputación de acuerdo al capital e intereses reconocidos. Tal presentación debe ser proveída y puesta en conocimiento del acreedor, momento el que ha sido considerado por los tribunales como el “efectivo pago”<sup>48</sup>.

Es importante tener presente este último criterio, dado que los accesorios determinados conforme los lineamientos del precedente “Martínez” (Fallos: 343:1894) deberán contabilizarse hasta ese momento, en la medida en que la sentencia definitiva hubiese reconocido su devengamiento hasta el efectivo pago, aspecto que analizaremos con mejor precisión en el punto siguiente.

Por otro lado, si los intereses no fueron calculados de acuerdo a las pautas del mencionado fallo, el acreedor tiene derecho al reconocimiento de una liquidación complementaria de accesorios siempre y cuando haya realizado la debida reserva al momento de solicitar esa primera transferencia a su favor<sup>49</sup>.

### *6.9. Reconocimiento de intereses durante previsión. Innecesaridad de prever su pago. Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Martínez” (Fallos: 343:1894)*

En el ya referido pronunciamiento, el Alto Tribunal afirmó que los fines del régimen de previsión presupuestaria –armonizar la administración racional de los fondos públicos– “son de suyo inconducentes para fundar la improcedencia de los intereses durante la tramitación del pago...”. En consecuencia, sostuvo que “no puede reputarse como pago, con sus efectos extintivos propios, el inicio del procedimiento del art. 170 de la ley 11.672 mediante la previsión presupuestaria del monto de la condena a los valores computados (en concepto de capital e intereses hasta allí devengados) en la liquidación aprobada en la causa” y que, ello así, “los intereses moratorios, por imperativo legal, deben computarse hasta la cancelación del crédito en orden a satisfacer su integridad y producir el efecto liberatorio del pago para el deudor (art. 744 del código civil, actual art. 870 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

Por tal motivo, concluyó que la previsión presupuestaria debía ser “comprensiva del capital de condena y de los intereses devengados hasta su efectivo pago”, para que el respectivo depósito pudiese tener efectos cancelatorios.

48 CNACF, Sala II, en causa 5504/2010 “Quiliñán José Domingo c/ EN -M° Desarrollo-SENAF- Dto. 2807/93 s/empleo público”, resol. del 28/10/2022 y sus citas; y Sala IV, en causa n° 13136/08/CA5 “Coria Elder Andrés y otros c/ EN-M° defensa-AA y otros s/ personal militar y civil de las FFAA y de seguridad”, resol. del 13/4/2022.

49 CNACF, Sala IV, causas n° 13136/08/CA5 “Coria Elder Andrés y otros c/ EN-M° defensa-AA y otros s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”; 6115/04 “Cruz de Ledesma, Sonia Beatriz y otros c/ EN – M° Justicia Seg y DDHH- PFA y otros s/ daños y perjuicios”, resol. del 1/3/16; y 15772/09 “Homaq SA c/ EN – DNV- resol 777/01 623/09 (expte 4137/09) s/ proceso de conocimiento”, resol. del 23/2/16, entre otros.

Con estos fundamentos, la Corte Federal vino a zanjar dos interrogantes que habitualmente se presentaban ante los tribunales de justicia. En primer lugar, definió que corresponde el devengamiento de intereses moratorios durante el tiempo que demanda el cumplimiento del régimen de previsión presupuestaria y el efectivo pago. Esto implica que si los accesorios no fueron calculados hasta esa última fecha en la primera liquidación aprobada –como suele suceder en la práctica–, el acreedor tiene derecho a practicar una liquidación complementaria por los intereses que corresponde hasta ese momento.

Advertimos por demás acertado este criterio no sólo por cuanto guarda coherencia dogmática con una adecuada noción de “*pago íntegro*” (art. 867 y 870 del Código Civil y Comercial de la Nación), sino también porque atiende a la innegable problemática inflacionaria que padece nuestro país. Una solución contraria colisiona con el sentido más elemental de justicia, no sólo por la evidente depreciación de valor del crédito sino también por el claro enriquecimiento sin causa del Estado Nacional. La interpretación adoptada por la Corte Federal tiende a armonizar la relación existente entre las prerrogativas que gozan las autoridades públicas –principalmente, la diferir el pago en el tiempo– y la garantías que resguardan los derechos de los particulares –derecho de propiedad–.

En segundo término, en el citado precedente se estableció que, de aprobarse una liquidación complementaria de accesorios –por no haberse realizado una primera previsión comprensiva del capital y de la totalidad de los intereses devengados hasta el efectivo pago–, la cancelación de esta última no debe efectuarse mediante una nueva previsión presupuestaria. Por el contrario, como su reconocimiento deriva del incumplimiento en que incurrió el Estado Nacional al no efectuar el pago en forma debida, es decir íntegro, corresponde que se intime a su abono en un breve plazo perentorio, bajo apercibimiento de ejecución.

También entendemos como acertado este criterio, ya que guarda coherencia con los fundamentos expuestos en el párrafo anterior y, a su vez, evita “la extensión en el tiempo de los pleitos con perjuicio tanto para el erario público –por el devengamiento de intereses– como para los acreedores –por la dilación en la percepción íntegra de su crédito– y para el propio servicio de justicia –habida cuenta de la litigiosidad que ello provoca– y los ingentes recursos que deben destinarse para su resolución”, como lo señaló el Alto Tribunal en el pronunciamiento en cuestión. En efecto, “la sujeción de los accesorios a sucesivas previsiones presupuestarias, frustraría los fines propios del régimen...”.

#### 6.10. *Admisión de anatocismo en las liquidaciones complementarias*

El art. 770 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que: “No se deben intereses de los intereses, excepto que: (...) c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda

pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo”. Sobre la base de tal previsión, los tribunales de justicia han reconocido la procedencia de la mentada capitalización cuando el Estado Nacional ha incurrido en mora al realizar el pago de la primera liquidación aprobada. Por tal motivo, en las liquidaciones complementarias se ha admitido el anatocismo desde la fecha en que se verificó la referida mora.

Ahora bien, la jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto al momento en que se configura la mora, en la medida que la interpretación del mencionado precepto exige adaptarlo a las modulaciones propias que impone el derecho público. Mientras algunos tribunales entienden que, habiéndose oportunamente intimado al demandado a preverionar la deuda y vencido el ejercicio presupuestario en el que debía ser cancelada, el deudor incurre automáticamente en mora –es decir a partir del 1º de enero del año siguiente<sup>50</sup>; otros consideran que, tras el transcurso de ese ejercicio, se requiere una nueva intimación y recién una vez incumplida se verificaría la mora<sup>51</sup>.

### 6.11. *Tasa de interés*

Este último punto no constituye un hito procesal que responda a la secuencia cronológica del trámite que vinimos desarrollando. Por el contrario, se trata de una cuestión que puede y suele ser planteada en la propia demanda y decidida en la sentencia definitiva. No obstante, consideramos que no podemos concluir nuestro análisis de los aspectos más destacados de esta etapa del proceso sin hacer una breve referencia sobre este tan relevante asunto<sup>52</sup>, aun cuando no llegamos a ser exhaustivos en su tratamiento. Especialmente porque sería desacertado no advertir la relación directa que tiene con el desequilibrio del procedimiento de ejecución de sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero.

Así como señalamos que el reconocimiento de intereses durante el período de cumplimiento del régimen de previsión era una condición indispensable para garantizar un equilibrio en el funcionamiento del régimen –en tanto el diferimiento

50 CNACF, Sala IV, causa n° 47478/2010 “José J Chediack SAICA c/ EN-DNV-resol 777/01 623/09 (expte 2392/10) s/ proceso de conocimiento”, resol. del 13/9/22, entre otros.

51 CNACF, Sala I, en causa 14307/2010 “Claro Miguel Ángel y otros c/ EN-M Defensa-Ejercito-dto 1104/05 871/07 s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 7/12/2021; Sala III, en causas n° 56586/2014 “Grisendi, Osmar Alfredo c/ EN-M Defensa s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 24/2/2021; y 35170/2009 “Brignoli Alejandro y otros c/ EN-EMGE-dto 1782/06 751/09 s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, resol. del 29/12/2023; y Sala V, en causas n° 40201/2009 “Bonini Federico Martin y otros c/ EN-M Defensa-Ejercito dto 1104/05 751/09 s/personal militar y civil de las FFAA y de seg”, sent. del 05/10/2023; y 25111/2015 “incidente n° 1 - actor: Plat, Luis Emilio y otros demandado: EN-M Seguridad- GN s/ inc ejecución de sentencia”, sent. del 19/12/2023.

52 MAIRAL A. Héctor. “Control Judicial de la Administración Pública”, ed. Thomson Reuters-La Ley, Bs. As., 2021, p. 1043.

en el pago incide directamente en el valor del crédito—, también lo es que la tasa aplicable responda, al menos en buena medida, a la realidad inflacionaria vigente. De lo contrario, la merma en el valor podría resultar tan significativa que podría desvirtuar el derecho reconocido, tornándolo ilusorio.

En este sentido, no desconocemos que la jurisprudencia especializada en la materia, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de los tribunales del Fuero Contencioso Administrativo Federal<sup>53</sup>, ha convalidado la aplicación de la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina como idónea y adecuada para atender a esta problemática.

Comprendemos que el desafío planteado demanda el manejo de conocimientos de índole técnico en materia económica-financiera, motivo por el que no pretendemos arribar a conclusiones categóricas. Sin embargo, la necesidad de hacer visible la importancia de este aspecto —en virtud de su potencialidad para desnaturalizar el derecho reconocido— nos insta a no pasar por alto esta cuestión y seguir reflexionando.

## 7. ADMISIBILIDAD DE EXCEPCIONES AL RÉGIMEN

Para finalizar nuestro análisis, no podemos dejar de hacer referencia a una última cuestión de suma importancia: la posibilidad de admitir excepciones al régimen descripto.

Pese a que normativamente no se ha fijado ningún supuesto de excepción (a diferencia de cómo ocurrió, por ejemplo, con el régimen de consolidación<sup>54</sup>), la jurisprudencia ha reconocido tal posibilidad en diversas oportunidades, en especial cuando los acreedores son individuos en condiciones de vulnerabilidad, como

53 Fallos: 315:158 y 992; 327:3721, 328:2954, 331:1329, 340:483, 342:2198, 344:3618 y 345:89, entre otros; y CNACF, Sala I, causas n° 63.368/2016 “Sol Constructores SA c/ Edesur SA s/proceso de conocimiento”, sent. del 8/11/22, y 12698/2021 “Coto Centro Integral de Comercialización SA c/ EN-M Desarrollo Productivo (ex 89024949/20 - disp. 280/20) s/ defensa del consumidor - ley 24240 - art 45”, sent. del 25/10/22; Sala II, causas n° 53830/2019 “Córdoba, Laura Janet c/ EN - M Defensa - FFAA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg”, sent. del 3/6/22; y 80947/2017 “Iberia Líneas Aéreas de España SA Operadora c/ EN - DNM s/proceso de conocimiento”, sent. del 19/3/21; Sala III, causas n° 2626/2016 “Gioia, María Victoria c/ EN - M Justicia DDHH s/ daños y perjuicios”, sent. del 23/6/2021, y “Tarantini, Ramón César y otros c/ EN-M° Interior-GNA Dto. 1246/05 s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, de fecha 15/05/12; Sala IV, causas “Sardón, Facundo Ariel c/ E.N. – Min. Interior – PFA y otros s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 16/08/2018; y “Taliercio, Francisco Antonio y otros c/ E.N. – Min. Justicia – PFA y otros s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 4/07/2019, entre muchas otras; y Sala V, causas n° 81974/2017/CA1 “López, María Fernanda Ofelia c/ EN-Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación s/ empleo público”, sent. del 31/8/2022, y 114396/2006 “Gavilán, Carlos y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 8/7/2022

54 Art. 1° de la Ley 23.982 y 18 de la ley 25.344 y doc. de Fallos: 334:1361; y causa CIV 92762/2007/1/RH1 “Fariás, Héctor Emilio y otros c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, del 16/7/19, disidencia parcial del juez Rosenkrantz.

puede ser con una persona de avanzada edad o que padece serias afecciones de salud.

Uno de los precedentes más emblemático es el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en la causa “C., J.C.”<sup>55</sup>, en el que, al revocar la sentencia de la anterior instancia, dispuso la inaplicabilidad –no inconstitucionalidad<sup>56</sup>– del régimen en cuestión.

Para así decidir, el Alto Tribunal recordó que ya había señalado con anterioridad que “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico... un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”, que “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables...” y “que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de vulnerabilidad”.

Sobre la base de tales consideraciones, y teniendo en cuenta que “la situación de fragilidad del señor C. surge de forma evidente de las constancias de la causa” (que describió en forma detallada), concluyó que “sujetar, entonces, a una persona que padece un grave y progresivo deterioro funcional a un plazo de espera que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, implicaría frustrar la sustancia de su derecho, puede encontrar sustento formal en la letra de la ley pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional”.

En un sentido análogo, el Alto Tribunal admitió exclusiones al régimen de consolidación cuando “la demora que implica el cumplimiento de dicho procedimiento conlleve una afectación de la sustancia del derecho reconocido en la sentencia atento a la necesidad impostergable de la percepción del crédito”<sup>57</sup>.

En estos términos, se advierte una clara pauta de interpretación que habilita a declarar la inaplicabilidad–no la inconstitucionalidad, en principio–de las disposiciones de los art. 22 de la Ley 23.982 y 170 de la Ley 11.672 cuando la demora que importa el cumplimiento de tal procedimiento puede significar la desnaturalización del derecho reconocido, en razón de cuestiones de salud, edad avanzada u otra circunstancia de vulnerabilidad.

Otros ejemplos claros de alternativas en sentido similar pueden encontrarse en los precedentes de la Sala II de la CNACAF en la causa 50.029/2011 “A., R.H. y Otra c/ E.N. M Seguridad - P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 12/7/2017, y de la Sala III del CNACCF en la causa 6925/006 “Cachambi de González, Mónica Andrea c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ daños

55 Fallos: 343:264.

56 Por el contrario, en su voto, el juez Rosenkrantz estimó procedente la declaración de inconstitucionalidad de la norma en el caso.

57 Fallos: causa CIV 92762/2007/1/RH1 “Farías, Héctor Emilio y otros c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. y otros s/ daños y perjuicios” en la disidencia del juez Rosenkrantz.

y perjuicios”, causa n° 6925/06, sentencia del 18/09/2014. En aquellos casos, atendiendo a las excepcionales circunstancias fácticas, se convalidó la aplicación del régimen instando a que se “realice el pago correspondiente de forma voluntaria, con celeridad y rapidez (sin que las víctimas se vean obligadas a la ejecución forzada de la sentencia)”, y advirtiendo la improcedencia de acudir a la prerrogativa reconocida en el precedente “Curti” (Fallos: 339:1812).

## 8. CONCLUSIONES

La experiencia diaria en materia de ejecución de sentencias que condenan al Estado Nacional a pagar sumas de dinero evidencia lo dificultoso que puede resultar lograr tal cometido en la práctica.

El régimen que describimos en el presente trabajo se encuentra caracterizado por una particular exorbitancia –justificada esencialmente en razones de índole presupuestaria–, que nos impone bregar por un sano equilibrio, con el fin de asegurar que las prerrogativas que goza el Estado Nacional no se transformen en medios para desvirtuar los derechos patrimoniales reconocidos a los particulares.

Este desafío no nos invita a invalidar el sistema actual, que muchas acertadas justificaciones y virtudes tiene, sino tan sólo a buscar herramientas complementarias –a nivel presupuestario, administrativo y procesal– que puedan asegurar su más adecuado y armónico funcionamiento.

Los criterios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales en diversos precedentes, en los que, por ejemplo, reconoció el devengamiento de intereses durante el trámite de previsión presupuestaria o se admitieron excepciones al régimen por cuestiones de salud, se advierten como indicadores alentadores en este sentido. No obstante, la relevancia de la cuestión, en tanto involucra la plena operatividad de los derechos a la propiedad, a la tutela judicial efectiva y, en última instancia, a la dignidad humana<sup>58</sup>, nos exige continuar repensando alternativas.

En este sentido, la fijación normativa expresa de excepciones para supuestos de vulnerabilidad o escaso monto<sup>59</sup>, la creación de fondos estables para atender a sentencias judiciales<sup>60</sup>, la implementación de mecanismos para incluir las sentencias definitivas dictadas con posterioridad a la aprobación de la Ley de Presupuesto Anual<sup>61</sup>, la continua evaluación de las tasas de interés que para garantizar que atiendan en forma efectiva al fenómeno inflacionario, la admisión del anatocismo, el cumplimiento oportuno de las intimaciones y mandas dispuestas

58 GARCÍA PULLÉS, Fernando. “Lecciones de Derecho Administrativo”, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015, t. II, p. 146/147.

59 Por ej. arts. 399 y 400 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

60 Ver nota 81.

61 Como también sucede en el régimen del Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

en esta etapa del proceso y el adecuado empleo de las herramientas procesales que permiten instar la prosecución del trámite, entre otros, se aprecian como aspectos sobre los que deviene ineludible continuar reflexionando si pretendemos lograr que este particular régimen se vea dotado de un sano equilibrio.

En esencia, como lo señalaran García de Enterría y Fernández, “de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos”<sup>62</sup>, en la medida de que “cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar”<sup>63</sup>.

---

#### FACUNDO MACIEL BO

Es Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Prosecretario letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y de su Foro Permanente de Jóvenes Administrativistas.

62 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás R. “Curso de Derecho Administrativo”, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 53.

63 RAWLS, J. “Teoría de la Justicia”, The Belknap Press of Harvard University Press., sexta reimpression, Cambrigde, 2006, p. 17. El referido autor explica, a lo largo de su obra, que su teoría se estructura, en buena parte, sobre la segunda formulación del imperativo categórico I. KANT: el hombre entendido como un fin en sí mismo.

## LA ACCIÓN DE AMPARO POR MORA EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, CON LA REFORMA DE LA LEY 27.742

SANTIAGO RUBIO

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de  
Buenos Aires; Funcionario en la Secretaría Judicial  
Nº 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El amparo por mora en su contexto normativo. 3. Algunos cambios introducidos en la Ley 19.549 y su posible impacto en el amparo por mora. 3.1. Ámbito de aplicación. 3.2. Principios fundamentales. 3.3. Plazos. 3.4. Silencio positivo. 3.5. Vía recursiva. 4. Lo que no cambió en la Ley 19.549 y podría haber impactado en el amparo por mora. 4.1. Plazo razonable. 4.2. Subsistencia del régimen procesal de la Ley 16.986. 5. El amparo por mora en su redacción actual. 5.1. De redacción. 5.2. De trámite. 5.3. Efecto devolutivo. 5.4. Objeto de la pretensión. 5.5. Facultades judiciales. 6. Colofón.

### I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, presentamos la acción de amparo por mora en la redacción actual de la Ley 19.549, tras las modificaciones introducidas mediante la ley 27.742.

Ante todo, diremos brevemente que es: *(i)*. una acción, en tanto proceso judicial; *(ii)*. de amparo, por cuanto tiende a revertir una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de, en este caso, una autoridad administrativa; y *(iii)*. por mora, ya que dicha ilegalidad o arbitrariedad consiste en una mora, más específicamente: la mora en emitir el dictamen, la interpretación aclaratoria o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos se encuentran contenidos en el art. 28 de la Ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferir un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial<sup>1</sup>.

Para una delimitación conceptual, llamaremos a esta acción “amparo por mora” y lo definiremos, siguiendo a Balbín, como un proceso que tiene por

1 Fallos: 323:2602, “Ambrosino”, entre otros.

objeto que el juez se expida sobre la demora del Poder Ejecutivo en responder a las pretensiones o pedidos del interesado y, en su caso, ordenarle que resuelva en un plazo perentorio<sup>2</sup>.

Encontramos consenso jurisprudencial en que el resultado pretendido es –o, al menos, era<sup>3</sup>– conseguir, únicamente, el pronunciamiento de la administración. En ese sentido, se ha dicho que sobre la base del derecho básico de la ciudadanía a una obtener decisión fundada, existe correlativamente la inexcusable obligación administrativa de resolver toda petición; esto no significa que la administración deba pronunciarse en un sentido o en otro: sólo que debe expedirse respecto de la solicitud presentada por la parte interesada<sup>4</sup>. Así, el ámbito de conocimiento de la acción de amparo por mora se limita a comprobar si se ha configurado –o no– la situación de mora de la administración; no corresponde pronunciarse en relación con el acierto o desacierto de la posición adoptada, sino acerca de la existencia de mora administrativa: no se trata, pues, de que pueda resolverse en un sentido o en otro, sino de que corresponda dar respuesta a la petición efectuada y si, en consecuencia, resulta procedente el pedido de la orden de pronto despacho a fin de que la administración se expida<sup>5</sup>.

En suma, tal como hemos leído y repetido, invariablemente en los tribunales y en las facultades, el amparo por mora no tiene otro objeto judicial más que obtener el pronunciamiento estatal; no en un sentido o en otro, sino el pronunciamiento administrativo y *nada más*<sup>6</sup>.

Con esas premisas, trabajaremos el amparo por mora según cómo ha sido regulado en el texto original de la Ley 19.549 y repasaremos las modificaciones normativas que encontramos relevantes, deteniéndonos especialmente en las modificaciones que introdujo la Ley 27.742 en el instituto: tanto al modificar, en general, la Ley de Procedimientos Administrativos; cuanto al rediseñar, en particular, sus artículos 28 y 29.

Para cerrar esta introducción, anticipamos que, como veremos sobre el final del trabajo, nos animaremos a plantear, más a título experimental que como

2 BALBÍN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, segunda edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 228.

3 Dejamos planteado un tiempo pasado, por los alcances que la redacción introducida por la ley 27.742 pudo haber introducido en la materia.

4 CNACAF, Sala I, causa “Ravara, Alberto Adhemar c/ EN – M Justicia y DDHH - ex 115022457/21 s/ amparo por mora”, del 12/9/2024, entre otros.

5 CNACAF, Sala III, causa “Miguez, Javiera y otro c/ EN-M Justicia y DDHH – EX 87933124/23 s/ amparo por mora”, del 16/5/2024, entre otros.

6 Desde ese enfoque, puede ser visto como un instituto que amalgama la regulación de la ley 19.549 sobre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo. Por razones de espacio y recorte temático, no ahondaremos en esta divergencia: basta con señalar que sigue la construcción argumental formulada por el juez Maqueda en el precedente de Fallos: 327:4681, “Resch” (cons. 6º de la disidencia del juez Maqueda).

hipótesis de trabajo, que la última reforma legal pudo haber introducido una variación relevante en ese esquema.

## **2. LA REGULACIÓN DEL INSTITUTO. EL AMPARO POR MORA EN SU CONTEXTO NORMATIVO**

Brevemente, diremos que el amparo por mora, tal como lo entendemos al menos hoy, se ubica en el art. 28 de la Ley 19.549<sup>7</sup>, que lo reguló de manera bastante parecida al texto vigente antes de esta última modificación<sup>8</sup>.

La Ley 21.686<sup>9</sup> introdujo algunas modificaciones a la redacción del art. 28 recién referido<sup>10</sup>. Señalamos que allí se incorporó la referencia a “el juez” en lugar de “la justicia” y que la decisión del juez, posiblemente sobre la decisión de pedir el informe, “será inapelable”.

Podemos mencionar, aunque no haya modificado el texto del apuntado artículo 28, que el Honorable Congreso de la Nación introdujo una referencia legal al instituto, cuando sancionó la Ley 24.655. Al crear la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, atribuyó a sus juzgados el amparo por

7 Publicada en el Boletín Oficial el 27/4/1972; por razones de brevedad, la llamaremos ley.

8 “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados- y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

9 Publicada en el Boletín Oficial el 25/11/1977; por razones de brevedad, la llamaremos ley.

10 “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando, la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

mora en materia de seguridad social<sup>11</sup>. Podemos encontrar, también, referencias al amparo por mora en el art. 85 de la Ley 25.871<sup>12</sup>, que regula el amparo por mora en el ámbito migratorio<sup>13</sup>.

La última referencia que haremos es a la Ley 27.275. No porque en ella se haya regulado sobre el amparo por mora; sino porque con ella, contrariamente, se dejó de lado esa acción especial como herramienta para litigar judicialmente por el acceso a la información pública en los términos del art. 14 del Decreto 1172/2003<sup>14</sup>.

### **3. ALGUNOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEY 19.549 Y SU POSIBLE IMPACTO EN EL AMPARO POR MORA<sup>15</sup>**

#### *3.1. Ámbito de aplicación*

- i.* En primer lugar, debe mencionarse que la ley se aplicará a los organismos militares y de defensa y seguridad<sup>16</sup>.

De tal modo, ya no cabe duda sobre la procedencia del amparo por mora en esos ámbitos. Si bien podía tratarse de una cuestión ya superada por la jurisprudencia<sup>17</sup>, esta modificación no puede ser soslayada.

11 Artículo 2º: “Los juzgados creados por la presente, serán competentes en: (...) d) El amparo por mora previsto en el artículo 28 de la Ley 19.549, modificada por la Ley 21.686, en materia de seguridad social”.

12 Artículo 85. “La parte interesada podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho, la cual será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados o, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que exceda lo razonable para dictaminar. Presentado el pedido, el juez debe expedirse sobre su procedencia teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, de entenderlo procedente, requerirá a la autoridad administrativa interviniente un informe acerca de las causas de la demora invocada, fijándole para ello un plazo. La decisión judicial será inapelable.

Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo sin haber obtenido la resolución pertinente, el juez resolverá lo que corresponda con relación a la mora, librando –en su caso– la orden correspondiente a fin de que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo que se establezca de acuerdo con la naturaleza y complejidad del caso pendiente”.

13 Por razones de espacio, se deja sentado que no se trabajará sobre la incidencia que podría tener, o no, las modificaciones introducidas de la ley 27.742 a los arts. 28 y 29 de la ley 19.549 en lo referente a los apercibimientos judiciales incumplidos.

14 Como es sabido, en éste se dejaba expedita la acción de amparo por mora frene a una respuesta “ambigua, parcial o inexacta”; actualmente, la demanda “tramitará por la vía del amparo” de acuerdo con el artículo 14, cuarto párrafo, de la ley 27.275.

15 En este apartado, veremos algunos cambios de la ley, en general, pueden tener impacto en el amparo por mora. La lista no será exhaustiva.

16 Art. 1º, inc. “d”, de la ley 19.549 en su redacción actual.

17 CNACAF, Sala I, causa “Perez, Gladys Graciela c/ EN- M Seguridad-PFA s/amparo por mora”, del 9/6/2015, “está en juego la Constitución Nacional”; “De seguirse la tesis propuesta en el memorial se llegaría a la inaceptable conclusión de que la Policía Federal Argentina se halla

- ii. En segundo lugar, debe decirse que la ley también resulta aplicable a los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa<sup>18</sup>.

Será interesante ver, pues, caso por caso, en qué medida, con qué alcance y en qué supuestos puede llegar a ser admisible, o no, el amparo por mora en el marco de su actividad “materialmente administrativa”.

Al respecto, no puede dejar de observarse que el art. 28 de la Ley 19.549 lleva como título “Amparo por mora de la Administración”. Asimismo, la ley contiene dos referencias expresas: a que “la autoridad administrativa” haya dejado vencer los plazos; y a que el tribunal deberá: pronunciarse sobre “el plazo propuesto por la Administración” y, eventualmente, fijar “el plazo para que la Administración se pronuncie”.

Por un lado, mención de “autoridad administrativa” no necesariamente escaparía a la idea de una autoridad pública ejerciendo función materialmente administrativa y podría encontrar correlato con el derecho de toda persona a obtener un pronunciamiento estatal frente a una solicitud expresa.

Por otro lado, las reiteradas referencias expresas a “la Administración”, en el contexto de una ley que parece referirse más a la Administración Pública que a cualquier autoridad de todo poder estatal en ejercicio de función materialmente administrativa, pueden ser una pauta en un sentido distinto. Si esta fuese la interpretación escogida para el amparo *por mora de la administración*, podría ser complementada con que el art. 29 de la Ley 19.549 establece que la desobediencia tornará aplicable lo dispuesto en el art. 17 del Decreto-Ley 1285/1958, que remite a las faltas “en que incurran ante los tribunales nacionales *funcionarios y empleados dependientes de otros poderes u organismos del Estado Nacional o Provincial*, actuando en su calidad de tales” (énfasis añadido).

En definitiva, será una cuestión que posiblemente merezca interpretaciones diversas.

### 3.2. Principios fundamentales

La necesidad de acotar la referencia al art. 1° bis de la Ley 19.549 nos lleva a poner de relieve, apenas, que la norma resalta el derecho a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa, de modo que la administración, en los términos del art. 1° bis, inc. “a”, punto iv, “está obligada a dictar resolución expresa (...) en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”. Esta norma debe

---

exenta de dar una respuesta concreta, cumpliendo los plazos legalmente establecidos o, a falta de dichos plazos, dentro de razonables pautas temporales, a una solicitud formulada en ejercicio del derecho a peticionar a las autoridades”.

18 Art. 1°, inc. “a”, punto ii, de la ley 19.549 en su redacción actual.

ser leída junto con el art. 3º de la Ley 19.549, que mantiene que la competencia “constituye una obligación”.

En suma: frente a un pedido, se trate de recurso o de reclamo, el órgano competente se encuentra obligado a resolver de manera expresa y, en caso de que no lo haga en un plazo razonable –y sin perjuicio de la facultad de la persona particular<sup>19</sup> de utilizar, en su favor, la figura del silencio– se podrá promover la acción de amparo por mora.

### 3.3. *Plazos*

Basta con referir que en el art. 1º *bis*, inc. “g”, punto *viii*, de la Ley 19.549 se estableció como plazo genérico el de sesenta días, a contar desde que el órgano competente esté en condiciones de resolver. Tiempo similar encontramos en el art. 10, inc. “a”, segundo párrafo de la Ley 19.549.

Podríamos, entonces, al menos preliminarmente, considerar que ese plazo será una pauta útil para ponderar los tiempos estatales frente a la exigencia del art. 28 de la Ley 19.549, en lo referente a “los plazos fijados o, en caso de no existir éstos, cuando hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable”. De todas formas, habrá que ver, en casos concretos, si ese lapso es razonable.

### 3.4. *Silencio positivo*

Un criterio novedoso incorporado con la modificación legislativa fue el silencio con sentido positivo del art. 10, inc. “b”, de la Ley 19.549.

Sin que quepa caracterizarlo o valorarlo en estas líneas, nos permitimos pensar qué impacto puede tener frente al amparo por mora.

A primera vista, poco o nada. Si estamos frente a un supuesto en el cual se atribuye legalmente un sentido positivo al silencio, bastará con el transcurso del plazo previsto en la norma para poder “exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa”. Dicho de otra manera: carece de relevancia que, para la configuración del silencio, se cuente con una acción especial para que se obligue judicialmente a la administración a pronunciarse. Se sabe que el silencio es una figura instituida en favor de la persona particular y no un premio para la actitud negligente de la administración<sup>20</sup>.

Con otra mirada, sin embargo, habrá que ver cómo conjuga con el apercibimiento del art. 28, cuarto párrafo, de la Ley 19.549. Concretamente, si podrá asimilarse, en sus efectos, “el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante” contenido en la norma frente a casos donde exista una incertidumbre sobre los alcances del silencio. Siguiendo este enfoque, podría reflexionarse acerca del impacto del amparo por mora, dada la regulación del art. 28, cuarto

19 Obrando “con buena fe y lealtad” (art. 1º *bis*, inc. “c”, de la ley 19.549).

20 Fallos: 346:921, “Biosystems”, entre otros.

párrafo, de la Ley 19.549, para los supuestos excluidos del silencio positivo en el art. 10, inc. “b”, segundo párrafo; sobre todo para cuestiones atinentes a salud pública<sup>21</sup> o medio ambiente.

Con todo, las críticas al silencio positivo como privatización de la actividad administrativa podrían ser atenuadas con un uso prudente del amparo por mora, para supuestos de duda razonable en los que puede ser útil una intervención judicial para conocer la palabra administrativa sin necesidad de tramitar una acción ordinaria declarativa de certeza o para evitar una ulterior acción de lesividad.

### 3.5. *Vía recursiva*

En la regulación actual de la vía recursiva, encontramos que se podrá impugnar judicialmente actos de alcance particular cuando, en los términos del art. 23, inc. “b”, punto iv, de la Ley 19.549 se trate de actos dictados “en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme”.

En una primera lectura, esta previsión parece encontrarse dirigida a la impugnación de actos administrativos que sean el resultado de un juicio anterior en cuyo marco se haya conseguido una sentencia que declaró la nulidad de un acto previo y ordenó el dictado de un nuevo acto con arreglo a lo allí decidido. Esta interpretación encaja fácilmente en la referencia a que el *nuevo* acto sería impugnabile directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia.

Sin perjuicio de esa primera lectura lineal de la norma, no debería llamar la atención que se intente conseguir la impugnación judicial de un acto administrativo que sea la consecuencia de una sentencia que admitió un amparo por mora. Lógicamente, si se tratara del acto administrativo que resolvió un reclamo administrativo previo a la demanda judicial o del acto administrativo que resolvió el recurso jerárquico, la invocación del supuesto excepcional aquí tratado carecería de relevancia. Ahora bien, corresponderá ver qué sucedería si se diera el caso en el que se trate de un acto que no necesariamente hubiera agotado la vía administrativa y permitido la interposición de la demanda judicial.

Si se diera este supuesto, ante una “resolución de fondo”, habrá que ver si resulta operativa la excepción del art. 23, inc. “b”, punto iv, de la Ley 19.549 y si tiene sentido –y resuelta procesalmente sostenible– que la discusión se dé en el marco de la ejecución de sentencia del amparo por mora. Parece difícil, sobre todo si se repara en que se estaría discutiendo la impugnación de un acto administrativo en una instancia preparada para ejecutar un pronunciamiento judicial<sup>22</sup>.

21 Sobre este concepto, será interesante, también, ver si los alcances de esa exclusión abarcan supuestos de salud o de salud pública; conceptos diferenciables.

22 Para dejar de plantear hipótesis que quizás jamás sucedan, no transpolaremos el razonamiento a la previsión contenida en el art. 23, inc. “c”, punto iv, de la ley 19.549.

#### **4. LO QUE NO CAMBIÓ EN LA LEY 19.549 Y PODRÍA HABER IMPACTADO EN EL AMPARO POR MORA<sup>23</sup>**

##### *4.1. Plazo razonable*

No hay una definición, en la ley, sobre qué debe entenderse por plazo razonable.

Como vimos anteriormente, hay algunas pautas que parecen remitir a los sesenta días hábiles administrativos. Sin embargo, no se ha despejado los alcances de la razonabilidad del plazo y subsisten algunos interrogantes.

Sólo diremos que, a la luz del plazo genérico y dado el deber de obrar con lealtad y buena fe impuesto a las personas particulares, habrá que ver de qué manera se interpretan tales preceptos y qué incidencia tendrán, o no, ciertos conceptos como la “actividad procesal del interesado” y el “análisis global del procedimiento”<sup>24</sup>.

##### *4.2. Subsistencia del régimen procesal de la Ley 16.986*

Como sabemos, era una práctica usual en el fuero Contencioso Administrativo Federal que la acción de amparo por mora, en sus aspectos procesales, se ajustara a la regulación contenida en la Ley 16.986. La modificación introducida por la Ley 27.742 al proceso de amparo por mora no convalidó, ni modificó esa práctica. Subsisten, pues, algunos interrogantes y aparecen nuevas preguntas.

##### *(i) Costas*

Hay divergencia de opiniones entre las magistradas y los magistrados del fuero Contencioso Administrativo Federal en relación con la imposición, o distribución, de las costas frente a la existencia de amparos por mora que devienen abstractos con la sanción del acto administrativo que constituía el objeto de la demanda.

Concretamente, y sin entrar en mayores precisiones, podíamos pensar que, de un lado, no habría condena en costas –digamos: se distribuyen por su orden– si antes del plazo fijado para la contestación del informe hubiese cesado el acto u omisión en que se fundó el amparo (art. 14 de la Ley 16.986); o, de otro lado, que el principio general de costas a la parte vencida y haber obligado a la parte actora a litigar exigirían imponérselas a la demandada si el acto fue dictado después de la interposición de la demanda (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Esta divergencia no es menor: la decisión repercute de manera directa en los honorarios profesionales. La norma no lo aclara.

23 En este apartado, veremos qué no cambió de la ley 19.549 y podría haber cambiado para aclarar algunas discusiones vinculadas con el amparo por mora. La lista no será exhaustiva.

24 Fallos: 335:1126, “Losicer”, entre otros.

(ii) *Recurso de apelación*

La modificación legislativa introdujo cambios en dos aspectos relevantes: fijó los plazos para que la demandada conteste el informe sobre la aducida demora y para que la actora conteste dicho informe<sup>25</sup>; y estableció el efecto devolutivo para la concesión del recurso de apelación<sup>26</sup>.

Sin embargo, esas dos modificaciones siembran un interrogante: si, expresamente, se fijó plazos para el trámite del informe y se reguló la apelación, qué sucede con los plazos para interponer, justamente, el recurso de apelación.

En limpio: ¿se aplica el plazo de cinco días a todas las etapas del trámite de la acción de amparo por mora, aunque no hayan sido previstas en la norma de manera expresa?; o ¿se mantienen las cuarenta y ocho horas corridas del art. 15 de la Ley 16.986<sup>27</sup>, que resulta una norma de aplicación supletoria o analógica? La norma tampoco lo aclara.

**5. EL AMPARO POR MORA EN SU REDACCIÓN ACTUAL<sup>28</sup>**

5.1. *De redacción*

El art. 28 de la Ley 19.549 exhibe algunos cambios de redacción: se incorporó “Quien fuere parte” en lugar de “El que”.

Esta modificación parece encontrarse dirigida a la posibilidad de presentar una acción de amparo por mora invocando una representación colectiva<sup>29</sup>.

5.2. *De trámite*

Como se dijo, se fijaron los plazos para la producción y la contestación del informe sobre la posible mora, agregando que la autoridad deberá informar “el plazo dentro del cual expedirá la medida solicitada”.

25 Antes la norma hablaba del “plazo que le fije” el tribunal.

26 Anteriormente, por aplicación del art. 15 de la ley 16.986, se solían conceder “en ambos efectos”.

27 Usualmente criticadas por breves y pensadas para un recurso concedido con efecto suspensivo; amén de encontrarse reguladas en un decreto-ley, aspecto tan ajeno a este trabajo como las referencias a las leyes 19.549 y 21.686.

28 Aquí, veremos algunas modificaciones de los arts. 28 y 29 de la ley 19.549 en su redacción actual, comparando su texto con el anteriormente vigente.

29 La inclusión de la expresión “el juez” en tres oportunidades parece reflejar que la intención del artículo no fue dejar de lado el uso del género masculino. De todas formas, reflexionar sobre esta perspectiva es, también, ajeno al reducido objeto de este trabajo.

### 5.3. *Efecto devolutivo*

Como también se vio, se fijó el efecto devolutivo para la concesión del recurso de apelación. La norma no contenía, anteriormente, una referencia expresa sobre el punto<sup>30</sup>; pero solía utilizarse el art. 15 de la Ley 16.986.

### 5.4. *Objeto de la pretensión*

En su redacción anterior, la norma indicaba la procedencia de la acción cuando hubiese vencido un plazo “sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado”; actualmente, la ley agrega “la interpretación aclaratoria”.

### 5.5. *Facultades judiciales*

La Ley 19.549 incorporó, en sus arts. 28 y 29, dos referencias que pueden ser muy importantes: *i.* en el art. 28, se añadió que el tribunal puede “agregar, en todos los casos, el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante de no respetarse el nuevo plazo aceptado o fijado”; y *ii.* en el art. 29, se dejó constancia de que desobedecer a la orden judicial “tornará aplicable, a los efectos disciplinarios, lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto-Ley 1285/58, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren corresponder por dicha desobediencia”<sup>31</sup>.

Al comienzo de estas líneas, precisamos el consenso que ha generado la acción de amparo por mora como una demanda tendiente a obtener el pronunciamiento de la administración; con hincapié en que no se podía pretender, desde una mirada consolidada del instituto, que tal pronunciamiento fuese en un sentido determinado. Con los dos cambios recién apuntados, la Ley 19.549, en su redacción actual, contiene una variación que puede resultar sustancial sobre la definición clásica del amparo por mora.

## 6. COLOFÓN

Como pudimos ver, la acción de amparo por mora es una acción judicial, incluida en la ley de procedimientos administrativos, prevista para situaciones muy concretas y que tiene un marco de conocimiento acotado y separado de otros procesos judiciales.

No se trata de un instituto procesal novedoso, pero sigue siendo un tipo de proceso de uso muy frecuente en los tribunales federales. La frecuencia en su uso y las particularidades de cada caso han dado lugar a la existencia de divergencias interpretativas sobre su trámite y sobre los alcances de la acción.

30 Hemos dicho que la referencia a que la decisión “será inapelable” parecía remitir, en rigor, a la decisión de solicitar el informe sobre la demora aducida.

31 Énfasis en las partes añadidas.

En el contexto descripto, la Ley 27.742, al modificar la 19.549, introdujo cambios que pueden tener relevancia sobre la figura que nos ocupa. En líneas generales, podemos decir que algunos de esos cambios se ofrecen como positivos; y, otros, mantienen ciertos interrogantes y plantean algunos que parecían respondidos. Ciertamente, podemos verificar que la modificación al texto legal no incorporó cambios concretos y precisos sobre algunas de las referidas divergencias interpretativas; en particular, sobre la relación del amparo por mora, incorporado en la Ley 19.549, con el trámite de la acción de amparo, regulado en la Ley 16.986. Estos nuevos interrogantes seguramente irán siendo despejados con el transcurso del tiempo y de los planteos en sede judicial.

Finalmente, debemos decir que la reforma legislativa se pronunció de manera expresa sobre dos aspectos que permiten pensar en un cambio radical sobre los alcances del amparo por mora; más concretamente, sobre las facultades judiciales frente al incumplimiento de la sentencia. Con esta mirada, estaríamos en condiciones de afirmar que la última reforma legal pudo haber introducido una variación sustancial en ese esquema: al incorporar *el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud* y al mencionar, de manera clara y concreta, que lo dispuesto en el art. 17 del Decreto-Ley 1285/1958 será *sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren corresponder por dicha desobediencia*, es posible detectar un cambio de paradigma en la acción de amparo por mora. Desde el ángulo aquí propuesto, ya no se trata únicamente de una acción para que la autoridad *dicte un acto*: la ley otorga facultades al tribunal para que disponga un apercibimiento frente al transcurso de un plazo judicial sin que ese acto haya sido dictado e incorpora una referencia expresa a otras responsabilidades que van más allá de la estrictamente disciplinaria.

Para concluir, diremos que la ley de procedimientos administrativos recepta, en el amparo por mora, la potestad judicial de *reemplazar* la –falta de– decisión administrativa mediante una sentencia: el Congreso amplía las facultades del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo<sup>32</sup>. Y, si bien lo hace para *considerar aprobada la solicitud del peticionante*, palabras antes aclara que el apercibimiento podrá ser agregado *en todos los casos*. Por ello, vale preguntarse si, efectuando una lectura integral y armónica de las modificaciones legislativas, el apercibimiento: ¿incluye también los supuestos excluidos del silencio positivo: salud pública y medio ambiente?<sup>33</sup>; ¿sería posible, en casos concretos que lo ameriten, asimilar *solicitud* a *recurso*?; y, por último, ¿estamos ante a una excepción al carácter declarativo de las sentencias previsto en el art. 7º de la Ley 3952? Si bien

32 Aparece visible, con este enfoque, la relación entre los tres poderes estatales.

33 Sería interesante incorporar a esta línea argumentativa el concepto de *vulnerabilidad*, desde los arts. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional y, por qué no, 2º, inc. 2, de la ley 26.854.

estos interrogantes, formulados aquí y ahora, pueden sonar extravagantes, habrá que ver de qué manera se interpreta jurisprudencialmente la nueva regulación.

---

SANTIAGO RUBIO

Es Abogado y Profesor Adjunto de la materia Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín. Funcionario en la Secretaría Judicial n° 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

santiagorubio@derecho.uba.ar.

## LOS RECURSOS DIRECTOS EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MODIFICADA

JUAN ANTONIO STUPENENGO

Profesor de diversas universidades públicas y privadas del país; Socio del Estudio Beccar Varela.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Plazo de interposición del recurso directo. 3. Cómputo del plazo de interposición del recurso directo. 4. Análisis de admisibilidad. 4.1. Plazo para la elevación del recurso directo. 4.2. Remedio ante la falta de elevación del recurso directo. 4.3 La fundamentación del recurso directo. 4.4. El ofrecimiento y la admisibilidad de la prueba. 4.5. Improcedencia del *solve et repete* ante la impugnación de sanciones de carácter pecuniario. 5. Efecto del artículo 25 *bis* de la LNPA en el tiempo. 5.1. Efecto sobre las normas existentes que contienen disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 *bis* de la LNPA. 5.2. Efecto sobre las normas futuras que contengan disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 *bis* de la LNPA. 6. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Entre las reformas introducidas al Decreto Ley 19.549, Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), por la Ley 27.742, denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (Ley de Bases), se encuentra el agregado del artículo 25 *bis*, especialmente dedicado a regular aspectos centrales de los denominados recursos directos. Cabe entender por tales a los remedios especialmente previstos en determinados regímenes sectoriales para la impugnación judicial de los actos administrativos emitidos en su marco.

Como se sabe, en nuestro país –en especial en el ámbito federal– no existe una ley marco regulatoria de la totalidad de los recursos directos. Más bien, nos encontramos con una infinidad de leyes sectoriales dispersas en las que se prevén distintos recursos directos para la impugnación judicial de los actos dictados en su marco. Además, la regulación de los remedios contenida en aquellas leyes sectoriales es absolutamente diversa, no solo en cuanto a la denominación que se les asigna<sup>1</sup>, sino,

1 En las leyes podemos encontrar las más variadas denominaciones para los recursos directos; entre ellas, por ejemplo, la de “recurso” (art. 25 *bis*, LNPA [t.o. Ley 27.742]); “recurso directo” (art. 81, Ley 24.065, del Marco Regulatorio Eléctrico; arts. 70 y 73, Ley 24.076, del Marco

también, en lo que hace a los aspectos procesales regulados en cada caso (por ejemplo, la determinación de los actos contra los que proceden, el plazo para su interposición, el tribunal competente para la resolución<sup>2</sup>, el trámite a asignarles, etc.). A tal punto resulta heterogénea la regulación sectorial de los distintos recursos directos que podría decirse que su único común denominador es su naturaleza impugnatoria –es decir, que se dirigen al cuestionamiento de actos administrativos– y, más allá de su denominación, su naturaleza de auténticas acciones judiciales<sup>3</sup>.

De manera que en aquellos casos en los que una ley sectorial especial prevé un recurso directo, la impugnación de los actos administrativos emitidos en su marco no debe tener lugar mediante la vía general prevista en el artículo 23, inc. a), de la LNPA –o sea, mediante la interposición de recursos administrativos o de la acción judicial ordinaria dentro del plazo general de caducidad–, sino, más bien, mediante el específico recurso directo previsto en la norma sectorial en cuestión.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley de Bases, la única regulación de los recursos directos contenida en la LNPA se encontraba en su artículo 25 –dedicado al plazo de caducidad de la acción contencioso-administrativa–, en cuyo último párrafo se disponía que, cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo debía hacerse por vía de recurso, el plazo

---

Regulatorio del Gas; arts. 143, 145 y 146, Ley 26.831, de Mercado de Capitales); “recurso judicial” (art. 76, Ley 24.065, del Marco Regulatorio Eléctrico); “recurso judicial directo” (arts. 39 y 40, Ley 24.164, Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional); “recurso de apelación” (art. 77, Ley 11.683, de Procedimientos Fiscales; art. 13, Ley 23.187, de Ejercicio de la Profesión de Abogado; art. 32, Ley 24.521, de Educación Superior) y “recurso de revisión y apelación limitada” (art. 192, Ley 11.683, de Procedimientos Fiscales). También se hace referencia a resoluciones que resultan “apelables” (art. 17, Ley 16.463, de Medicamentos; art. 42, Ley 21.526, de Entidades Financieras; art. 66, Ley 24.076, Ley del Marco Regulatorio del Gas) o “recurribles” (art. 6, Ley 24.411, de Desaparición Forzada de Personas) judicialmente.

2 Si bien en las leyes sectoriales se suele asignar competencia a las cámaras de apelaciones para la resolución de los recursos directos, podemos encontrar ejemplos de recursos directos pasibles de ser decididos por juzgados de primera instancia (por ejemplo, Ley 16.463, de Medicamentos [art. 21]; Ley 17.565, de Ejercicio de la Actividad Farmacéutica [art. 53]; Ley 22.990, de Actividades Relacionadas con la Sangre Humana [art. 97]; Ley 25.871, de Migraciones [arts. 84, 92 y 98]; y Ley 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual [art. 112]).

3 CSJN, “Fisco Nacional c/ A. Benítez y Cía.”, 1864, Fallos: 1:309; íd., “Contardi, Jerónimo s/ Impuestos Internos”, 1939, Fallos: 183:389; íd., “Núñez, Juan Carlos c/ Universidad Nacional de Tucumán”, 09/09/2014. En igual sentido, GALLEGOS FEDRIANI, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 251; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., t. IV, p. 168; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. III, pp. 675 y 676; ZAYAT, Valeria, “Los recursos directos”, en TAWIL, Guido Santiago (director), *Derecho procesal administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 790.

para deducirlo era de treinta (30) días contados desde la notificación de la resolución definitiva que agotara las instancias administrativas<sup>4</sup>.

Pues bien, en este sentido la reforma introducida por la Ley de Bases implicó un avance importante, al haber introducido en la LNPA una norma dedicada exclusivamente a la regulación de diversos aspectos fundamentales de los recursos directos. En efecto, si bien el artículo 25 *bis* de la LNPA no constituye un régimen marco aplicable con exclusividad a todos los recursos directos –sino que debe ser complementado con las disposiciones contenidas en las respectivas leyes sectoriales–, aquel precepto se alza como una regulación base y uniforme de diversos aspectos comunes a todos los recursos directos; a saber, el plazo para su interposición, su cómputo, la competencia para el análisis de su admisibilidad, el plazo para la elevación del expediente al tribunal, la regulación de un remedio ante la falta de elevación, la fundamentación del recurso directo, las pautas para el ofrecimiento de prueba por el impugnante y para su apreciación por el tribunal y la prohibición del denominado *solve et repete* cuando el recurso directo se dirige a la impugnación de multas administrativas.

En lo que sigue analizaremos separadamente cada uno de esos puntos.

## 2. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO

Una de las principales reformas introducidas por la Ley de Bases en materia de recursos directos es el relativo al plazo para su interposición, el que –según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 25 *bis* de la LNPA– en adelante no podrá ser inferior a treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva.

Ya desde antaño la ausencia de regulación unificada de los recursos directos condujo a que en las diversas leyes sectoriales por las que aquéllos fueron creados se estableciera un amplísimo rango de plazos para su interposición. Dichos plazos van desde los tres (3)<sup>5</sup> a los noventa (90) días<sup>6</sup>, pasando en el medio por plazos de cinco (5)<sup>7</sup>; diez (10)<sup>8</sup>, quince (15)<sup>9</sup> y treinta (30) días<sup>10</sup>.

4 Art. 25, LNPA (previo a la reforma de la Ley 27.742): “Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo debe hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas”.

5 Art. 21, Ley 16.463, de Medicamentos.

6 Art. 40, Ley 25.164, Régimen de Ejercicio de la Función Pública.

7 Art. 83, Ley 20.091, de Seguros y art. 596, ley 20.094, de Navegación.

8 Art. 6, Ley 24.411, de indemnizaciones para las víctimas del terrorismo de estado y arts. 13 y 47, Ley 23.187, de ejercicio de la profesión de abogado.

9 Art. 67, Ley 25.521, de Educación Superior y art. 42, Ley 21.526, de Entidades Financieras.

10 Art. 81, Ley 24.065, Marco Regulatorio de la Electricidad y art. 73, Ley 24.076, Marco Regulatorio del Gas.

Si bien algunos tribunales inferiores declararon la invalidez constitucional de muchos de estos plazos por considerarlos exiguos y contrarios a la garantía de tutela judicial efectiva<sup>11</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció a favor de su constitucionalidad, sosteniendo –en resumidas cuentas–, que garantizaban el razonable ejercicio del derecho de defensa de los particulares, máxime cuando cabía exigir a la compañía impugnante un estándar de conducta propio de la estructura societaria que detentaba y del sistema del cual participaba –en el caso, del régimen de oferta pública de valores negociables– y, además, cuando con carácter previo a la emisión del acto había sido sustanciado un procedimiento sumarial que había tramitado conforme a la ley<sup>12</sup>.

Pues bien, a través del nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA el legislador parece haber intentado unificar y ampliar sustancialmente los plazos para la deducción de los recursos directos. Para ello se dispone que “[c]uando 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 administrativa. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores”<sup>13</sup>. De modo que el plazo para la formulación de los recursos directos es ahora de treinta (30) días hábiles judiciales, quedando derogadas aquellas normas preexistentes por las que se establecen plazos menores.

Por ende, para determinar en adelante el plazo de deducción del concreto recurso directo de que se trate deberá analizarse si el establecido en la norma sectorial aplicable es igual o mayor a treinta (30) días hábiles judiciales –en cuyo caso regirá el plazo previsto en dicha norma– o, en cambio, si aquel es menor a dicho término. En este último supuesto debe reputarse que dicho plazo menor ha sido derogado y reemplazado por el de treinta (30) días hábiles judiciales. Ello es lo que ha sucedido, por ejemplo y entre otros, con los plazos para la deducción de los recursos directos previstos en las leyes 16.463, de Medicamentos; 20.091, de Seguros; 20.094, de Navegación; 24.411, de indemnizaciones para las víctimas del terrorismo de estado; 23.187, de ejercicio de la profesión de abogado; 25.532, de Educación Superior y 21.526, de Entidades Financieras.

Además, al efectuar el cómputo debe tenerse presente el carácter administrativo o judicial del plazo previsto en la norma sectorial aplicable. Si se tratara de un plazo que debe ser computado en días hábiles administrativos deberá analizarse si, así computado, el plazo es inferior, igual o mayor al de treinta (30) días

11 Por ejemplo, CNTrab., Sala V, “Pogonza, Claudio Gabriel c/ Experta ART S.A. s/ accidente – ley especial”, 04/08/2022 y CNFed. CA., Sala III, “Standard Bank Argentina S.A. y otros c/ CNV - resol. 17034/13 (ex 709/09)”, 21/11/2018.

12 CSJN, “Standard Bank Argentina S.A. y otros c/ CNV - resol. 17034/13 (ex 709/09)”, 21/11/2018, Fallos: 341:1675.

13 Art. 25 *bis*, primer párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

hábiles judiciales. Si fuera inferior, el plazo para la deducción será el de treinta (30) días hábiles judiciales. En cambio, si el plazo así computado fuera igual o superior a treinta (30) días hábiles judiciales, entonces debe ser aplicado el plazo previsto en la correspondiente norma sectorial.

### 3. CÓMPUTO DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO

En cuanto al cómputo del plazo de interposición, en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA se establece que aquél debe ser calculado en días hábiles judiciales y a contar desde la notificación del acto que agota la instancia administrativa.

En cuanto a lo primero –la expresa determinación de que se trata de un plazo computable en días hábiles judiciales–, ello resulta fundamental para aquellos supuestos en los que las leyes sectoriales guardan silencio sobre el punto. En tales casos, la aplicación supletoria del nuevo artículo 25 *bis* permitirá computarlo en días hábiles judiciales y, con ello, evitar que deban ser incluidos en el cómputo las ferias judiciales de enero y julio, los feriados establecidos para el Poder Judicial de la Nación<sup>14</sup> y los restantes días que, por diversos motivos, son declarados inhábiles exclusivamente respecto de los tribunales federales. Ya antes de la reforma los tribunales habían entendido –mediante un criterio que hemos compartido<sup>15</sup>– que, incluso tratándose de recursos directos que debían ser deducidos en sede administrativa, su naturaleza de remedio judicial y la aplicación supletoria del último párrafo del derogado artículo 25 de la LNPA conducían a que el plazo para su deducción debiera ser computado en días hábiles judiciales<sup>16</sup>.

En cuanto a lo segundo –la determinación de que el plazo debe contarse desde la notificación del acto que agota la instancia administrativa–, entendemos que en este punto el artículo 25 *bis* incurre en el error de aplicar a los recursos directos un presupuesto que es propio del régimen general de impugnación de los actos administrativos; a saber, el previo agotamiento de la instancia administrativa. Es que, en tanto este presupuesto se halla previsto para el sistema general de impugnación de actos administrativos, pierde todo sentido cuando nos encontramos frente a un recurso directo. En este caso el propio legislador admite que

14 Como ser, por caso, el correspondiente al Día del Trabajador Judicial Argentino (arts. 1 y 2, Ley 26.674).

15 STUPENENGO, Juan Antonio, “Lineamientos preliminares sobre los recursos directos en materia de comercio interior (a propósito de los previstos en las leyes de Defensa del Consumidor, de Defensa de la Competencia, de Lealtad Comercial y de Abastecimiento”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M (director), *El control de la actividad estatal II. Procesos especiales, responsabilidad y otros supuestos*, Buenos Aires, Ed. Lajouane, 2016, pp. 233 a 234.

16 CNFed. CA., Sala III, “MSC Cruceros S.A. c/ DNCI – Disp. 604/06 (Expte. S01:425704/05) s/ queja”, 04/03/2007; íd., Sala V, “Grasellini, Pablo F. y otros s/ mercado de capitales – ley 26.831 – art. 143”, 14/08/2014.

contra el específico acto administrativo regulado en la ley sectorial procede su impugnación judicial mediante el recurso directo establecido al efecto.

Por otro lado, en virtud de las diversas disposiciones introducidas a la LNPA y al RLNPA tras la reforma, podría sostenerse que el curso del plazo para la interposición del recurso directo puede verse alterado –esto es, no iniciado, suspendido o interrumpido– en los siguientes casos:

- a) El curso de dicho plazo *no comienza* si la notificación del acto es nula como consecuencia de la omisión o el error en las indicaciones de rigor; a saber, la posibilidad de deducir el recurso directo, el plazo para su interposición y si el acto agota o no las instancias administrativas. Tal como se lo dispone en la LNPA y en el RLNPA tras la modificación introducida por la Ley de Bases, aquella omisión o error determinarán la automática invalidez e ineficacia de dicha notificación<sup>17</sup>.
- b) El curso de dicho plazo se ve *suspendido* con la sola solicitud de vista, efectuada por escrito, del expediente administrativo en cuyo marco fue emitido el acto administrativo. Dicha suspensión se extiende desde la solicitud de la vista y hasta el vencimiento del término otorgado al efecto<sup>18</sup>.
- c) El curso de dicho plazo se ve *interrumpido* con la interposición, por el recurrente, de un recurso administrativo, aun cuando hubiera sido mal calificado, adoleciera de defectos formales insustanciales o fuera deducido ante órgano incompetente<sup>19</sup>. Esta última y novedosa reforma introducida por la Ley de Bases –o sea, el efecto interruptivo de la deducción de reclamos y recursos administrativo, incluso cuando fueron incoados ante órganos incompetentes–, podría tener especial relevancia frente aquella clásica jurisprudencia que, ante la existencia de recursos directos, descarta la facultad del afectado de impugnar el acto en apartamiento del régimen contemplado en tales disposiciones legales (por ejemplo, mediante la deducción de un recurso administrativo o de una acción judicial ordinaria)<sup>20</sup>. Es que, aun tratándose de vías excluyentes, si el afectado dedujere ahora contra el acto un recurso administrativo –y no, en

17 Art. 1, inc. g), ap. iii), LNPA y art. 40, segundo párrafo, RLNPA (t.o. Dec. 695/24).

18 Art. 1, inc. g), ap. vii), LNPA y art. 76, RLNPA (t.o. Dec. 695/24). En el mismo sentido, CSJN, “Ramos Martínez, Gustavo A. c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Recurso Directo Ley 24.521, de Educación Superior”, 24/05/2016, Fallos: 339:680, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró arbitraria la sentencia que había rechazado por extemporáneo un recurso directo sin analizar la suspensión del plazo para su deducción producido por el pedido de vista que había sido efectuado por el actor.

19 Art. 1, inc. i), LNPA.

20 CSJN, “Enrique Tomás Maffei”, 19/11/1987, Fallos 310:2336; íd., “Mocoroa, Alfredo Daniel c/ Honorable Senado de la Nación”, 12/04/1994, Fallos: 317:387; íd., “Osmar Barboza c/ SE. NA. SA. y Roberto D. Panozo s/ laboral”, 20/11/2001, Fallos: 324:3934; íd., “Granillo Fernández, Héctor Manuel c/ UNLP”, 10/04/2007, Fallos 330:1407.

cambio, el recurso directo previsto en la ley—, dicha interposición provocaría la interrupción del plazo para la deducción del recurso directo (desde ya, en la medida en que para entonces no se encontrara vencido) y dicho efecto interruptivo se extendería hasta que adquiriese firmeza en sede administrativa el acto por el que se lo rechaza<sup>21</sup>. Cesado dicho efecto interruptivo, renacerá el curso del plazo para la interposición del correspondiente recurso directo.

#### 4. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

Sobre el análisis de admisibilidad del recurso directo, en el actual artículo 25 *bis* de la LNPA se establece que “[e]n ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente”<sup>22</sup>. De manera que, reforzando la idea de que la autoridad administrativa no actúa como un tribunal de primera instancia, en adelante serán los tribunales los competentes para rechazar la admisibilidad de los recursos directos<sup>23</sup>.

Son pocas las leyes sectoriales en las que se asigna a la autoridad administrativa la competencia para analizar la admisibilidad del recurso directo<sup>24</sup>. En la mayor parte de ellas se reserva a los tribunales dicho análisis de admisibilidad o se guarda silencio sobre el punto<sup>25</sup>, lo que conduce a la misma solución por aplicación supletoria de la LNPA<sup>26</sup>. De allí que, como ya lo sosteníamos incluso antes de la reforma introducida por la Ley de Bases, en tales casos la autoridad administrativa debía abstenerse de revisar el recurso directo y, con mayor razón, de pronunciarse sobre su admisibilidad<sup>27</sup>. Ello, sin perjuicio de mantener aquella

21 Art. 1, inc. *i*), LNPA.

22 Art. 25 *bis*, segundo párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

23 Entre dichos recaudos cabe mencionar (*a*) que el recurso directo se dirija contra el acto que por ley es pasible de ser impugnado por esa vía y (*b*) la articulación del recurso directo dentro del plazo de caducidad.

24 Por ejemplo, los previstos en el art. 83, Ley 20.091, de Entidades de Seguro y su Control, y en los arts. 145 y 146, Ley 26.831, de Mercado de Capitales.

25 Arts. 76 y 81, Ley 24.065, del Marco Regulatorio Eléctrico, y arts. 66, 70 y 73, Ley 24.076, del Marco Regulatorio del Gas.

26 PTN, Dictámenes: 202:151 y Dictamen N° 47, 12/5/1994. En este último se sostuvo que “la autoridad ante la cual se deduce un recurso que debe decidir otro funcionario superior no se encuentra autorizada para resolver sobre su admisibilidad” y que “la aplicación de las normas del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos exige que sea la autoridad encargada de resolver los recursos la única competente para pronunciarse a su respecto, extremo que no puede soslayarse aun en el supuesto de apariencia de inadmisibilidad”.

27 STUPENENGO, Juan Antonio, “Lineamientos...”, ya cit., pp. 236 a 238. En igual sentido, HUTCHINSON, Tomás, “Estudio preliminar”, en DANELIÁN, Miguel, *Recursos judiciales y procedimientos administrativos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I, 2000, p. 24; MURATORIO, Jorge I., “Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado de derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, T. II, p. 639;

autoridad, incluso durante la sustanciación del proceso, la reconocida potestad revocatoria del acto impugnado<sup>28</sup>.

Ahora bien, no obstante lo expuesto en el párrafo anterior, en la práctica era usual que, incluso en aquellos casos en los que las leyes reservaban a los tribunales la competencia para efectuar el análisis de admisibilidad, diversas autoridades administrativas de todos modos se atribuyeran y ejercieran dicha competencia, concediendo los recursos directos que consideraban admisibles y rechazando aquellos otros que entendían inadmisibles. Ello motivó que los tribunales judiciales admitieran los recursos de queja deducidos contra los correspondientes rechazos administrativos<sup>29</sup> –incluso, en casos en los que dichos recursos de queja habían sido deducidos en forma extemporánea<sup>30</sup>–, reivindicando en todos los casos su exclusiva competencia para la realización del examen de admisibilidad y exhortando a las respectivas autoridades administrativas a que se abstuvieran de realizarlo en el futuro<sup>31</sup>.

#### 4.1. *Plazo para la elevación del recurso directo*

Sobre este punto, en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA se dispone que “[s]alvo que se hubiese fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del

---

ZAYAT, Valeria, “Los recursos directos”, en TAWIL, Guido Santiago (director), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 800.

28 CNFed. CA., Sala III, “Garda, Mariano Enrique”, 08/09/1982, y “Fadlala de Ferreyra, Celia R. c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) s/nulidad de resolución”, 14/04/1983, ED, 105, p. 689 y RAP, N° 62, p. 97.

29 CNFed. CA., Sala III, “Wal Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI s/ lealtad comercial – ley 22.802 – art. 22”, 20/11/2015, El Dial, sumario AA941C; íd., Sala I, “Incidente n° 1 – Actor: World Spirits S.A. s/ recurso de queja”, 14/07/2016, Expte. n° 3819/2016; íd., íd., “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ recurso de queja”, 23/03/2021.

30 CNFed. Civ. y Com., Sala II, “La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo – Secretaría de Comercio Interior – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia s/ recurso de queja”, 12/04/2023. Sostuvo el tribunal que “no parece razonable hacer recaer en el justiciable las consecuencias perjudiciales de incumplir con la condición de un plazo formal cuando es la propia Secretaría de Comercio quien, en su carácter de autoridad de aplicación y en pleno desacato de la normativa aplicable, pese a haber sido notificada en reiteradas oportunidades de ello, continúa atribuyéndose facultades impropias y denegando recursos que dejan desprotegido al administrado”.

31 CNFed. Civ. y Com., Sala II, “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/ recurso de queja CNDC”, 23/09/2019, Expte. n° 3473/19; íd. íd., “Compañía Industrial Cervecera S.A. y otro c/ Anheuser Busch Inbev NVSA y otro s/ apel. resol. CNDC”, 09/08/2019, Expte. n° 3123/19; íd. íd., “Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G c/ Estado Nacional – Secretaría de Comercio Interior – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia s/ recurso de queja”, 29/04/2021, Expte. n° 873/2021; íd. íd., “VFG Inversiones y Actividades Especiales S.A. y otro c/ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – Secretaría de Comercio Interior s/ recurso de queja CNDC”, 06/05/2022, Expte. n° 1257/22.

expediente será de cinco (5) días”<sup>32</sup>. Aunque no se lo dispone de modo expreso, por tratarse de un remedio judicial, dicho plazo para la elevación debe ser computado en días hábiles judiciales<sup>33</sup>.

Previo a la reforma, en aquellos casos en los que el recurso directo debía ser deducido en sede administrativa, el plazo para la elevación del expediente variaba de acuerdo con lo dispuesto en la norma sectorial aplicable. Era así como podíamos encontrar normas con plazos más amplios de elevación, como aquel de diez (10) días previsto en el Decreto 274/19, de Lealtad Comercial, o el de quince (15) días previsto en el Decreto Ley 21.526/77, de Entidades Financieras.

#### 4.2. *Remedio ante la falta de elevación del recurso directo*

En el nuevo artículo 25 bis de la LNPA se establece, con referencia a la elevación del recurso directo, que “[s]i no se cumpliere este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial”<sup>34</sup>.

Otra práctica administrativa usual está dada por la demora en la elevación del recurso directo y el expediente administrativo al tribunal competente, retardo que en algunos casos ha llegado incluso a extenderse durante meses. Dicha demora, desde ya, tiene la virtualidad de impedir que el tribunal ejerza la jurisdicción que le es atribuida por ley, pues ésta nace desde el momento en que las actuaciones le son elevadas<sup>35</sup>.

Ante la falta de un remedio específico para estos casos, el particular impugnante no contaba con medios idóneos y expeditos para forzar la elevación del recurso directo y el expediente administrativo al tribunal judicial. En efecto, ante la improcedencia en estos casos del recurso de queja por apelación denegada –por falta de acto denegatorio del recurso directo<sup>36</sup>– y frente a la demora que podría insumir la promoción de una acción de amparo, los tribunales debieron acudir a las más ingeniosas modalidades para forzar la elevación del recurso directo, tales como, por caso, acceder al dictado de medidas precautelares suspensivas de los efectos del acto impugnado hasta tanto se efectivizara dicha elevación del expediente administrativo junto con el recurso deducido<sup>37</sup>.

32 Art. 25 bis, segundo párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

33 STUPENENGO, Juan Antonio, “Lineamientos...”, ya cit., p. 236.

34 Art. 25 bis, segundo párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

35 CNFed, CA., Sala III, “Shell Cía. Argentina de Petróleo S.A. c/ Secretaría de Comercio Interior s/ medidas cautelares”, 03/04/2012, El Dial Express., Año XV, Nro.3494.

36 CNFed, CA., Sala IV, “ADE s/ RQU”, 04/10/2011, Expte. n° 27057/2011. Allí el tribunal sostuvo que “en el caso cabe advertir que no se encuentran reunidos los recaudos exigibles para que este Tribunal se avoque al examen de mérito del recurso procesal intentado. En efecto, a tenor de lo manifestado por la propia ADE en su escrito de fs. 2/6, ‘... no medió denegatoria del recurso, sino, más bien, omisión por parte de la DNLC de elevarlo...’.

37 CNFed, CA., Sala III, “Shell Cía. Argentina de Petróleo S.A. c/ Secretaría de Comercio Interior s/ medidas cautelares”, 03/04/2012, El Dial Express., Año XV, Nro.3494. Allí se sostuvo

Pues bien, en este punto la novedad de la reforma introducida por la Ley de Bases reside en establecer que, ante la falta de elevación del recurso directo en el plazo de cinco (5) días, el recurrente se encuentra facultado a ocurrir directamente al tribunal judicial.

#### 4.3 *La fundamentación del recurso directo*

Entre las cuestiones sobre las que difiere la dispersa regulación de los recursos directos se encuentra la relativa a su fundamentación. Mientras que en algunas leyes sectoriales se dispone que aquéllos deben ser deducidos debidamente fundados<sup>38</sup>, en otras, en cambio, se guarda silencio sobre el punto<sup>39</sup>. Admitida en estos últimos casos la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el debate pasó a girar en torno a si resultaba de aplicación su artículo 245 –que, referido al recurso de apelación, exige la mera deducción para su posterior fundamentación– o, en cambio, el artículo 330, en el que requiere la interposición de la demanda debidamente fundada.

Ahora bien, aunque en el artículo 25 *bis* de la LNPA no se trata este punto de manera expresa, lo allí dispuesto en cuanto al ofrecimiento de la prueba –esto es, que en el recurso directo debe acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que intentare valerse el impugnante–, supone establecer que el recurso directo debe ser deducido debidamente fundado. Es que mal podría el impugnante acompañar la prueba documental y ofrecer la restante de la que intentará valerse con anterioridad a dicha fundamentación.

De modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 *bis* de la LNPA, debe entenderse que en adelante todo recurso directo debe ser deducido debidamente fundado.

---

que “no se puede soslayar que se encuentra vencido el plazo legal que tiene la autoridad de aplicación de la ley 25.156 (art. 53) para elevar las actuaciones una vez interpuesto un recurso de apelación... En tal situación, corresponde disponer –de acuerdo con los términos de la petición formulada y con los fundamentos antes expuestos– la suspensión de los efectos de la Resolución N° 17 de la SCI, hasta tanto se reciban las actuaciones en este Tribunal con motivo de la apelación deducida o, eventualmente, hasta que la CNDC informe que ese recurso fue denegado. De ese modo se garantiza en forma suficiente el debido proceso y el derecho de defensa de la peticionaria, sin adelantar –de modo innecesario– la jurisdicción que la ley 25.156 le otorga a este Tribunal. La demora del organismo administrativo en elevar la apelación interpuesta es incompatible con el mantenimiento de los efectos del acto recurrido mientras aquélla perdure”.

38 Art. 42, Dec.-Ley 21.526, de Entidades Financieras; art. 53, Dec. 274/2019, de Lealtad Comercial; art. 3, Ley 24.043, de Indemnizaciones por Actos de Terrorismo de Estado; art. 45, Ley 24.240, de Defensa del Consumidor; art. 66, Ley 24.076, del Marco Regulatorio del Gas; entre otros.

39 Arts. 76 y 81, Ley 24.065, del Marco Regulatorio Eléctrico; arts. 70 y 73, Ley 24.076, del Marco Regulatorio del Gas; entre otros.

#### 4.4. *El ofrecimiento y la admisibilidad de la prueba*

Tal como se lo esbozó en el punto anterior, en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA se incluyen algunas pautas referidas al ofrecimiento y admisibilidad de la prueba en el marco de los recursos directos. Se dispone al respecto que “[e]n 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”<sup>40</sup>.

A nuestro modo de ver, mediante la norma transcrita el legislador tuvo la intención de dar por finalizada la antigua y conocida controversia sobre de la admisibilidad o no del ofrecimiento y producción de prueba en el marco de los recursos directos. Es que mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>41</sup>, algunos tribunales inferiores<sup>42</sup> y la mayor parte de la doctrina<sup>43</sup> entendían que los particulares tenían derecho a ofrecer y producir la prueba que considerasen pertinente, otro sector de los tribunales consideraba que la apertura a prueba en el marco de los recursos directos debía tener carácter excepcional<sup>44</sup>.

Pues bien, tras la reforma introducida por la Ley de Bases se dispone ahora en el artículo 25 *bis* de la LNPA que la pertinencia y admisibilidad de la prueba debe ser evaluada por el tribunal de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello significa que el tribunal interviniente, por un lado, solo puede admitir la prueba que verse sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos y, por el otro, que no deberá admitir aquella otra prueba que fuera manifiestamente improcedente o superflua o meramente dilatoria.

Por ende, como se lo ha sostenido, a la luz de lo ahora dispuesto en el artículo 25 *bis* de la LNPA, en modo alguno podría interpretarse en lo sucesivo

40 Art. 25 *bis*, tercer párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

41 CSJN, “Núñez, Juan Carlos c/ Universidad Nacional de Tucumán”, 09/09/2014.

42 CNFed. CA., Sala V, “Gas Natural Ban S.A. c/ Resolución 506/1997 - Enargas (Expte. N° 3221/97)”, 18/11/1998; íd., “Guiar S.A. y otros c/ BCRA - Resol. 11/2000 y 71/2003 (Expte. N° 14.497/96 Sum Fin 930)”, 27/07/2005, entre otros, en los que se reconoce que, “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 contrario”.

43 CASSAGNE, Juan Carlos, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales”, LA LEY, 1997-D, p. 667; TAWIL, Guido, *Administración y justicia*, Astrea, Buenos Aires, t. II, p. 309 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal...*, ya cit., t. III, p. 695; BALBÍN, Carlos, ya cit., t. IV, p. 168 y ss.; ZAYAT, Valeria, ya cit., p. 805.

44 CNFed. CA., Sala IV, “YPF S.A. c/ Resolución 575/12 – ENARGAS – Expte. 19009/12”, 29/10/2013; íd., íd., “Banco Industrial S.A. y otro c/ BCRA (EX 100129-16 SUM FIN 1524 – Resol 111/21 s/ entidades financieras – Ley 21.526 – Art. 42”, 01/05/2023.

que la apertura a prueba de los recursos directos tiene carácter excepcional, ni considerarse aplicables las restricciones establecidas en los artículos 260 y 275 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la producción de prueba en segunda instancia<sup>45</sup>.

#### 4.5. *Improcedencia del solve et repete ante la impugnación de sanciones de carácter pecuniario*

Por último, en el artículo 25 *bis* de la LNPA se establece que “[c]uando 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”<sup>46</sup>.

Mediante la nueva norma, introducida por la Ley de Bases, se deroga el polémico recaudo del *solve et repete* o pago previo, que era establecido en algunas leyes sectoriales como recaudo de admisibilidad de los recursos directos dirigidos contra multas administrativas<sup>47</sup>. De acuerdo con dichas leyes sectoriales, de no ser acreditado dicho previo pago al momento de la interposición del recurso directo, el tribunal debía declararlo inadmisibles<sup>48</sup>.

Como es sabido, el *solve et repete* fue establecido originariamente respecto de los tributos, ante la necesidad del fisco de no ver afectada la recaudación normal y habitual frente a eventuales contribuyentes que pudieran formular acciones infundadas y, de ese modo, impedir el regular ingreso de los tributos en las arcas estatales para el debido cumplimiento de los fines públicos<sup>49</sup>. Sin embargo, con el tiempo este recaudo fue ampliado como requisito de admisibilidad para la impugnación de actos no ya de naturaleza tributaria –y, como tales, de corte netamente recaudatorio–, sino, más bien, de naturaleza sancionatoria, tales como las multas administrativas. En este caso no pueden ya esgrimirse, como justificación del instituto, móviles de carácter recaudatorio de la renta pública debidamente

45 SANGUINETTI, Juan Carlos, “La regulación de los recursos directos en la Ley de Bases”, RDA 2024-155, p. 124.

46 Art. 25 *bis*, cuarto párrafo, LNPA (t.o. art. 45 de la Ley 27.742).

47 STUPENENGO, Juan Antonio, “Efectos de los recursos directos dirigidos contra sanciones administrativas”, en MORTIER, Natalia y STUPENENGO, Juan Antonio (coordinadores), *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*, Librería Editora Platense, La Plata, 2022, pp. 214 a 218.

48 CNFed., CA., Sala V, “Alto Palermo S.A. c/Dirección Nacional de Comercio Interior s/ defensa del consumidor – ley 24.240 art. 45”, 12/05/2015, La Ley Online. Allí el tribunal declaró inadmisibles en recurso directo que había deducido en los términos del art. 45 de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, considerando que no había constancia alguna que acreditara el previo pago de la multa que se pretendía cuestionar.

49 BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público II. Derecho Fiscal*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

programada en la ley de presupuesto, pues se trata de ingresos contingentes ocasionados por transgresiones a la normativa aplicable.

Previo a la sanción de la Ley de Bases, el *solve et repete* se encontraba establecido en numerosas leyes sectoriales como recaudo de admisibilidad de los recursos directos en ellas previstos contra sanciones de naturaleza pecuniaria. Cabe citar, a simple modo de ejemplo, las leyes 17.565, de Farmacias<sup>50</sup>; 18.285, Código Alimentario Nacional<sup>51</sup>; 19.511, de Metrología<sup>52</sup>; 24.240, de Defensa del Consumidor<sup>53</sup>; 25.871, de Migraciones<sup>54</sup>; 24.922, Régimen Federal de Pesca<sup>55</sup>. También se encontraba regulado en las derogadas leyes 20.680, de Abastecimiento<sup>56</sup> y 22.802, de Lealtad Comercial<sup>57</sup>.

Ahora bien, aun cuando muchas de estas normas motivaron críticas de la doctrina<sup>58</sup> y planteos de inconstitucionalidad –fundados, principalmente, en la violación a la garantía de tutela judicial efectiva, al derecho de defensa en juicio y a la garantía de presunción de inocencia–, salvo conocidas excepciones<sup>59</sup>, aquellos planteos fueron sistemáticamente rechazados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la mayoría de los tribunales federales inferiores. Para ello se sostuvo, en resumidas cuentas, que la exigencia de depósitos dinerarios previstos como requisitos de viabilidad de la impugnación judicial de multas administrativas no era contraria, como principio, al derecho de defensa en juicio<sup>60</sup>. De todas maneras,

50 Art. 53, Ley 17.565, de Farmacias.

51 Art. 12, Ley 18.285, Código Alimentario Nacional.

52 Art. 38, Ley 19.511, de Metrología.

53 Art. 45, Ley 24.240, de Defensa del Consumidor.

54 Art. 92, Ley 25.871, de Migraciones.

55 Art. 59, Ley 24.922, Régimen Federal de Pesca.

56 Art. 17, Ley 20.680, de Abastecimiento.

57 Art. 22, Ley 22.802, de Lealtad Comercial.

58 USLENGHI, Alejandro, “Control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración”, en AA.VV., *Control de la Administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Ediciones RAP, 2003, p. 226 y ss.; PERRINO, Pablo E., “El requisito del pago previo en el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires”, RDA, t. 2005, p. 260; VEGA OLMOS, Jimena, “La exigencia de pago previo como requisito para la impugnación de actos administrativos que imponen sanciones”, RDA, nro. 106, p. 694; PAMPLIEGA, Ignacio M., “El solve et repete en materia sancionatoria”, RDA, t. 2002, p. 825; MAMMONI, Gustavo Antonio, “La inconstitucionalidad del solve et repete en materia de multas administrativas”, LL, 2013-C, 542; LAVIÉ PICO, Enrique, “La inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo (solve et repete) de una multa para habilitar la instancia judicial”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (director), *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 285; entre otros.

59 Por ejemplo, CNFed. CA., Sala IV, “Frimca S.A. c/ Estado Nacional”, 28/12/1998, JA 2000-I, p. 14.

60 CSJN, “Posse, Manuel”, 1928, Fallos: 155:96; íd., “Destilerías, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda.”, 1965, Fallos: 261:101; íd., “Pérez, Rolando”, 1970, Fallos: 278:188; íd., “Brígido,

para evitar que dicho recaudo pudiera traducirse en un real menoscabo de derechos constitucionales, la exigibilidad del pago fue exceptuado en aquellos excepcionales supuestos en los que el recurrente pudiera demostrar que el mantenimiento y la exigencia del recaudo podía erigirse en un menoscabo a la garantía de acceso a la justicia<sup>61</sup>.

Este estricto criterio, favorable a la validez constitucional del *solve et repete* respecto de multas administrativas, fue mantenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación incluso tras la última reforma constitucional, por medio de la cual —como se sabe— se asignó jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos; entre ellos, a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Para ello, en el precedente “Agropecuaria Ayuí S.A.”, del 30/06/1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el alcance que cabía otorgar a las garantías judiciales dispuestas en el inciso 1 del artículo 8° de aquel Pacto eran equivalentes, en lo que hacía al *solve et repete*, al criterio fijado en su anterior jurisprudencia con fundamento en el derecho de defensa garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>62</sup>. Ese criterio fue mantenido en posteriores precedentes<sup>63</sup>.

Pues bien, en virtud de lo ahora dispuesto en el último párrafo del artículo 25 *bis* de la LNPA, quedan derogadas todas aquellas leyes sectoriales por las que se establecía el *solve et repete* como recaudo de admisibilidad para la impugnación judicial de multas administrativas. Ello implica que los tribunales no podrán en adelante exigir el previo pago de la multa impugnada para acceder a su control judicial.

Desde ya que ello no impide que, en aquellos casos en los que la interposición del recurso directo tuviera efecto devolutivo —o sea, no suspensivo—, aun sin encontrarse firme la multa la autoridad administrativa se encuentre habilitada para promover el correspondiente proceso de apremio a fin de obtener su pago forzoso<sup>64</sup>.

---

Leonardo Raimundo”, 1971, Fallos: 280:314; íd., “Jockey Club de Rosario c/ Dirección General de Servicios de Previsión”, 1973, Fallos: 287:101; íd., “Complejo Pesquero Marplatense”, 1985, Fallos: 307:1753; entre muchos otros.

61 CSJN, “Adelphia, S.A.I.C.”, 1973, Fallos: 285:302; íd., “Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES) c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Economía)”, 27/12/1996, Fallos: 319:3415; íd., “Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de deuda”, 09/03/1999, Fallos: 322:337; íd., “López, Iván Alberto c/ ANSES s/impugnación de deuda”, 10/10/2000, Fallos: 323:3012; íd., “Centro Diagnóstico de Virus S.R.L. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva s/ impugnación de multa”, 02/08/2005, Fallos: 328:2938328:2938; entre muchos otros.

62 Fallos, “Agropecuaria Ayuí S.A. s/ amparo”, 30/06/1999, Fallos: 322:1284.

63 CSJN, “Giaboo SRL s/recurso de queja”, 10/11/2015; íd., CSJN, “Guimar S.R.L. c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social”, 02/07/2019.

64 STUPENENGO, Juan Antonio, “Efectos...”, ya cit., pp. 218 a 227.

## 5. EFECTO DEL ARTÍCULO 25 BIS DE LA LNPA EN EL TIEMPO

Por último, en lo que sigue analizaremos el efecto del artículo 25 *bis* de la LNPA en el tiempo; esto es, por un lado, sobre las normas sectoriales existentes que prevén recursos directos y, por el otro, sobre aquellas normas por las que en el futuro se creen nuevos recursos directos o se modifiquen los existentes.

### 5.1. *Efecto sobre las normas existentes que contienen disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 bis de la LNPA*

A nuestro modo de ver, por los motivos que expondremos, deben considerarse derogadas aquellas disposiciones, contenidas en las leyes sectoriales preexistentes, que sean contrarias a las pautas establecidas en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA.

En lo que se refiere al plazo de deducción del recurso directo y a la exigencia del *solve et repete*, la derogación de las disposiciones en contrario contenidas en leyes sectoriales preexistentes es dispuesta de manera expresa en el propio artículo 25 *bis* de la LNPA.

Por su parte, en lo que se refiere al control de admisibilidad del recurso directo, si bien en el artículo 25 *bis* de la LNPA no se dispone de manera expresa la derogación de las disposiciones en contrario contenidas en leyes preexistentes –esto es, de aquellas en las que se asigna a las autoridades administrativas competencia para analizar la admisibilidad de los respectivos recursos directos–, de todos modos, considerando la letra de aquella norma, en la que se dispone que “en ningún caso” el órgano administrativo puede denegar la procedencia del recurso, coincidimos en que también deben tenerse por tácitamente derogadas todas aquellas disposiciones incluidas en leyes preexistentes por las que se otorgue a la respectiva autoridad administrativa la competencia para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso directo<sup>65</sup>.

Incluso en el resto de los aspectos regulados en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA –esto es, en lo que respecta al plazo para la elevación del expediente al tribunal y en los que hace al ofrecimiento y admisibilidad de la prueba–, coincidimos en que, atento a la indudable intención del legislador de unificar el régimen aplicable a esta vía impugnatoria, también deben considerarse derogadas aquellas disposiciones en contrario contenidas en las leyes sectoriales preexistentes<sup>66</sup>. Por lo demás, esta es la hermenéutica que más se compadece con la garantía de tutela judicial efectiva prevista en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

65 SANGUINETTI, Juan Carlos, “La regulación...”, ya cit., p. 124.

66 SANGUINETTI, Juan Carlos, “La regulación...”, ya cit., p. 124.

### 5.2. *Efecto sobre las normas futuras que contengan disposiciones contrarias a las establecidas en el artículo 25 bis de la LNPA*

Cabe analizar el supuesto en que, tras la publicación de la Ley de Bases, sean sancionadas leyes sectoriales por las que se establezcan disposiciones contrarias a las pautas contenidas en el artículo 25 bis de la LNPA. Ello sucedería, por ejemplo, si en aquellas leyes posteriores se establecieran plazos de deducción inferiores a treinta (30) días, o si el plazo de elevación al tribunal fuera superior a cinco (5) días; o, también, si se impusiera el recaudo del *solve et repete* para la impugnación judicial de multas administrativas.

A nuestro modo de ver, en virtud de los criterios sobre prevalencia de las leyes –en este caso, aquellos según los cuales la ley posterior y especial deroga a la ley anterior y general–, en la medida en que la ley posterior emane del Congreso de la Nación, en tales casos corresponderá considerar que la nueva ley sectorial tendrá plena validez y eficacia. Es precisamente por ello que coincidimos en que resulta indispensable que, en lo sucesivo, en ocasión de sancionar nuevas leyes sectoriales por las que se establezcan o regulen específicos recursos directos, el legislador obre con coherencia y se atenga a las pautas contenidas en el artículo 25 bis de la LNPA<sup>67</sup>.

Desde ya que, si la norma posterior tuviera carácter reglamentario, la eventual disposición contraria a lo establecido en el artículo 25 bis de la LNPA debe ser considerada de nulidad absoluta, debiendo entonces estarse a lo dispuesto en aquella norma legal. Ello es lo que ocurre, por caso, con la Res. UIF 129/24, publicada en el Boletín Oficial el 19/08/2024 –o sea, con posterioridad a la reforma de la LNPA por la Ley de Bases–, por medio de la cual fue reglamentado el plazo de quince (15) días para la interposición del recurso directo regulado en la Ley 25.246, de Lavado de Activos de Origen Delictivo, para la impugnación de las sanciones aplicadas por la Unidad de Información Financiera.

## 6. CONCLUSIONES

Uno de los principales avances de la reforma introducida por la Ley de Bases a la LNPA consiste en haber introducido el artículo 25 bis, que constituye un precepto dedicado exclusivamente a la regulación de diversos aspectos fundamentales de los recursos directos.

Si bien el artículo 25 bis de la LNPA no constituye un régimen marco aplicable con exclusividad a todos los recursos directos –sino que debe ser complementado con las disposiciones contenidas en las respectivas leyes sectoriales–, aquel precepto se alza como una regulación base y uniforme de diversos aspectos comunes a todos los recursos directos; a saber:

67 SANGUINETTI, Juan Carlos, “La regulación...”, ya cit., p. 124.

- a) El plazo de interposición del recurso directo. Según lo dispuesto en el nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA, dicho plazo en adelante no podrá ser inferior a treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva.

De manera que, en adelante, para determinar el plazo de deducción del concreto recurso directo de que se trate deberá analizarse si el establecido en la norma sectorial aplicable es igual o mayor a treinta (30) días hábiles judiciales, en cuyo caso regirá el plazo previsto en dicha norma, o, en cambio, si aquel es menor a dicho término, en cuyo caso debe reputarse que dicho plazo menor ha sido derogado y reemplazado por el de treinta (30) días hábiles judiciales.

El curso del plazo para la interposición del recurso directo no comenzará si la notificación del acto es nula como consecuencia de la omisión o el error en las indicaciones de rigor (a saber, la posibilidad de deducir el recurso directo, el plazo para su interposición y si el acto agota o no las instancias administrativas). Además, dicho plazo podrá verse suspendido con la sola solicitud de vista, efectuada por escrito, del expediente administrativo en cuyo marco fue emitido el acto administrativo. Aparte, el plazo podrá verse interrumpido por la interposición de un recurso administrativo, aun cuando hubiera sido mal calificado, adoleciera de defectos formales insustanciales o fuera deducido ante órgano incompetente.

- b) Análisis de admisibilidad. En adelante, el órgano administrativo ante el que se interpone el recurso directo no podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente para que sea éste el que se pronuncie sobre su admisibilidad.
- c) Plazo para la elevación del recurso directo. Salvo que en la norma sectorial aplicable se hubiese fijado uno menor, el plazo para la elevación del recurso directo y el expediente administrativo al tribunal judicial en adelante será de cinco (5) días. Dicho plazo debe ser computado en días hábiles judiciales.
- d) Remedio ante la falta de elevación del recurso directo. A diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma introducida por la Ley de Bases –en que el impugnante no contaba con remedio alguno para forzar la elevación del expediente al tribunal–, tras la reforma se dispone que, una vez cumplido el plazo para la elevación sin que este hubiere tenido lugar, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial.
- e) La fundamentación del recurso directo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 25 *bis* de la LNPA en materia de prueba –esto es, que en el recurso directo debe acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que intentare valerse el impugnante–, debe entenderse entonces que en adelante todo recurso directo debe ser deducido debidamente fundado.
- f) El ofrecimiento y la admisibilidad de la prueba. En el recurso directo deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que

se intentare valer el impugnante, 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. Ello implica que el tribunal interviniente, por un lado, solo puede admitir la prueba que verse sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos y, por el otro, que no deberá admitir aquella otra prueba que fuera manifiestamente improcedente o superflua o meramente dilatoria.

Con motivo de la reforma introducida en este punto en adelante no podrá interpretarse que la apertura a prueba de los recursos directos tiene carácter excepcional, ni considerarse aplicables las restricciones establecidas en los artículos 260 y 275 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la producción de prueba en segunda instancia.

g) Improcedencia del *solve et repete* ante la impugnación de sanciones de carácter pecuniario. Tras la reforma introducida por la Ley de Bases quedan derogadas todas aquellas leyes sectoriales por las que se establecía el *solve et repete* como recaudo de admisibilidad para la impugnación judicial de multas administrativas. Ello implica que los tribunales no podrán en adelante exigir el previo pago de la multa impugnada para acceder al control judicial.

Desde ya que ello no impide que, en aquellos casos en los que la interposición del recurso directo tuviera efecto devolutivo –o sea, no suspensivo–, aun sin encontrarse firme la multa, la autoridad administrativa se encuentre habilitada para promover el correspondiente proceso de apremio a fin de obtener su pago forzoso.

h) En cuanto a los efectos del nuevo artículo 25 *bis* de la LNPA en el tiempo, debe distinguirse entre:

- (i) El efecto sobre las leyes sectoriales preexistentes que contengan disposiciones contrarias a las pautas del artículo 25 *bis* de la LNPA, en cuyo caso debe considerarse que dichas disposiciones en contrario han sido derogadas.
- (ii) El efecto sobre las leyes futuras por las que se creen nuevos recursos directos o se reformen aspectos de los existentes en sentido contrario a las pautas contenidas en el artículo 25 *bis* de la LNPA. En virtud de los criterios sobre prevalencia de las leyes –en este caso, aquellos según los cuales la ley posterior y especial deroga a la ley anterior y general–, en la medida en que la ley posterior emane del Congreso de la Nación, en tales casos corresponderá considerar que la nueva ley sectorial tendrá plena validez y eficacia. Es precisamente por ello que resulta indispensable que, en lo sucesivo, en ocasión de sancionar nuevas leyes sectoriales por las que se establezcan o regulen específicos recursos directos, el legislador obre con coherencia y se atenga a las pautas contenidas en el artículo 25 *bis* de la LNPA.

Desde ya que, si la norma posterior tuviera carácter reglamentario, la eventual disposición contraria a lo establecido en el artículo 25 *bis* de la LNPA debe ser considerada de nulidad absoluta, debiendo entonces estarse a lo dispuesto en aquella norma legal.

---

JUAN STUPENENGO

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Profesor regular por concurso y de posgrado de diversas universidades públicas y privadas del país, en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en la de Formación de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad. Socio del Estudio Beccar Varela, donde está a cargo del Departamento de Derecho Administrativo.



## REFORMAS DE LA LEY DE BASES EN MATERIA DE RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO

ROGELIO W. VINCENTI

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad  
de Buenos Aires; Juez de Cámara en lo  
Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Finalidad del reclamo administrativo previo. 3. Principales modificaciones que introduce la Ley de Bases. 3.1 El nuevo artículo 30. 3.2. Las modificaciones a los arts. 31 y 32. 3.3. Excepciones al reclamo administrativo previo. 4. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de la ley 27.742, denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, introduce importantes reformas en una gran cantidad de leyes y en una diversidad de materias. Entre ellas, también modifica de manera sustancial las disposiciones de la Ley 19.549, prácticamente en todo su articulado.

De ahí que ya durante el trámite legislativo haya suscitado relevante atención tanto por parte de los medios de comunicación como de los estudiosos y especialistas de las distintas materias afectadas por aquella ley. Este interés se acrecentó una vez sancionada la ley y ello dio lugar a distintas y variadas actividades académicas para conocer en profundidad los cambios normativos y empezar a evaluar el tenor de las modificaciones, así como sus implicancias en los institutos regidos por el derecho administrativo.

La realización de jornadas académicas, como las que llevó a cabo la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es una muestra de este interés, así como del compromiso de sus integrantes con el estudio y desarrollo de todo lo vinculado con el derecho. Y, en este caso particular, con los regímenes de derecho administrativo.

Celebramos la concreción de este proyecto académico y vaya nuestro agradecimiento a sus organizadores.

En las líneas que siguen intentaremos dar cuenta de las principales modificaciones que la Ley 27.742 introduce en la regulación del reclamo administrativo

previo. Así, tras presentar el estado de situación consolidado hasta la sanción de aquella ley, nos adentraremos en los cambios normativos y en los interrogantes que ellos plantean. Todo ello con el fin de contribuir al debate sobre este importante tema.

## **2. IMPORTANCIA DEL INSTITUTO Y SUS MODIFICACIONES EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

Para tomar dimensión de la importancia del instituto del reclamo administrativo previo debemos señalar que constituye un tema neurálgico en el sistema de control judicial de la actividad administrativa y defensa de los derechos de los particulares en su relación con la Administración pública.

Excede largamente el objeto de este trabajo desarrollar la evolución en materia de sometimiento de la actividad administrativa al control de la judicatura, pues es bien conocido el tránsito desde el período de indemandabilidad del Estado hasta nuestros días.

Sí es relevante indicar que el dictado del Decreto-Ley 19.549 en 1972 constituyó un hito importante, porque junto a otras normas y precedentes judiciales permitió configurar un sistema claro del asunto.

Aun cuando su denominación parece indicar que la regulación legal sólo se refiere al procedimiento administrativo, en rigor de verdad aquella ley también incursiona sobre otros temas, tales como la regulación del acto administrativo y, en lo que ahora concierne, dedica todo el título IV a las condiciones de admisibilidad de la acción contenciosa administrativa. Es precisamente en este título donde se concentran las disposiciones relativas, por un lado, a la impugnación judicial de los actos administrativos y, por el otro, a otras manifestaciones de la actividad administrativa<sup>1</sup>.

A lo largo de más de cincuenta años, la Ley de Procedimiento Administrativo fue objeto de muy pocas modificaciones. Podemos señalar la Ley 21.686 de 1977, que modificó algunos artículos, entre ellos los comprendidos en el título IV, incluso los artículos 30 y 32, y la Ley 25.344 de 2000, que declaró el estado

1 Por ello, algunos autores señalaron que la ley tiene por objeto cubrir el vacío legislativo existente, ante la ausencia de un código nacional que contemple una de las materias específicas del contencioso administrativo: las condiciones de admisibilidad de la acción. Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª. ed. act. y amp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2020, p. 735; BALBÍN, Carlos Francisco, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª. ed. act. y amp., Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 835. Incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación así también lo señaló al resolver el caso “Gorordo”: “Además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el proceso contencioso administrativo debe cumplir con aquellos requisitos específicos de este tipo de proceso previstos en el título IV de la ley 19.549, cuyo cumplimiento en cada caso concreto el juez está facultado a verificar” (Fallos: 322:73, también publicado en *LL*, 1999-E, 186).

de emergencia en distintos ámbitos y también introdujo modificaciones en este título.

Esta última ley sí constituyó una transformación importante del instituto, pues introdujo grandes y profundas reformas sobre estos arts. 30, 31 y 32, y dio origen a importantes debates y múltiples opiniones doctrinarias.

En especial, porque produjo un cambio sustancial en la regulación y funcionamiento del reclamo administrativo previo. Las principales modificaciones afectaron a la forma de deducirlo, a los plazos para su resolución expresa o por silencio, a las consecuencias de ello con respecto al plazo para iniciar la acción judicial, al deber de los jueces de controlar de oficio el cumplimiento de los requisitos legales antes de dar trámite a las demandas y, en fin, a las excepciones a la exigencia de formular reclamo antes de demandar.

Probablemente, la modificación más conocida y que mayores controversias generó fue la regulación del silencio –falta de resolución del reclamo administrativo previo– y el inicio del cómputo del plazo para demandar, que recién encontró solución cuando en 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el caso “Biosystems” (Fallos: 346:921), precedido de un pronunciamiento de la Sala III Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>2</sup>.

Durante la vigencia de la Ley 25.344 se suscitaban debates en torno a las bondades o deficiencias de las reformas que introdujo<sup>3</sup>, pero hay que reconocer que, a más de veinticuatro años de su sanción, existía una aplicación uniforme y aceptada de las disposiciones vinculadas al reclamo administrativo previo, principalmente por el trabajo de los jueces al momento de resolver estas cuestiones, que fue generando un cuerpo de principios generales.

Ahora la Ley 27.742 reforma en forma integral la Ley de Procedimiento Administrativo y también vuelve a modificar estos artículos sobre este instituto.

2 La sentencia de la Cámara fue publicada en *LL*, 2011-D, 469 y por la importancia del tema suscitó diversos comentarios doctrinarios. Igual sucedió con el pronunciamiento de la Corte Suprema. A partir de la decisión de la Corte Suprema las cuestiones relativas a la falta de resolución del reclamo administrativo se resolvieron aplicando el criterio de “Biosystems”. V. CN CAF, Sala I, 15/08/2024, causa 22299/2022 “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y otros c/ EN-M Educación- Expte. 42259321/18 y otro s/ proceso de conocimiento”, en el que se aclaró que las condiciones de la causa quedaron configuradas antes de la reforma que la ley 27.742 introdujo en el art. 31 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

3 Otra modificación que provocó debates y controversias fue el deber impuesto al juez de ordenar la remisión, por oficio, a la Procuración del Tesoro de la Nación de copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y, recién después de cumplida dicha comunicación, podrá correr vista al fiscal para que se expida sobre la procedencia y competencia del tribunal (art. 8°), requisito que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió constitucional al resolver el caso “Cohen Arazi” (Fallos: 330:5032). También publicado en *LL*, 2008-B, 417.

En algunos casos se vuelve al texto anterior, mientras que en otros supuestos se cambia radicalmente la regulación. Es decir, aun cuando hay nuevas disposiciones, no todas son novedosas, porque reponen la situación anterior a la Ley 25.344, pero sí hay claramente disposiciones nuevas, en el sentido que innovan respecto a la situación anterior y posterior a la última reforma legal.

También hay que decir que, si bien en algunos casos se puede celebrar el retorno a la regulación previa a la Ley 25.344, en otros supuestos las modificaciones no fueron tan buenas, ya sea por cuestiones de técnica legislativa o directamente por una nueva concepción del legislador sobre la materia.

El otro punto importante a destacar es que estamos hablando de uno de los requisitos de acceso al control judicial de la actividad administrativa (el otro es el plazo), de manera que es un tema sensible que hace a la defensa de los derechos que se dicen afectados por la actuación de la Administración y por el ejercicio del derecho constitucional y también convencional a la jurisdicción.

La importancia se advierte rápido cuando se repara en que estamos hablando de dar o no trámite al juicio contencioso administrativo. El denominado incidente de habilitación de la instancia judicial es clave, porque es la puerta de ingreso al proceso.

### **3. FINALIDAD DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO**

No entraremos en la discusión acerca de la conveniencia o no de regular sobre los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa.

Hay autores que sostiene que no debe existir el requisito del agotamiento de la vía administrativa (vía recursos) ni tampoco reclamo administrativo previo, mientras otros señalan la importancia y utilidad práctica de tal requisito.

Sí es importante destacar que se advierte una especial sensibilidad por parte de los jueces al momento de verificar el cumplimiento del requisito. Si bien se aplica, porque está regulado legalmente –y los jueces deben aplicar la ley–, lo cierto es que se examinan los casos en forma individual para ver si se puede dar por cumplido el requisito<sup>4</sup>. De manera que el particular no tenga que volver a sede administrativa –con la consiguiente pérdida de tiempo– y ver si se puede admitir a trámite el juicio.

Antes de avanzar con las reformas específicas, conviene retener que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el reclamo administrativo tiene múltiples finalidades, entre las que se destaca la de otorgar al Estado

4 HUTCHINSON señala que los jueces deben ser muy prudentes al analizar estos supuestos [de admisibilidad] y hace propias las palabras de García de Enterría cuando afirma que en las complicadas sirtes del proceso contencioso administrativo y de los supuestos previos se producen todos los días pérdidas de derechos materiales que habría que ser muy insensible a los valores jurídicos para no deplorarlo profundamente. HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, T. II, 1ª. ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 297.

la posibilidad de rectificar su actitud y evitar juicios innecesarios, lo que se apoya en evidentes razones de economía y práctica para resolver el problema en el ámbito en que se creó, sin necesidad de plantear demandas en un poder distinto como es el judicial.

De manera que con este instituto se busca (i) producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, (ii) dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y (iii) promover el control de legitimidad de lo actuado, antes de llevar al Estado a juicio<sup>5</sup>.

En términos ilustrativos, se ha dicho que la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado, propósito fundado en motivos de indudable prudencia que aconsejan que el Estado no sea llevado a juicio sin haber tenido previamente la posibilidad de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia (conf. doctrina de Fallos: 312:1306, 314:725; 332:1629, entre muchos otros)<sup>6</sup>.

Otro aspecto importante a considerar –en especial porque, como veremos más adelante, ha sufrido cambios– es la distinción que se formulaba en doctrina y había recogido la jurisprudencia entre las vías impugnativa y reclamatoria. La primera destinada a agotar la vía administrativa cuando se impugnaban actos administrativos, mientras que la segunda estaba destinada a otros supuestos.

Así, en el conocido caso “Mackentor SA. c/ OSN s/ daños y perjuicios”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que hay que 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 sería 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 por los arts. 30 y concordantes de la Ley 19.549, inclusive en los casos en que hubiese mediado reclamación administrativa previa, los que no estarían sujetos al plazo del art. 25 de aquella ley (Fallos: 312:1017)<sup>7</sup>.

5 Ampliar en HUTCHINSON, Tomás, *ya cit.* T. I, pp. 265/268, e incluso se ocupa de analizar la constitucionalidad de tal requisito.

6 La Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró un documento con los sumarios sobre el tema con hipervínculos a la base *on line*. Ver Notas de Jurisprudencia: Reclamo administrativo previo en <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/8/> documento.

7 Este criterio se mantuvo al resolver el caso “Peña” de 2003, aunque para ello se tuvo en cuenta que la demanda se había iniciado antes de las reformas que introdujo la Ley 25.344 (Fallos: 326:4711).

Del mismo modo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal aplicó la mencionada distinción entre vías para resolver casos que llegaron a su conocimiento<sup>8</sup> y también la doctrina especializada ha destacado que estas dos vías no son alternativas ni sucesivas. Sirven para impugnar conductas distintas.<sup>9</sup>

Por último y para finalizar este breve capítulo, recordemos también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el requisito del agotamiento de la vía administrativa y, en especial, sobre la validez del plazo de caducidad del art. 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al resolver la causa “Serra”<sup>10</sup>.

#### **4. PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE LA LEY DE BASES**

Veamos ahora las principales modificaciones que introduce la Ley 27.742, por medio de sus arts. 49, 50 y 51, al sistema regulatorio del reclamo administrativo previo.

##### *4.1 El nuevo art. 30*

En primer término, mantiene la distinción entre vía impugnatoria (recur-siva) y vía reclamatoria. El nuevo texto del art. 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo excluye del reclamo administrativo previo a los supuestos de los arts. 23 y 24 relativos a la impugnación de actos.

Si bien ello ya estaba contemplado en el texto normativo anterior, cabe destacar que la nueva redacción es más clara y precisa, en la medida que la exclusión ya viene dada desde el inicio del precepto normativo.

8 CN CAF Sala IV, 10/09/2002, causa 24778/1995 “Maipú Inversora S.A. contra Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ proceso de conocimiento”. En precedentes posteriores se aclaró que, si bien la doctrina del caso “Mackentor” es anterior a la sanción de la ley 25.344, la distinción de ambas vías de acceso a la revisión judicial, impugnativa y reclamativa, no aparece modificada por esta última (Sala IV, 1/2/2012, causa 47.565/2010 “Gardebled Hnos. SA c/ EN - DNV – resol 777/01 y otras (expte. 10042/10 y otros) s/ proceso de conocimiento”); 14/10/2014, causa “Curuchet, María Angélica c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Rubinzal Online cita: RC J 8631/14; Sala II, 19/09/2019, causa 41.945/2017 “Del Río, Carlos Antonio c/ EN-M TRABAJO E Y SS s/ empleo público”; Sala III, 4/08/2011, causa 4.091/1999 “Compañía Naviera Horamar SA c/ AFIP-DGI-VIII-X y XII s/ Dirección General Impositiva”.

9 V. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 242, que incluso afirma que, si se pierde la vía recursiva, no puede emplearse la del reclamo. En el mismo sentido, MUÑOZ, Guillermo Andrés, “El reclamo administrativo previo”, en *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 597/599.

10 CSJN, 1993, “Serra, Fernando” (Fallos: 316:2454), criterio que mantuvo en Fallos: 333:2001.

No obstante, también es necesario señalar que la nueva redacción introduce la posibilidad de iniciar vía recursiva una vez rechazado el reclamo administrativo previo. Sobre esto volveremos.

También se advierte alguna imperfección de técnica legislativa, porque el nuevo texto solo se refiere al Estado Nacional cuando el anterior precepto incluía al “Estado Nacional y sus entidades autárquicas”<sup>11</sup> y esta falta de mención podría inducir a sostener que se volvió a la situación anterior a la reforma de la Ley 25.344.

En efecto, una lectura rápida del texto legal parecería suponer que ya no hay necesidad de formular reclamo administrativo previo frente al accionar de entes autárquicos. Sin embargo, no se deberían sacar conclusiones apresuradas, porque entre las autoridades competentes para resolver el reclamo se mantiene a la “autoridad superior de la entidad descentralizada”, mención que carecería de sentido si ya no fuera necesario formular reclamo en estos supuestos.

Al respecto, hay que recordar que la inconsecuencia o la falta de previsión nunca se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (doctrina de Fallos: 319:3241; 321:2021 y 2453; 329:21; 346:25; 347:1313, entre muchos otros) y es por ello que resulte razonable entender que se trata de una omisión involuntaria y la disposición normativa se refiere a Estado Nacional *latu sensu*.

Con todo, será la jurisprudencia la que pondrá claridad sobre el punto.

Otra modificación es la supresión del último párrafo del art. 30 (texto según Ley 25.344), en cuanto establecía que el reclamo debía versar sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial.

Esta previsión normativa consagraba el principio de congruencia entre lo reclamado en sede administrativa y el planteo judicial, requerido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de demandas contencioso administrativas<sup>12</sup> y la

11 El texto anterior a la reforma de la Ley 25.344 también excluía el requisito del reclamo administrativo previo cuando se intentaba demandar a una entidad autárquica y por aplicación de esta regla en varios casos judiciales se resolvió que ello no resultaba necesario para habilitar la instancia judicial. V. CN CAF, Sala II, 18/06/1998, causa 4191/97 “Noli Eduardo Enrique c/ Instituto de Obra Social del Ejército (I.O.S.E.) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.”, con cita de precedentes de otras salas.

12 Fallos: 312:103, con cita de Fallos: 311:1914, aunque referidos a la impugnación de actos administrativos. En la causa “Sacoar” la Corte afirmó: “Corresponde dejar sin efecto la decisión que declaró formalmente improcedente la demanda contencioso administrativa iniciada para que se dejen sin efecto las resoluciones administrativas que desestimaron los reclamos de la actora a raíz de los descuentos efectuados por aplicación del Decreto 1096/85, por no haberse deducido previamente el recurso de revocatoria, si en la presentación ante las autoridades administrativas la actora planteó esencialmente los mismos temas que con posterioridad sometió a decisión de la justicia, por lo que no existe violación del principio de congruencia (y por ello de la garantía constitucional de defensa)

propia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal cuando señaló: “Es principio en la materia administrativa que la demanda judicial debe versar sobre los mismos hechos y derechos invocados al efectuar el reclamo o al impugnar el acto en sede administrativa; es decir, que son los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa los que deben ser sometidos a juzgamiento judicial...”<sup>13</sup>, aunque no siempre aceptado pacíficamente en doctrina<sup>14</sup>.

La eliminación es difícil de comprender, al menos nosotros no tenemos una explicación para ello. De todos modos, pensamos que se seguirá exigiendo este requisito, más allá de la supresión del nuevo texto legal, tal como sucedió en otras situaciones (ej. excepción por ritualismo inútil)<sup>15</sup>.

#### 4.2. *Las modificaciones a los arts. 31 y 32*

Los cambios más importantes en esta materia se encuentran en los nuevos arts. 31 y 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo, textos según los arts. 50 y 51 de la Ley 27.742.

Con respecto al primero, cabe señalar que se mantiene el plazo de noventa días hábiles administrativos para que la autoridad competente resuelva el reclamo

---

en desmedro de la entidad autárquica, a raíz de la ausencia de deducción de la revocatoria” (Fallos: 311:2082), también publicado en *LL*, 1989-A, 478.

13 CN CAF, Sala III, 21/03/1996, “Eso S.A.P.A. c/ Dirección General Impositiva”, en esp. cons. 4º (*LL*, 1997-A, 105, con comentario breve de AGUSTÍN sobre la innecesariedad del reclamo administrativo previo cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley); Sala IV, 23/11/1995, causa 16.380/95 “Industrias Mancini S.A.C.I.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato administrativo” y 17/04/2018 causa 22.099/2013 “Elorriaga, Oscar Alberto c/ EN - DNV s/ empleo público”, con cita de precedentes de la Corte Suprema y de la Cámara.

14 Ver al respecto la posición, entre otros, de MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 350, parág. 212 y p. 358, parág. 218. MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *LL*, del 12/07/2024, entienden que este requisito solo debe operar en el proceso judicial y no en el paso de la instancia administrativa a la judicial. En doctrina también se sostiene que la congruencia se podría circunscribir a los hechos, pero no a la fundamentación del derecho (ABERASTURY, Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed. act. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2022, p. 372).

15 En los primeros comentarios sobre las reformas legales ya se advierte este inconveniente y, por ello, en algún caso se sostiene que “quedará librada a la discreción judicial la apreciación de si la reclamación ha sido lo suficientemente clara y precisa para cumplir, de buena fe, con el aviso previo al Estado de la pretensión del particular, pero sin poder exigirse, en adelante, una total correspondencia entre los hechos y el derecho expuestos en la reclamación y en la demanda judicial” (MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., *ya cit.*). También se ha señalado que el principio de congruencia, bien que limitado a la identidad entre la pretensión contenida en el reclamo administrativo previo y la demanda judicial, debe ser mantenido (GARCÍA PULLÉS, Fernando F. “La habilitación de la instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, *LL*, 13/11/2024, 1. TR LALEY AR/DOC/2924/2024).

administrativo. A su vencimiento, el interesado podrá requerir pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco días, podrá iniciar la acción judicial. La ley autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a ampliar esos plazos, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, hasta ciento veinte y sesenta días, respectivamente.

Con relación a este punto, en cuanto a las causales para solicitar la ampliación de los plazos, se entiende que deberán ser cuidadosamente examinadas en cada caso concreto y descartamos que el Poder Ejecutivo pueda disponerla en forma general, pues ello, además de irrazonable, sería atentar contra el fin de la norma<sup>16</sup>.

Pensamos también que el único órgano habilitado para prorrogar estos plazos es el Poder Ejecutivo y que los órganos superiores de los entes descentralizados carecen de esa competencia, no sólo porque el art. 31 faculta solamente a aquel órgano, sino también porque ello surge de su propia redacción, cuando señala que la ampliación se dispondrá “a requerimiento del organismo interviniente”, mención que debe interpretarse dirigida tanto a los ministros y secretarios de la Presidencia como a las máximas autoridades de los entes descentralizados, con exclusión de los órganos inferiores. Confirma lo expuesto, por otra parte, el carácter excepcional de la medida y que, por ello mismo, debe ser adoptada por un órgano jerárquicamente superior a los competentes para resolver el reclamo administrativo.

Una vez vencido el plazo (original o ampliado) el interesado podrá requerir pronto despacho y acá entra a jugar la modificación legal. Si al vencimiento del plazo de cuarenta y cinco días o sesenta desde el pronto despacho la autoridad no resuelve el reclamo, entonces el interesado “*podrá iniciar la demanda, la que podrá ser interpuesta en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción*”.

En este punto sí se advierte una modificación sustancial respecto del texto vigente hasta la reciente reforma. En efecto, con ello se soluciona el problema de la Ley 25.344 que dio lugar al caso “Biosystems”.

También se elimina: (i) el carácter “perentorio” del plazo para iniciar la acción judicial que contemplaba la reforma de la Ley 25.344, así como (ii) la previsión también incluida por esa ley de que los jueces deben revisar de oficio el cumplimiento de los requisitos de agotamiento de la vía e interposición en plazo, exigencia que, en un primer momento, surgió del precedente “Gorordo”<sup>17</sup> de la

16 Al respecto, es del caso señalar que la Ley 27.742 introduce importantes modificaciones a los principios que deben regir el procedimiento administrativo, en la nueva redacción que le asigna al art. 1° bis de la Ley de Procedimiento Administrativo. Entre estos se destacan la simplificación administrativa y la buena administración, entre otros. Por ello, resultaría un contrasentido una extensión general del plazo para resolver el reclamo administrativo previo.

17 CSJN, 1999, “Gorordo” (Fallos: 323:73).

Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>18</sup> y luego fue receptado normativamente y (iii) se agrega un nuevo plazo de ciento ochenta días hábiles judiciales para iniciar demanda “desde la notificación del acto que rechaza expresamente el reclamo administrativo previo”<sup>19</sup>.

Una gran novedad que introduce la Ley de Bases es la posibilidad de recurrir en sede administrativa la denegatoria expresa del reclamo administrativo previo. Así lo establece expresamente el nuevo art. 31 y con ello, si bien se mantienen las dos vías (impugnatoria y reclamatoria), se innova en el punto, porque siempre se entendió que se trataba de vías excluyentes.

Con la modificación legal, ahora se pueden transitar las dos vías, toda vez que concluida la reclamatoria, el interesado podrá continuar en sede administrativa, mediante la deducción de un recurso contra el acto denegatorio. Todavía más, resuelto el recurso contra el acto que deniega el reclamo administrativo, acto que, a su vez, agota la vía administrativa, será optativa la interposición de recursos administrativos que pudieran corresponder (por aplicación del art. 31, último párrafo, que reenvía al art. 23, inc. c, final, de esta ley, con el texto asignado por el art. 50 de la Ley 27.742).

Se trata de una opción a favor del administrado y no una obligación de transitar ambas vías, primero la reclamatoria y después la impugnatoria, para agotar la instancia administrativa.

Como se puso de manifiesto, en la doctrina especializada era mayoritaria la postura que indicaba que el acto que rechazaba el reclamo administrativo no era susceptible de ser recurrido, es decir, que agotada una vía no se podía continuar con la otra<sup>20</sup>. Esta fue la contundente postura que también adoptó el legislador al sancionar la Ley 25.344, pues aclaró expresamente que “la denegatoria del reclamo no podrá ser recurrida”.

Ello ahora se ve modificado sustancialmente por la nueva reforma legal. Es cierto que continuar en sede administrativa, mediante la interposición de recursos tanto contra el acto que resuelve negativamente el reclamo como contra el que agota la vía recursiva, demorará el inicio de una acción judicial, pero ello será

18 La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal adoptó igual criterio en el plenario “Romero” (LL, 1999-E,140).

19 Cabe destacar también que en el mismo precepto normativo se indican plazos que se deben contar en días hábiles administrativos (para resolver el reclamo administrativo previo) y días hábiles judiciales (para interponer la demanda), en una muestra cabal de las diferentes funciones estatales involucradas en uno y otro caso.

20 Además de la posición de los autores citados en nota al pie 10, en el mismo sentido se pronuncia García Pullés cuando señala que estas vías no son consecutivas, sino alternativas, de modo que no corresponde ni es admisible formular reclamo administrativo previo luego de la agotada la vía impugnativa, ni viceversa, plantear recursos o reclamos impropios contra el acto administrativo que rechaza el reclamo administrativo previo (v. *ya cit.*, p. 736).

por la decisión del interesado, es decir una consecuencia de su propia estrategia procesal. Sí se debe insistir en que se trata de una posibilidad en favor del administrado y no una imposición para agotar la vía administrativa.

La nueva regulación legal contempla que, en los casos de denegatoria por silencio, una vez vencidos los plazos para resolver el reclamo (o su prórroga), el interesado puede iniciar la acción judicial en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. Se deja de lado, entonces, cualquier plazo perentorio o de caducidad y sólo habrá que observar el de prescripción.

Con ello surge una duda, pues, por un lado, la nueva redacción del art. 31 contempla el plazo de prescripción, pero, por el otro, la misma ley, al regular los principios del procedimiento administrativo, dispone que la interposición de recursos y reclamos o acciones judiciales interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios, inclusive los de caducidad y prescripción (art. 1º *bis*, inc. *i*)<sup>21</sup>.

Seguramente será tarea de los jueces establecer la interpretación correcta de estas disposiciones ante situaciones concretas, tratando de asegurar tanto la finalidad del reclamo administrativo previo como la garantía de acceso al control judicial por parte de los interesados.

#### 4.3. *Excepciones al reclamo administrativo previo*

En el art. 32 se establecen las excepciones al requisito del reclamo administrativo y se trata de una disposición normativa que tuvo varios cambios por la redacción que le asignó el art. 51 de la Ley 27.742.

Cabe señalar que, con la anterior reforma, la instrumentada por la ley 25.344, sí se buscó disminuir los supuestos de excepción al requisito del reclamo administrativo previo. Por ello, la nueva Ley 27.742 viene a reinstalar algunas excepciones y a contemplar otras.

Ante todo, hay que decir que el requisito no será exigible cuando una norma expresa así lo disponga. Parece una cuestión baladí, pero no lo es tanto, porque al no estar prevista esta causal como un inciso del artículo, sino en su propio texto, muchas veces se pasa por alto esta primera excepción. Con todo, es la más clara y evidente, si una norma exime al interesado de formular reclamo antes de iniciar una demanda judicial, entonces no será necesario hacerlo.

Otro supuesto de excepción es cuando se tratare de repetir lo pagado en virtud de ejecución o gravamen (art. 32, inc. *a*).

21 Más allá de ello, hay que señalar que el nuevo texto del art. 1º *bis*, inc. *i*, despeja las dudas que generaba el anterior art. 1º, inc. *e*, ap. 9, al indicar que "...Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de la caducidad". La mención tanto a la suspensión de los plazos como a que ellos se reiniciarán suscitó controversias en torno a si se trataba de un supuesto de suspensión o interrupción de la prescripción. Ahora queda claro que se trata de una causal interruptiva.

En estos casos no hay verdadera innovación normativa, porque se trata de situaciones ya previstas en la ley vigente anterior a la última reforma.

También sucede algo así, aunque en forma parcial, con la excepción a la obligación de formular reclamo administrativo cuando se reclamen daños y perjuicios al Estado.

Decimos que es una innovación parcial, porque en el texto anterior ya se contemplaba esta excepción cuando se reclamaban daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado. El nuevo texto mantiene esta excepción y también incorpora el caso de reclamo por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual del Estado. Así, a partir de ahora quedan equiparados ambos supuestos de responsabilidad.

También se incorporan otros casos, tales como cuando en el juicio se intentare una acción de desalojo o cuando se trate de una acción que no tramite por vía ordinaria (art. 32, inc. *b*).

Probablemente una de las modificaciones más trascendentes desde el punto de vista de la regulación positiva lo constituya la reinstalación de ritualismo inútil como excepción a la obligación de formular reclamo administrativo.

Recordemos que en el texto anterior a la reforma de la Ley 25.344 el art. 32, inc. *d*) eximía de formular reclamo administrativo cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.

Hasta su eliminación con la reforma del 2000, la jurisprudencia acudió a esta excepción en numerosos casos, siempre que se constataba que el reenvío del asunto a la sede administrativa constituiría un ritualismo inútil, porque la Administración ya había fijado una clara postura adversa a las pretensiones del particular. En esta solución también jugaba el principio *in dubio pro actione*, como una manera de conciliar las prerrogativas estatales con el derecho de acceso a la jurisdicción de los particulares<sup>22</sup>.

Como se vio, la Ley 25.344 eliminó esta excepción. Sin embargo, la jurisprudencia consideró que la excepción de ritualismo inútil es un principio jurídico

22 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en forma reiterada que en materia de habilitación de la instancia contencioso administrativa rige el principio *in dubio pro actione*, a fin de no menoscabar el derecho de defensa (Fallos: 312:107 y 1306; 313:83, entre muchos otros). Ampliar en el documento Nota de Jurisprudencia: Habilidadación de la instancia judicial e “*in dubio pro actione*”, elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia del Alto Tribunal <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/21/documento>. En el mismo sentido, CN CAF, Sala IV, 12/10/2021, causa 77390/2017 “Vázquez Topssian, Lucas Ezequiel c/ Estado Nacional-Secretaría Legal y Técnica Presidencia de la Nación s/ despido” y los precedentes que ahí se citan; Sala II, 10/03/2020, causa 78.480/2016 “López Capul, Carlos Alberto c/ Unidad de Información Financiera s/ empleo público”.

más allá de su inclusión en el texto legal y por ello, ante casos concretos, continuó aplicándolo.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al recordar la finalidad del reclamo administrativo, señaló que se puede prescindir en supuestos justificados, como, por ejemplo, cuando se advierte la ineficacia cierta de este procedimiento, pues son inadmisibles las conclusiones que conducen a un injustificado rigor formal y que importan asimismo un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional<sup>23</sup>.

Del mismo modo, tempranamente las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal fueron aplicando este principio hasta llegar al plenario “Córdoba, Salvador”<sup>24</sup> (18/5/2011), que adopta como doctrina legal que el ritualismo inútil es un principio jurídico que subsiste como tal.

La reinstalación de esta nueva causal seguramente repercutirá favorablemente en varias situaciones que requieran atención judicial, de consuno con el principio *in dubio pro actione*.

Vinculado con este punto, conviene señalar que ya hay pronunciamientos de la cámara que aplican esta excepción y resuelven habilitar la instancia ante la presencia de una conducta del Estado que demuestra claramente que reenviar la petición a sede administrativa constituye un ritualismo inútil<sup>25</sup>.

En particular, hay que relacionar esta excepción con el nuevo ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo que se define en el art. 1° (texto según Ley 27.742). En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa previstos en la Ley 19.549 no son aplicables en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad ni de inteligencia (Fallos: 311:255; 312:1250; 322:551; 324:4504; 327:4681; 329:2886; 331:144 y 415) y, en consecuencia, tampoco se exigía en estos casos el reclamo administrativo previo a demandar.

23 CSJN, 2001, “The First National Bank of Boston” (Fallos: 324:3335) y en otros precedentes similares. V. suplemento de jurisprudencia mencionado en nota al pie 7. Por el contrario, exigió el cumplimiento del requisito cuando no se comprobó que su exigencia fuera un ritualismo inútil o un mero requerimiento formalista (Fallos: 332:1629).

24 CN CAF en pleno, 2011, “Córdoba, Salvador” LL, 2011-E, 336.

25 CN CAF, Sala V, 15/10/2024, causa 50246/2022 “Aranovich, Mariana Esther y otro c/ EN-PJN-Ex 1273 s/ empleo público”. Cabe recordar que, ante la modificación que la ley 27.742 introduce en el ámbito de aplicación de la ley 19.549 [art. 1°, en especial, inc. a, ap. (ii)], la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió 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 y precisó que las disposiciones de esa ley sólo serán aplicables al ejercicio de superintendencia de la Corte y de los restantes tribunales, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga (acordada 34/2024. B.O. 6/11/2024).

Ahora la Ley de Procedimiento Administrativo expresamente dispone que sus disposiciones se aplicarán a los organismos militares y de defensa y seguridad, con excepciones (art. 1º, inc. *d*). Por ello, a partir de ahora habrá que verificar el cumplimiento de este recaudo de agotamiento de la vía administrativa por reclamo, pero ya se aplica también la excepción de ritualismo inútil, por ejemplo, en materia de reclamos por diferencias salariales<sup>26</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Para finalizar, digamos que el tema sigue siendo importante, porque otra vez fue objeto de modificaciones por parte del legislador. Si bien en 2000 fue uno de los pocos institutos modificados, ahora se incluye en la reforma integral de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En algunos casos se volvió a la situación anterior a la Ley 25.344, pero también se advierte que no se aprovecharon algunas reformas que sí habían ayudado a despejar ciertas dudas y cuestiones.

En otros aspectos, sí se incorporaron nuevas regulaciones, que podríamos decir modifican de modo sustancial el instituto (ej. posibilidad de recurrir en sede administrativa el rechazo expreso de la denegatoria del reclamo).

Veremos cómo se desarrollan los acontecimientos y, como siempre, serán los operadores (academia, abogados litigantes y jueces) los que se encargarán de ir despejando dudas y formulando interpretaciones, de manera de contar con un cuerpo de doctrina y jurisprudencia que nos permita operar con mayor seguridad en esta materia.

Actividades como ésta, jornadas o seminarios, contribuyen en gran medida a entender las nuevas regulaciones, a formular opiniones críticas o laudatorias y, en definitiva, constituyen un importante aporte para avanzar en el estudio y profundización de los temas de derecho administrativo.

En este punto, conviene no olvidar, tienen que favorecer al acceso al control judicial de la actividad administrativa, en beneficio de la legalidad de la actuación estatal y de la defensa de los derechos de los particulares.

---

ROGELIO VINCENTI

Es Procurador, Abogado y Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad del Salvador, Argentina, y la Universidad Carlos III de Madrid, Reino de

26 CN CAF, Sala IV, 6/08/2024, causa 9426/2021 “Vera, Roberto Javier c/ EN – Mº de Justicia y DD.HH. – SPF s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.” y 13/09/2024, causa 5716/2022 “Braga, Mónica Noemí y otro c/ E.N. – M. Justicia y DDHH – SPF s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA y de Seg”.

España. Profesor adjunto regular en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Católica Argentina (UCA), entre otras universidades nacionales y privadas. Coordinador del Área de Redacción Jurídica de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Juez de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.



## EL QUE CALLA, OTORGA: EL SILENCIO POSITIVO EN MATERIA DE AUTORIZACIONES

JUAN SANTIAGO YLARRI

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El deber de resolver y el instituto del silencio. 2.1. Deber de resolver. 2.2. Silencio negativo. 2.3. Silencio positivo. 3. Requisitos para que se configure el silencio positivo en los supuestos previstos en el art. 10, inc. b) LNPA. 3.1. El silencio sólo rige en materia de autorizaciones administrativas. 3.2. El silencio sólo rige en el marco de una facultad reglada. 3.3. Plazo en el que se configura el silencio positivo. 3.4. El silencio como acto administrativo finalizador del procedimiento. 3.5. Inscripción registral, emisión de certificado o autorización. 3.6. Necesidad de cumplir con las condiciones previstas para el otorgamiento. 3.7. Excepciones al silencio positivo. 4. El trámite de autorizaciones con silencio positivo. 4.1. Plataforma en la que tramitan los procedimientos. 4.2. ¿Qué se debe contemplar en las plataformas digitales? 4.3. Falta de acreditación de elementos a cargo del particular. 4.4. Inicio del trámite ante autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto. 5. Vigencia del régimen con sentido positivo. 6. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propongo analizar las modificaciones normativas introducidas recientemente con relación a el silencio positivo.

De este modo, para analizar la cuestión tendré en cuenta los cambios realizados por la ley 27.742<sup>1</sup>, denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (LNPA, en adelante); las modificaciones introducidas por el decreto 695/24<sup>2</sup> al decreto 1759/72<sup>3</sup>, que reglamenta la ley de procedimientos administrativos (cabe puntualizar que el propio decreto 695/24 también contiene prescripciones

1 B.O. 8/7/2024.

2 B.O. 5/8/2024

3 B.O. 27/4/1972, texto ordenado por el decreto 894/17 (B.O. 2/11/2017).

sobre el tema que se analiza); la decisión administrativa 836/24, que estableció el cronograma de implementación; y el decreto 971/24<sup>4</sup>, que aprobó, por un lado, el listado de los procedimientos exceptuados de la aplicación del silencio positivo y, al mismo tiempo, el listado a los cuales les aplicará el silencio con sentido positivo.

La regulación del silencio positivo tiene antecedentes en otros países, como Italia, a través de la ley 241, de 1990; Francia, a través de la Ley 2013-1005, del 12/11/2013; y España, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015, en su art. 24.

Aclaro que el presente trabajo se circunscribe a analizar y detallar la nueva regulación en materia de silencio positivo, pero sin pretender abarcar la naturaleza del instituto del silencio administrativo y todos los debates en torno a él.

Así las cosas, en un primer momento me referiré al derecho del ciudadano a obtener una decisión fundada y al instituto del silencio. Seguidamente, analizaré los requisitos para que se configure el silencio positivo en los supuestos previstos en el art. 10, inc. b) LNPA, y las excepciones previstas a este régimen. Finalmente, abordaré cómo es el trámite en este tipo de procedimientos.

## **2. EL DEBER DE RESOLVER Y EL INSTITUTO DEL SILENCIO**

### *2.1. Deber de resolver*

Si bien me referiré al instituto del silencio, no debe olvidarse que el art. 1 *bis* LNPA establece en su inc. a) la “tutela administrativa efectiva” que comprende el “derecho a una decisión fundada”. Del mismo modo, el mencionado artículo, en su inc. c) reconoce los principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites. Por lo tanto, no puede obviarse que de cumplirse con esos principios, la Administración debería poder expedirse expresamente en tiempo oportuno<sup>5</sup>.

### *2.2. Silencio negativo*

No obstante, para paliar la falta de respuesta de la Administración, se establece el instituto del silencio<sup>6</sup>.

4 B.O. 1/11/2024.

5 En este marco, cabe señalar que el reglamento de procedimientos administrativos (decreto 1759/72) se refiere a la responsabilidad del agente por el incumplimiento de los plazos previstos. En esta línea, el art. 72 indica lo siguiente: “El incumplimiento injustificado de los trámites y plazos previstos por la Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 y por este reglamento, genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo directo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento; en cuyo caso y cuando se estime la queja del artículo anterior o cuando ésta no sea resuelta en término el superior jerárquico respectivo deberá iniciar las actuaciones tendientes a aplicar la sanción al responsable”.

6 Sobre la naturaleza del instituto del silencio, ver HUTCHINSON, Tomás, “La inactividad de la administración y su control”, en *Control de la Administración Pública: administrativo*,

La actual versión del art. 10, inc. a) LNPA sigue manteniendo el principio general de que el silencio se interpreta de modo negativo. De esta manera, se indica que “[c]uando se tratare de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo”. Ahora bien, en la nueva redacción se abandona la necesidad de que transcurrido un plazo el interesado deba interponer un pronto despacho y esperar 30 días más. Por el contrario, se establece que “[s]i las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración”<sup>7</sup>.

### 2.3. *Silencio positivo*

El art. 10, inc. b) de la LNPA prevé el silencio positivo siempre que se configuren ciertas circunstancias. Establece lo siguiente:

“Cuando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración, al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”<sup>8</sup>.

---

*legislativo y judicial*, RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 157-208. Ver también ISABELLA, Diego Paulo, *Silencio administrativo y acceso a la justicia*, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 56 y ss.

7 En relación con el silencio, la Corte Suprema ha sostenido que el silencio de la Administración no puede considerarse como una manifestación expresa ni tácita de la voluntad, salvo disposición en contrario del orden normativo (CSJN, “Ruíz Orrico, Juan C. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ cobro de pesos”, 24/5/1993, Fallos: 316:1025, considerando 17, con cita de Fallos: 308:618; 312:2152, considerando 4°. Ver también, “Maruba SCA. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato”, 30/6/1998, Fallos: 321:1784, considerando 21).

8 Antes de la vigencia de este artículo, la Corte Suprema ha sostenido que el silencio positivo debe interpretarse en forma restrictiva. Al respecto, señaló lo siguiente: “Basta recordar al efecto que la institución del silencio positivo, admitida expresamente en sistemas como el español y, en menor medida, el argentino -donde la regla es el silencio negativo- debe ser interpretada en forma restrictiva toda vez que -como ha señalado Juan Alfonso Santamaría Pastor (...) - ‘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 aparezca reconciliada con la legalidad mediante el acto catártico y sacramental de la autorización administrativa’. Su procedencia exige, consecuentemente, que exista una cláusula contractual expresa o una norma que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la Administración o que, en su defecto, ella pueda deducirse de su comportamiento según surja de las constancias de la causa” (CSJN, “SP SA - Relevamientos Catastrales SA - Recovery SA UTE c/ Municipalidad de la Ciudad de Córdoba s/cobro”, 2/3/2016, Fallos: 339:236, apartado

Antes de analizar de modo particular esta norma, cabe precisar que el art. 2, cuarto párrafo del decreto 695/24, estipula que “[l]os procedimientos administrativos regulados en normas especiales que contemplen la aplicación del silencio con efecto positivo continuarán rigiéndose por sus respectivas normas y mantendrán plena operatividad”. Es decir, que la nueva norma no viene a reemplazar otros supuestos específicos ya previstos. Por ejemplo, cabe citar la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que lo prevé para las autorizaciones de transmisiones<sup>9</sup>. Del mismo modo, lo hace el decreto 599/24, que aprueba la reglamentación del Código Aeronáutico, y establece el sentido positivo respecto de las autorizaciones para la realización de trabajo aéreo<sup>10</sup>.

### **3. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL SILENCIO POSITIVO EN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ART. 10, INC. B) LNPA**

Ahora bien, cabe precisar que para que se configure el silencio positivo deben cumplimentarse con diversos requisitos. Analizaré cada uno de ellos.

#### *3.1. El silencio sólo rige en materia de autorizaciones administrativas*

La norma expresa que el silencio podrá ser considerado positivo “[c]uando una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto...”. Es decir, que el establecimiento del silencio positivo es sólo para autorizaciones y no para otro tipo de peticiones. Por ejemplo, la autorización que un contribuyente solicite a la AFIP para emitir Factura A.

---

IV del dictamen fiscal al cual la Corte remite. En igual sentido, ver “Artefactos a Gas ‘Llama Azul’ SAIC y F. c/ Gas del Estado s/ cobro de pesos”, 9/4/1991, Fallos: 314:217, considerando 12).

9 El art. 62 de la ley 26.522 (B.O. 10/10/2009) estipula: “Autorización de redes. Las emisoras de radiodifusión integrantes de una red, no podrán iniciar transmisiones simultáneas hasta tanto la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual no hubiere dictado la autorización del correspondiente convenio o contrato de creación de la red y de acuerdo a lo previsto en el artículo 63.

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”.

10 El art. 16 del decreto 599/24 (B.O. 10/7/2024) establece: “Automaticidad de las Autorizaciones. Transcurrido el plazo de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 15, sin que la autoridad aeronáutica hubiere formulado objeción alguna ni se hubiere pronunciado respecto de la presentación, el interesado podrá requerir pronto despacho.

Una vez requerido el pronto despacho y transcurridos cinco (5) días hábiles 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”.

De este modo, el art. 65 *bis* del reglamento se ocupó de distinguir lo que es una autorización, de un permiso. De este modo, indica 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”. De forma concordante, establece que el silencio positivo “no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa”. La norma también aclara que la denominación del acto será indistinta a efectos de su calificación como autorización.

Así, la reglamentación recoge esta distinción efectuada por la doctrina y la jurisprudencia entre autorizaciones y permisos. Sobre el punto, se ha señalado que la idea común sobre la cual reposan ambos conceptos es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. Sin embargo, la diferencia está en que en la autorización, la respectiva actividad no está prohibida, habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos. Por el contrario, 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. De este modo, en este segundo supuesto, la Administración pública tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad prohibida no afecta el interés público o bien común<sup>11</sup>.

Por su parte, otro autor explica el concepto de autorización del siguiente modo: “Las autorizaciones suponen un derecho preexistente. Dicho en otros términos, el relato es el siguiente: 1) el particular tiene un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico; 2) el Estado, en el marco de sus potestades de regulación, restringe el ejercicio de ese derecho, sujetándolo al cumplimiento de ciertas condiciones y, por último, 3) el Estado, si el interesado cumple con esos requisitos, debe dictar el acto de autorización, es decir, remover el obstáculo legal y reconocer el pleno ejercicio del derecho”<sup>12</sup>.

### 3.2. *El silencio sólo rige en el marco de una facultad reglada*

La norma establece que el silencio será considerado positivo cuando una norma exija una autorización administrativa y “... en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración”. Es decir, que la norma excluye los

11 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7º ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 334. En la misma línea, se ha expresado la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en un caso donde se debatía un permiso de pesca (CN CAF, Sala II, “Grupo Moscuzza”, 19/5/2020, Causa 26.984/2004).

12 BALBIN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 1º ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 833.

supuestos en los que para otorgar una autorización la Administración deba ejercer una facultad discrecional.

Para recordar la distinción entre ambos<sup>13</sup>, cabe traer a colación un clásico pronunciamiento de la Corte Suprema, el precedente “Consejo de Presidencia de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de Bahía Blanca”<sup>14</sup>. Allí, expresó que en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos. En estos casos, de “poderes reglados o de aplicación legal automática”, se reemplaza así “el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido”. En otras ocasiones, en el caso de las “facultades o potestades de ejercicio discrecional”, “el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir”<sup>15</sup>.

En este marco, respecto de las autorizaciones regladas y discrecionales, la doctrina ha distinguido que frente a un pedido del administrado tendiente a obtener el levantamiento de una condición puesta al ejercicio de un derecho, por un lado, la Administración puede hallarse obligada a otorgar la pertinente autorización, si se cumplen los requisitos condicionantes (autorización reglada). Por otro lado, la administración puede disponer de poderes discrecionales en punto tanto a la oportunidad de emitir el respectivo acto como a su contenido

13 Sobre la cuestión, ver el exhaustivo análisis de FERNÁNDEZ, Sergio G., *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2021, en especial el capítulo III. El autor destaca que la facultad es reglada cuando el ordenamiento jurídico regula el ejercicio de la actividad administrativa en todos sus aspectos. Por el contrario, indica que las facultades son discrecionales cuando el ordenamiento otorga al órgano administrativo un margen de libertad para elegir entre distintas posibilidades frente al acaecimiento de un supuesto de hecho concreto.

Por su parte, LUQUI, respecto de las facultades discrecionales, sostiene que “la ley confiere a la Administración cierto margen de libertad para apreciar cuál es la solución que satisface mejor el interés público y proceder en consecuencia, claro está, dentro de los límites fijados en la norma, con el fin que ella persigue y según las formas, requisitos y principios aplicables a la actividad administrativa” (LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 193).

Sobre la cuestión, ver también BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, t. 1, p. 567 y ss.

14 CSJN, “Consejo de Presidencia de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de Bahía Blanca”, 23/6/1992, Fallos: 315:1361

15 Consid. 6.

y extensión (autorización discrecional)<sup>16</sup>. Sólo sobre las primeras se admite el silencio positivo.

### 3.3. *Plazo en el que se configura el silencio positivo*

El art. 10, inc. *b*) LNPA establece que el silencio tendrá sentido positivo “... al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa...”. De forma concordante, la primera parte del art. 65 *quater* del reglamento indica que “[c]umplido el plazo previsto en el apartado (*viii*) del inciso *g*) del artículo 1º *bis* de la Ley de Procedimientos Administrativos [60 días], o el que la normativa específica establezca, así como las condiciones previstas reglamentaria o normativamente para el otorgamiento de la autorización administrativa, se configurará el silencio con sentido positivo”.

Es decir, la norma específica que regule el procedimiento de la autorización puede fijar un determinado plazo para que se configure el silencio, o bien, se aplicará el plazo de 60 días previsto en la ley de procedimientos<sup>17</sup>. No obstante, el propio art. 10, inc. *b*) LNPA indica que el plazo de 60 días se computa “al vencimiento del plazo previsto para resolver”. Del mismo modo, el art. 1º *bis*, inc. *g*), apartado *viii*), al cual remite el art. 65 *quater*, establece que el plazo de 60 días se computa “una vez que esté en condiciones de ser resuelto por el órgano competente”. Por lo tanto, no necesariamente el plazo de 60 días para que se configure el silencio positivo corre desde la fecha en que el interesado solicitó la autorización administrativa, sino que se computa desde la fecha en que la solicitud esté en condiciones de ser resuelta.

### 3.4. *El silencio como acto administrativo finalizador del procedimiento*

La norma estipula que “[l]a estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”<sup>18</sup>.

De forma concordante, el reglamento de procedimientos administrativos establece prescripciones al respecto. Así, el art. 63 del reglamento, en relación con “la conclusión de los procedimientos” estipula que “[l]os trámites administrativos concluyen por resolución expresa, por silencio positivo, por caducidad o por desistimiento del procedimiento o del derecho”. A su vez, el art. 65 indica que “[l]a conclusión de los procedimientos por configuración del silencio positivo y la declaración de la caducidad resultarán de lo previsto en los artículos

16 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, cit., t. II, p. 335.

17 El art. 1º *bis*, inc. *g*), apart. *viii*) establece que “[c]uando las normas no fijen un plazo máximo para resolver, éste será de sesenta (60) días, una vez que esté en condiciones de ser resuelto por el órgano competente”.

18 Esta previsión normativa es idéntica a la establecida en el art. 24 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de España.

10, inciso *b*) y 1° *bis*, inciso *k*), de la Ley de Procedimientos Administrativos, respectivamente”.

### 3.5. *Inscripción registral, emisión de certificado o autorización*

Una vez que se produzca la estimación del pedido de autorización administrativa por silencio, la ley prevé que “...el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa”. Es decir, si bien la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, luego se requiere la inscripción registral o la emisión del certificado o la autorización.

Aquí, el reglamento incorpora un plazo para ello: 15 días. En efecto, el art. 65 *quater* establece que una vez cumplido el plazo en el que se configura el silencio positivo, “[e]l interesado podrá tramitar la inscripción registral, emisión del certificado o autorización correspondiente, la que será otorgada en un plazo no mayor a quince (15) días”.

Ahora bien, cabe aclarar que en caso que la Administración no lleve adelante la inscripción registral o emita el certificado o la autorización correspondiente en el plazo indicado, no rige el silencio estimatorio. De este modo, si persiste el silencio de la Administración, en última instancia el ciudadano se verá obligado a interponer un amparo por mora<sup>19</sup>.

### 3.6. *Necesidad de cumplir con las condiciones previstas para el otorgamiento*

Ahora bien, no puede perderse de vista que el art. 65 *quater* de la reglamentación determina que “[e]n ningún caso el acto de autorización podrá implicar excepciones o incumplimientos sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente, las que serán fiscalizadas y auditadas por las autoridades competentes”. Esta cuestión está presente también en la propia definición de “autorización administrativa” que da el art. 65 *bis* del reglamento, en tanto dispone que es el acto mediante el cual la administración habilita el ejercicio de un derecho

19 Por esta circunstancia, un colega ha señalado que el silencio positivo no es más que “una trampa para ilusionar”.

No obstante, cabe destacar que la ley 27.742 ha modificado también el instituto del amparo mora. La actual redacción del art. 28 LNPA establece que el juez puede aceptar el plazo informado por la autoridad administrativa si lo considera razonable en atención a la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes y a la demora ya incurrida. Por el contrario, de no haberse informado tal plazo o considerarlo irrazonable, la norma faculta al juez a fijar el plazo dentro del cual deberá expedirse la autoridad requerida “pudiendo agregar, en todos los casos, el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante de no respetarse el nuevo plazo aceptado o fijado”.

preexistente del administrado “una vez verificado el cumplimiento de las condiciones para su dictado”.

En este marco, cabe referirse a una serie de situaciones que pueden llegar a plantearse<sup>20</sup>:

- a) Si transcurre el plazo previsto, pero antes de la emisión del certificado o de la inscripción, se verifica que el particular incumplió algunas condiciones, ¿se configura el silencio positivo?
  - (i) Por un lado, si se entiende que no se configura el silencio estimatorio, considero que ante el pedido del particular de la misión del certificado o de la inscripción, la Administración deberá hacer saber al particular las condiciones pendientes de cumplimiento.
  - (ii) Por otro lado, si se entiende que aunque el particular haya no haya cumplido con todas las condiciones, de todos modos se configura el silencio positivo, ¿puede revocarse el silencio estimatorio en sede administrativa? En atención a lo prescripto en las normas antes reseñadas, considero que en caso de incumplimiento de las condiciones para su otorgamiento, la Administración podrá revocar la autorización en sede administrativa.
- b) Ahora bien, si se emitió el certificado o se realizó la inscripción, y con posterioridad la Administración verifica que no se cumplieron con todas las condiciones ¿puede revocarlo en sede Administrativa o debe recurrir a sede judicial?
  - (i) En este caso, considero que la Administración podría revocarlo en sede administrativa si se acredita dolo del administrado, como indica el art. 17, cuarto párrafo, de la ley de procedimientos administrativos.
  - (ii) En caso que no pueda acreditar el dolo, deberá obtener la declaración de nulidad en sede judicial.

### 3.7. Excepciones al silencio positivo

A su vez, la norma expresamente prevé que el silencio con sentido estimatorio previsto en el art. 10, inc. b) LNPA “no será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso”.

#### (i) Excepciones generales

Es decir, por un lado, la norma establece expresamente en qué materias no será aplicable el silencio positivo, aun cuando se trate de un caso que se enmarque dentro de los previstos por el art. 10, inc. b) LNPA. Así, dispone que no

<sup>20</sup> Aquí amplió lo que expuse en “El silencio positivo en la reforma a la Ley de Procedimiento Administrativo”, *La Ley*, diario del 9/10/2024, pp. 1 y 4-6.

será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público<sup>21</sup>. Por ejemplo, en materia de medio ambiente, podría pensarse en autorizaciones relacionadas a residuos peligrosos. No obstante, la norma prevé que aún en estos casos una norma específica podría otorgar sentido positivo al silencio.

*(ii) Excepciones específicas*

Por otro lado, se establece que la reglamentación “podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso”<sup>22</sup>. En estos casos, el art. 65 *quinques* del reglamento establece que “[e]l silencio con sentido positivo en los términos del inciso b) del artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos no resultará aplicable a los supuestos específicos que determine el Poder Ejecutivo Nacional, previa solicitud de la Jefatura de Gabinete de Ministros”. Lo propio establece el art. 3 del decreto 695/2024 que aprobó el reglamento, en el que se indica que “[l]a Jefatura de Gabinete de Ministros debe elevar al Poder Ejecutivo Nacional, previo informe fundado de las áreas competentes, los supuestos específicos en los que no será de aplicación el silencio con efecto positivo contemplado en el inciso b) del artículo 10 de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, previo a su efectiva implementación”. Así las cosas, para exceptuar de la aplicación del silencio positivo, las áreas competentes deben elaborar un informe fundado. El Jefe de Gabinete de Ministros, por su parte, es quien solicita la excepción al Poder Ejecutivo, que es quien lo aprueba.

En función de lo requerido por el art. 10, inc. b) de la ley de procedimientos administrativo, los supuestos específicos fueron establecidos por el decreto 971/24. El mencionado decreto aprobó, en su Anexo I, “el listado de los procedimientos administrativos para la obtención de autorizaciones administrativas regladas de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada exceptuados de la aplicación del silencio con sentido positivo”. Al mismo tiempo, aprobó, en su anexo II, el listado de los procedimientos administrativos para la obtención de autorizaciones administrativas regladas de la Administración

21 En un sentido similar, el art. 24 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de España, establece lo siguiente: “El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

22 La doctrina ha señalado que al establecerse la necesidad de que se prevean en forma expresa y puntual las excepciones adicionales al ámbito de aplicación del silencio positivo, se favorece el control ciudadano sobre la reducción del alcance de la nueva regla (MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LL, diario del 12/7/2024, p. 1 y ss.).

Pública Nacional centralizada y descentralizada a los que resultará de aplicación el silencio con sentido positivo” contemplado en la ley. A su vez, en la norma se encomendó a la Jefatura de Gabinete de Ministros la actualización de los listados de los procedimientos administrativos para la obtención de autorizaciones administrativas regladas de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada. De este modo, la norma, en sus dos anexos, contempla todo el universo de autorizaciones regladas existentes al día de hoy<sup>23</sup>.

#### **4. EL TRÁMITE DE AUTORIZACIONES CON SILENCIO POSITIVO**

El art. 65 *ter* del reglamento establece el procedimiento en este tipo de supuestos. El artículo citado establece lo siguiente:

“Los procedimientos administrativos para la obtención de una autorización reglada deberán tramitar íntegramente en formato digital a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) o la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos. A través de dichas plataformas se procurará la automatización del cumplimiento de las exigencias reglamentarias aplicables.

En las plataformas se indicarán 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. La falta de indicación de los recaudos antes indicados no impedirá la invocación del efecto positivo del silencio previsto en el inciso *b*) del artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Una vez presentado el pedido de autorización, si la autoridad competente advirtiera la falta de cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa aplicable a los fines de su otorgamiento, deberá solicitar al requirente a que, dentro del plazo de diez (10) días, acompañe los elementos o datos faltantes que se encuentren a cargo del particular. 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 omisión de esta notificación al administrado se considerará falta grave del agente responsable.

23 En efecto, en los considerandos del decreto 971/24 se expresa que “atento a que las reparticiones de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada han identificado y clasificado la totalidad de los trámites vigentes, corresponde aprobar el listado de los procedimientos administrativos para la obtención de autorizaciones administrativas regladas de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada a los que únicamente resultará de aplicación el silencio con sentido positivo contemplado en el inciso *b*) del artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549”.

Creo que incluir un listado de los trámites incluidos otorga mayor claridad y certeza sobre el tema.

Por otro lado, eventualmente, si un particular considera que hay un procedimiento que constituye una autorización reglada, pero no ha sido contemplada en la norma para la aplicación del silencio positivo, podrá plantarlo en sede administrativa y, en última instancia, en sede judicial.

Si la solicitud de autorización fuera iniciada ante una autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto para su pretensión, no se computará el plazo a los efectos de la configuración del silencio con sentido positivo. De corresponder, la administración deberá remitirlo a la autoridad pertinente”.

Me detendré en algunos aspectos de la norma.

#### 4.1. *Plataforma en la que tramitan los procedimientos*

Los procedimientos administrativos para la obtención de una autorización reglada deben tramitar íntegramente en formato digital. De este modo, se establece que será a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) o bien la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos.

A su vez, es muy adecuada la previsión normativa que establece que “[a] través de dichas plataformas se procurará la automatización del cumplimiento de las exigencias reglamentarias aplicables”. En este sentido, teniendo en cuenta que las autorizaciones previstas en la norma se refieren al ejercicio de facultades regladas, esta automatización de los trámites permitirá facilitar el control del cumplimiento de las condiciones requeridas para el otorgamiento de la autorización.

En esta línea, el decreto 695/24, que modifica el reglamento de procedimientos administrativos, en su art. 2 estipula en su parte pertinente que “[l]as reparticiones de la Administración Pública centralizada y descentralizada deberán identificar y mantener actualizado el detalle de los procedimientos administrativos alcanzados por lo establecido en el párrafo anterior [trámites con sentido positivo], en el ámbito de sus competencias”.

Esta norma coadyuva a dar claridad a los supuestos concretos en los que el silencio tendrá efectos positivos, en la medida en que requiere que se identifiquen concretamente los procedimientos administrativos en los que el silencio tendrá sentido estimatorio.

A su vez, el art. 4 del decreto 695/24 pone en cabeza de la Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología de la Jefatura de Gabinete de Ministros la adopción de las medidas necesarias con el fin de garantizar la implementación del silencio con sentido positivo a través de plataformas digitales.

#### 4.2. *¿Qué se debe contemplar en las plataformas digitales?*

A su vez, la norma estipula que en las plataformas se deben indicar:

- a) las condiciones necesarias para obtener la autorización.
- b) la aplicación del silencio con efecto positivo. Es decir, se debe aclarar que en caso de que se configure el silencio, éste tendrá efecto positivo.
- c) y el plazo para que el mismo se tenga por configurado. En caso que la norma específica prevea un plazo distinto, regirá ese plazo. De lo contrario, regirá el plazo de 60 días previsto en la ley de procedimientos, computado desde el momento en que esté en condiciones de ser resuelto.

No obstante ello, la norma aclara que la falta de indicación de los recaudos antes indicados no impedirá la invocación del efecto positivo del silencio previsto en el inc. b) del artículo 10 LNPA.

#### 4.3. *Falta de acreditación de elementos a cargo del particular*

La norma prevé que, una vez presentado el pedido de autorización, si la autoridad competente advierte la falta de cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa aplicable a los fines de su otorgamiento, debe solicitar al requirente que, dentro del plazo de diez días, acompañe los elementos o datos faltantes que se encuentren a cargo del particular. Es adecuado que la norma se refiera a aquellos elementos que están a cargo del particular, ya que en función del principio de eficiencia burocrática, previsto en el art. 1 *bis*, inc. d) LNPA, “los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por la Administración centralizada o descentralizada”.

A su vez, la norma aclara que, en estos casos, el plazo para resolver queda suspendido a partir de la notificación del requerimiento efectuado y hasta tanto se dé cumplimiento a lo solicitado. A fin de que el agente no omita esta notificación, la norma establece que “[l]a omisión de esta notificación al administrado se considerará falta grave del agente responsable”.

#### 4.4. *Inicio del trámite ante autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto*

Puede ocurrir que el particular inicie la solicitud de autorización ante una autoridad incompetente o, teniendo en cuenta la plataforma que se utilice, la inicie a través de un trámite incorrecto para su pretensión. En esos casos, la norma prevé que no se computará el plazo a los efectos de la configuración del silencio con sentido positivo. Finalmente, estipula que, de corresponder, la Administración lo remitirá a la autoridad pertinente.

### 5. VIGENCIA DEL RÉGIMEN CON SENTIDO POSITIVO

Teniendo en cuenta la gran modificación que supone para el procedimiento administrativo esta norma, de forma muy prudente el art. 10 LNPA dispuso que “[l]as disposiciones previstas en el inciso b) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente”.

Por su parte, el decreto 695/24, que modifica el reglamento de procedimientos administrativos, en su art. 2 estableció que la Jefatura de Gabinete de Ministros dentro del plazo de quince días contados a partir de la entrada en vigencia de aquel decreto, debía aprobar el cronograma de implementación del silencio con sentido positivo, en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa. A su vez, indicó que “[e]l 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 cronograma mencionado y para los procedimientos que se inicien con posterioridad a las mismas”.

El mencionado cronograma fue aprobado por el Jefe de Gabinete de Ministros mediante la decisión administrativa 836/24<sup>24</sup>. De este modo, dispuso que a partir del 1/11/2024 las reparticiones de la Administración Pública Central, incluidos los organismos desconcentrados, deben implementar el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) o de la que la repartición correspondiente utilice a tales efectos. Lo propio dispuso para los organismos descentralizados de la Administración Pública Nacional, a partir del 1/12/2024.

## 6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo me he propuesto analizar las novedades normativas en materia de silencio administrativo, teniendo en cuenta especialmente las modificaciones a la ley de procedimientos administrativos y su reglamento.

En este contexto, me referí someramente al derecho del ciudadano a obtener una decisión fundada y al instituto del silencio. Seguidamente, analicé los requisitos para que se configure el silencio positivo en los supuestos previstos en el art. 10, inc. b) LNPA, y las excepciones previstas a este régimen. A su vez, detallé cómo es el trámite en este tipo de procedimientos.

Sin duda alguna las reformas normativas en la temática que estamos analizando son muy grandes. Con el correr del tiempo, y a través de la práctica administrativa y eventuales planteos judiciales, se observará el funcionamiento concreto de estos procedimientos en los que el silencio tiene sentido estimatorio.

Si bien aplicar el dicho “el que calla, otorga” a la Administración Pública podría parecer riesgoso, cabe poner de relieve que la ley y la reglamentación han establecido diversas condiciones para que ello ocurra. En particular quiero destacar lo siguiente:

- a) El silencio positivo puede darse en los procedimientos de autorización, no de permisos. Es decir, en los casos en los cuales hay un “derecho preexistente del administrado” y no en los supuestos donde se solicita se otorgue un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa o en otros supuestos.
- b) A su vez, se circunscribe al caso de autorizaciones regladas, donde el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, no en los supuestos en los que la administración ejerza facultades discrecionales.
- c) Además, el plazo de 60 días se computa desde que el trámite está en condiciones de ser resuelto, no necesariamente desde el plazo en que se inició la

solicitud. Por otro lado, luego de configurada la estimación por silencio, se requiere que se realice la inscripción registral o se emita el certificado o la autorización correspondiente.

- d) También, la norma aclara expresamente que en ningún caso el acto de autorización puede implicar excepciones o incumplimientos sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente. A su vez, determina que las autoridades competentes deben fiscalizar y auditar su cumplimiento.
- e) Por otra parte, la nueva redacción establece expresamente en qué materias no será aplicable el silencio positivo, aun cuando se trate de un caso que se enmarque dentro de los previstos por el art. 10, inc. b) LNPA. Así, establece que no será de aplicación en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público. Además, se han admitido excepciones a la aplicación del silencio positivo en diversos supuestos específicos.
- f) Finalmente, la reglamentación da claridad respecto del modo en que se llevarán adelante este tipo de trámites. En este sentido, deben tramitar íntegramente en formato digital, se propende a la automatización del cumplimiento de las exigencias reglamentarias aplicables, se prevé que cada trámite especifique las condiciones necesarias para obtener la autorización, que es de aplicación el silencio con efecto positivo y el plazo en que éste se configura.

A la luz de todo lo expuesto, creo que las nuevas normas se han ocupado de enmarcar adecuadamente los supuestos en que el silencio tiene sentido estimatorio. No debe perderse de vista que se trata de casos en los que el ciudadano tiene un derecho preexistente, y la administración se encuentra, en cierto modo, obligada a otorgar la pertinente autorización si se cumplen los requisitos condicionantes, al tratarse del ejercicio de una facultad reglada.

En definitiva, valga la redundancia, creo que es positiva la regulación normativa en materia de silencio positivo.

---

JUAN YLARRI

Es Abogado y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, con equivalencia del título de doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de España. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Profesor Titular por concurso de Derecho Administrativo de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor de Derecho Constitucional en Universidad de Buenos Aires y Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesor de posgrado en materias de su especialidad en diversas universidades públicas y

privadas. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Fue becario de Fundación Carolina (España) y recibió el Premio “Joven Jurista 2019”. Autor de dos libros y de más de setenta artículos y capítulos de libro. Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

## SUSTANCIA



## SOBRE LOS DNU

RODOLFO C. BARRA

Procurador del Tesoro de la Nación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia. 3. El control específico. Caducidad.

### I. INTRODUCCIÓN

Los institutos jurídicos, cuando carecen de reglamentación, son, según la situación, de alcances más amplios o más restringidos. Tal es el caso de las competencias legislativas propias de la función presidencial<sup>1</sup>, que, finalmente, han sido reguladas por la última reforma constitucional, cuyos 30 años estamos celebrando. La promulgación parcial de las leyes, los decretos de legislación delegada, los decretos de necesidad y urgencia, ya existían en nuestra práctica constitucional (con dudas los dos primeros, claramente el último), pero de una manera, digamos, *desordenada*, es decir, sin el orden propio que resulta de una regulación, especialmente cuando esta es acertada.

Lo cierto es que los tres institutos han sido consagrados por la Constitución Nacional, manteniendo sobre ellos el control del Congreso. Este puede ejercerse, en los tres casos, por dos vías: 1) Legislativa, de dos tipos: *a)* ordinaria o común, a través de una nueva ley –del Congreso– que modifique o derogue la *ley presidencial*<sup>2</sup> en cuestión<sup>3</sup>, ley (la nueva) que puede ser sancionada en cualquier momento, incluso dentro de decenas de años, ver art. 25 Ley 26.122), *b)* propia o específica,

1 Sobre la “función presidencial”, ver BARRA, Rodolfo C., *Acto Administrativo*, T. I, Cap. V, Buenos Aires, Astrea-RAP, 2018. Sobre las leyes presidenciales, ampliar en la ya cit., T. II, Capítulos XVI a XVIII.

2 Se tratan de normas con jerarquía de ley, reguladoras de materias propias de la ley. No son exactamente iguales a las leyes del Congreso –tienen un régimen jurídico diferente– pero, con las variantes correspondientes a cada una de ellas, sustituyen a la ley del Congreso. De manera que no es desacertado calificarlas de *leyes presidenciales*, aunque formalmente se expresan a través de decretos.

3 Es conveniente recordar que ninguno de los tres institutos precisa de algún tipo de confirmación por el Legislativo: en todos los casos estas *leyes presidenciales* rigen conforme el sistema establecido por el art. 5° del Código Civil y Comercial, como cualquier otra ley (ver art. 17, Ley 26.122, con remisión al entonces art.2° del anterior Código Civil).

la designada para cada uno de esos instrumentos legislativos, según lo regula la Constitución y la ley reglamentaria, al momento, la Ley 26.122; 2) Política, mediante la remoción del Jefe de Gabinete por parte del Poder Legislativo, conforme lo prescripto por el art. 101, CN, lo que, seguramente también importará el ejercicio de la competencia indicada en el apartado anterior. Es decir, el Congreso podrá limitarse a actuar sólo sobre la legislación presidencial, o sólo sobre el Jefe de Gabinete, en razón de la responsabilidad política que le impone el primer párrafo del art. 100, CN, sin incidir sobre la ley presidencial, o bien derogar la norma presidencial y remover al Jefe de Gabinete.

## 2. EL CASO DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Analicemos en particular el caso de los DNU, sin perjuicio de que estos principios, *mutatis mutandi*, son también aplicables a los decretos de legislación delegada y a los decretos de promulgación parcial de las leyes.

El decreto de necesidad y urgencia es una legislación de excepción justificada por las razones que le otorgan el nombre. Que en el caso concreto existan tales razones de necesidad y urgencia es una valoración política que la Constitución (art. 99.3) pone en cabeza del presidente y del Congreso<sup>4</sup>.

Sancionado y publicado en el Boletín Oficial, el DNU es vigente por el término que él mismo lo establezca, o *sine die*, como ocurre con cualquier ley del Congreso. Es que el DNU es, con las importantes limitaciones que impone la Constitución, como si fuera una ley del Congreso. Tiene, sí, una destacable diferencia con esta última: se encuentra sometido a un trámite especial de revisión, también fijado sustancialmente en el mismo art. 99.3, sin perjuicio de que, además, pueda ser modificado o derogado en cualquier momento por una ley del Congreso, o por otro DNU.

Pero es especialmente importante destacar que el trámite especial de revisión no se encuentra destinado a aprobar el DNU (que no necesita de tal aprobación) sino, precisamente, a lo contrario: a, eventualmente, declarar su nulidad.

## 3. EL CONTROL ESPECÍFICO. CADUCIDAD

Vamos a detenernos en el *control legislativo específico*, particularmente en lo relativo al tiempo de su ejercicio ¿Puede ser en cualquier momento, sin límite alguno de tiempo?

La respuesta debe ser negativa, tanto conforme con la letra de la Constitución, de la misma Ley 26.122 y de la lógica misma del sistema.

4 No es la única hipótesis de conceptos políticos que quedan (o deberían quedar, a pesar de cierta jurisprudencia *invasiva*) a la valoración de los órganos de gobierno con representatividad política, como ocurre con la de “ataque exterior” y “conmoción interior” del art. 99.16, CN.

Recordemos los pasos establecidos en la norma constitucional (art. 99.3, cit.): 1) publicado el Decreto (ley presidencial) en el Boletín Oficial, sin importar la fecha de su entrada en vigencia, el Jefe de Gabinete deberá presentarlo y defenderlo<sup>5</sup> ante la Comisión Bicameral (creada por el 99.3 y reglamentada por la Ley 26.122) dentro de los diez días posteriores a dicha publicación<sup>6</sup>; 2) la Comisión Bicameral cuenta con diez días para elevar su despacho “al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento” (art. 99.3, último párrafo); 3) estas deberán considerar el despacho de la Comisión “de inmediato”, es decir, sin demora, sin solución de continuidad, sin esperas o intervalos.

La Ley 26.122 contempla las situaciones de eventual incumplimiento de aquellas secuencias: si la mora es del Jefe de Gabinete, la Comisión Bicameral “se abocará de oficio” al tratamiento de la norma presidencial, contando para ello con diez días a partir del término en que debería haber hecho su presentación dicho funcionario (art. 18); tanto si la Comisión eleva su despacho en término como si esta presentación es demorada, las Cámaras “se abocarán al expreso e inmediato tratamiento” de la legislación presidencial (art. 19 y 20).

Como se ve, tanto el constituyente de 1994 como el legislador de la Ley 26.122 han insistido con el adjetivo *inmediato*, expresando claramente la necesidad de especial velocidad para la aplicación del control que hemos denominado más arriba como *propio* o *específico*. Pasados estos tiempos inmediatos, el control propio o específico caduca, para dejar paso a la posibilidad *ordinaria* o *común*, es decir, una nueva ley del Congreso que derogue o modifique a la presidencial para lo cual, naturalmente, no hay plazo alguno.

Frente a la ausencia de determinación, tanto por la Constitución como por la Ley 26.122, debe entenderse que los plazos se computan por días corridos, ya que se trata de un “cómputo civil” (art. 6°, CCC) es decir ni procesal ni especial, como lo es también el plazo del art. 5° del mismo Código.

Por consiguiente, el tiempo en el que debe desarrollarse el control propio es de treinta días corridos: diez para la presentación por el Jefe de Gabinete, diez para el despacho de Comisión y *de inmediato*, sin duda de otros diez días, para la decisión de ambos plenarios, plazo este último que correrá en forma paralela, sin sumarse.

El efecto de lo expuesto es trascendente: vencido tal plazo de treinta días el control propio caduca, es decir, ya no podrá ejercerse según el procedimiento

5 El Jefe de Gabinete debe defender la *ley presidencial* en la ocasión prevista por el 99.3 como también, si fuese exigido para ello por la Cámara de que se trate, en la oportunidad contemplada en el art. 101, CN. Volveremos sobre el tema.

6 Sin la publicación la norma no es vigente, es decir, no existe como tal, sin que pueda aplicarse aquí lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 19.549 (ref. por Ley 27.772), que alcanza sólo a los actos de alcance general de competencia propia del Presidente o de la Administración Pública (reglamentos), pero no a las *leyes presidenciales*.

específico del art. 99.3, CN y de la Ley 26.122. Ello, cabe reiterar, sin perjuicio de la competencia del Congreso para sancionar una nueva ley derogatoria o modificatoria de la norma presidencial.

También en el punto la diferencia es importante. De acuerdo con el art. 22 de la Ley 26.122, las Cámaras se pronunciarán “mediante sendas resoluciones” que, para la derogación de la norma, basta con que sean coincidentes. No hay proyecto de ley, no hay Cámara de origen y Cámara revisora, no hay posibilidad de veto por parte del Poder Ejecutivo. Claro que, siempre mediando la coincidencia de ambas Cámaras, esta situación fortifica el papel, en el punto, del Congreso sobre el Presidente, quien, a diferencia de los casos de legislación ordinaria, donde conserva el *poder* de veto total o parcial, no puede sino mantener un papel pasivo (en lo formal).

La interpretación aquí propuesta es lógica. Se ajusta a la excepcionalidad de la norma presidencial y del control propio del Legislativo. Coincide también, especialmente en los casos de DNU, con la necesidad de consolidar las situaciones jurídicas. Si bien estas normas presidenciales rigen por sí mismas, sin necesidad de aprobación alguna por el Congreso, lo cierto es que en muchos casos el plazo de caducidad de treinta días ayudará a llevar certeza a los particulares.

El procedimiento de control propio no puede quedar vigente más allá del plazo acotado de treinta días, desde la publicación de la norma presidencial.

El DNU está vigente desde su publicación, sin necesidad de ninguna actuación aprobatoria por el Congreso. No se trata de que el silencio por el Congreso constituya una aprobación ficta –porque, hay que repetirlo una y mil veces, *el DNU no necesita ser aprobado*– simplemente tal silencio significa que el DNU no se encuentra anulado (o derogado, según el caso) y así continúa vigente en el tiempo. Como ocurre con cualquier ley.

Que el DNU no precisa ser aprobado se encuentra en la misma finalidad del instituto. La omisión del Congreso (por falta de número, por estrategia política, por insensibilidad, etc, etc) de afrontar la situación fáctica justificante del DNU, exige esta medida de excepción. Si la misma quedase sometida a una aprobación expresa del Congreso estaríamos borrando con el codo lo escrito con la mano: el silencio del Congreso justifica el DNU, y ese silencio, a la vez, tira abajo al DNU, como el perro que se muerde la cola.

El efecto institucional más importante del DNU consiste en obligar al Congreso a expedirse: si no está de acuerdo con el DNU, lo debe anular (tiene 30 días para ello) o derogar, o modificar. ¿Y si no hace nada? Precisamente para afrontar este tipo de situaciones el Constituyente ha previsto el instituto del DNU.

En síntesis: la vigencia del DNU no precisa de aprobación alguna por parte del Congreso. Esta vigencia, mientras el Congreso no lo derribe, no depende

de atribuir una voluntad ficta al legislador (prohibida por el art.82 CN) sino a la propia fuerza legal (como si fuera una ley) del DNU.

Someter la vigencia del DNU a la necesidad de una aprobación expresa por parte del Congreso importaría una reglamentación contraria a la Constitución y a la misma finalidad del instituto. Se trataría de una inconstitucional limitación de las competencias presidenciales, violando nuestro régimen constitucional de división de poderes.

---

RODOLFO BARRA

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA). Máster en Derecho Administrativo Profundizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de La Matanza y de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral. Profesor invitado en universidades del extranjero y expositor en diversos congresos nacionales e internacionales. Procurador del Tesoro de la Nación. Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional en 1994. Exministro de Justicia de la Nación. Expresidente de la Auditoría General de la Nación. Investigador, autor de más de 20 libros, entre los que se destacan: *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, *Principios de Derecho Administrativo*, los 3 tomos de *Contrato de Obra Pública*, *Temas de Derecho Público*, *Tratado de Derecho Administrativo*, *Derecho Público Canónico*, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo y Reglamentos* y más de un centenar de publicaciones en Latinoamérica y Europa.



# UNA NUEVA PREVISIÓN NORMATIVA RESPECTO A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IRREGULAR ESTABLE. ANÁLISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 17 DE LA LEY 19.549: ¿EL FIN O EL INICIO DE UN NUEVO DEBATE?

TOMAS BRANDAN

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Secretario de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Acto Irregular. El nuevo artículo 17 de la Ley 19.549. 3. La acción de lesividad. 4. Suspensión del acto irregular estable. 4.1 Posturas en la doctrina de manera previa al dictado de la Ley 27.742. 4.2. La Postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) de manera previa al dictado de la Ley 27.742. 4.3. La Ley 27.328: ¿Un adelanto a la modificación normativa de la Ley de Bases sobre el punto en cuestión? 4.4. El caso “Novartis”. 5. La modificación de la Ley 27.742. Interpretación y alcance. 6. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Comadira expresaba que la discusión respecto a si la Administración podía suspender, en su sede, un acto irregular estable, despertaba interesantes e ineludibles discusiones doctrinarias que, según consideraba, lejos estaban de constituir un mero ejercicio académico abstracto sin aplicación concreta. Por el contrario, el autor entendía que la postura que adoptara el lector traería aparejada insoslayables consecuencias prácticas. En efecto, si compartíamos su postura, deberíamos aceptar que la Administración Pública, no sólo estaba facultada a suspender los efectos del acto administrativo estable, sino que aquella se encontraba obligada a hacerlo<sup>1</sup>.

Si bien esta postura, a favor de la suspensión del acto irregular estable, era también compartida por otros autores, debemos destacar que existían otras posturas doctrinarias en contra de esta posición. Repasaremos, en efecto, las posturas de Cassagne, Gordillo y Mairal quienes, entre otros, se habían pronunciado en

1 COMADIRA, Fernando Gabriel, “Suspensión administrativa de los efectos del acto administrativo estable en el Estado constitucional y social de derecho”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2015, 691.

contra de que la Administración pudiera suspender, en su sede, un acto irregular estable.

También haremos alusión a diferentes dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) que demuestran que el organismo, a lo largo del tiempo, ha variado sus posiciones sobre el tema. Mencionaremos, por su parte, algunos fallos jurisprudenciales que han decidido algún planteo respecto a esta controversia.

De esta manera, una vez descripto el panorama existente hasta el momento del dictado de la Ley 27.742, que modifica la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA), intentaremos explicar cuál es el alcance de las reformas que el legislador ha introducido sobre este tema en puntual y qué implicancias tiene sobre esta discusión que se plantea. En definitiva, trataremos de respondernos si la modificación introducida por la Ley de Bases ha venido a ponerle fin, de una vez por todas, a tantos años de discusión sobre la facultad (o no) de que la autoridad administrativa pueda suspender, en su sede, un acto irregular estable.

## **2. ACTO IRREGULAR. EL NUEVO ARTÍCULO 17 DE LA LEY 19.549**

En cuanto a la conceptualización del acto administrativo irregular<sup>2</sup> y la regla para la revocación de éste en sede administrativa, el texto de la ley ha sufrido modificaciones en sus términos<sup>3</sup>. En efecto, el actual art. 17 establece que:

“El acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad

2 El art. 17 establece que el acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y el art. 14 prevé que el acto es de nulidad absoluta e insanable “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 lo emitió; (iv) Simulación; o (v) Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado. b) Cuando: (i) Fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio o del tiempo. En el caso de la incompetencia en razón del grado, cuando el acto fuere dictado por una autoridad administrativa distinta de la que debió haberlo emitido dentro del ámbito de una misma esfera de competencias, la nulidad es relativa, salvo que se trate de competencias excluyentes asignadas por ley a una determinada autoridad en virtud de una idoneidad especial; (ii) Careciere de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; (iii) Su objeto no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho; (iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable; o (v) Se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder”.

3 La redacción anterior del art. 17 establecía: “No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”. Es decir, el nuevo texto suprime la expresión “firme y consentido” que había sido agregada a través de una modificación legislativa del año 1977, por intermedio de la Ley 21.689. Esa ley, anteriormente, había reemplazado la expresión que refería a “prestaciones en vía de cumplimiento” por “derechos subjetivos que se estén cumpliendo”.

en sede administrativa. No obstante, una vez notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, no procederá su revocación, modificación o sustitución en sede administrativa, y sólo se podrá obtener su declaración de nulidad en sede judicial, salvo en el supuesto previsto en el cuarto párrafo de este artículo”.

De esta manera, vemos que la regla continúa siendo clara, en el sentido de que, aquel acto afectado de nulidad absoluta, debe –por razones de ilegitimidad– ser revocado en sede administrativa. En tal sentido, se establece, como uno de los límites para el ejercicio de esta facultad que posee la Administración, el comienzo de la ejecución del acto que reconoce derechos subjetivos. Es decir, y en los propios términos de la ley, el límite a la potestad revocatoria aparece cuando haya “derechos subjetivos que se estén cumpliendo” o cuando “se hubiere cumplido totalmente su objeto”. Luego de ello, no hay dudas, la Administración pierde esta facultad de revocar, en su sede, aquel acto irregular.

De acuerdo con ello, podemos decir que existe estabilidad del acto cuando hay un comienzo concreto y efectivo del ejercicio de los derechos subjetivos por parte de los administrados, así como también, y no procede la revocación, cuando tales derechos se ejercieron en forma inmediata y con agotamiento instantáneo.

Ahora bien, esta regla, con sus límites, tiene sus excepciones. La nueva redacción legislativa ha modificado la manera en que estas excepciones se regulaban en la ley. En la actualidad se expresan de esta manera:

“Tanto el acto administrativo regular como irregular podrán ser revocados, modificados, sustituidos o suspendidos de oficio en sede administrativa si la revocación, modificación, sustitución o suspensión del acto favorece al administrado sin causar perjuicio a terceros, si se acreditara dolo del administrado o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario”.

De acuerdo con ello, la estabilidad del acto irregular, o los límites a la potestad revocatoria, tiene como excepción los siguientes supuestos: (i) que el acto favorezca al administrado sin causar perjuicios a terceros, (ii) que se acredite el dolo del administrado o (iii) que el derecho haya sido otorgado a título precario<sup>4</sup>.

4 Cabe aclarar que en Fallos: 302:5454, 304:898, 310:380, 315:2170, 314:322, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó, como criterio, que la potestad revocatoria de la administración estipulada en el art. 17 de la Ley 19.549 tiene el carácter de principio, siendo que las excepciones allí mencionadas deben tener interpretación restrictiva. Puntualmente, el Alto Tribunal, en el caso “Astilleros Mestrina SA” (fallo del 14/09/2010), formula que la imposibilidad de revocar en sede administrativa un acto irregular estable -para el caso de que haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo- “constituye una excepción a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto [y] debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente”. Es decir,

Este cuarto párrafo del art. 17 del nuevo texto de la LPA no deja duda alguna de que las excepciones al límite de la facultad revocatoria de la Administración rigen tanto para los actos regulares, como para los irregulares. En efecto, la modificación legislativa recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Almagro”<sup>5</sup>. Debemos recordar que, con anterioridad a la modificación legislativa, las excepciones en cuestión sólo estaban dispuestas para el caso de la revocación del acto regular. Fue en ese marco, que el Alto Tribunal sentó la jurisprudencia de que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular resultaban igualmente aplicables al supuesto contemplado en el –anterior– art. 17 (que trataba, justamente, de la revocación del acto irregular). De lo contrario, entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular<sup>6</sup>.

En síntesis, y regresando al nuevo texto del art. 17, el acto administrativo irregular debe ser revocado, por razones de ilegitimidad, en sede administrativa, con el límite de que existan “derechos subjetivos que se estén cumpliendo” o el “cumplimiento total de su objeto”, salvo las excepciones del ya transcrito cuarto párrafo del art. 17 de la LPA. En ese caso, la norma establece que sólo se podrá obtener su declaración de nulidad en sede judicial.

### 3. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

En el recordado –y muy estudiado– fallo “Pustelnik”<sup>7</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que, aun cuando el acto administrativo traiga aparejado vicios de ilegitimidad, éste ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad. Por ello, la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia. De lo apuntado, como señala Comadira, se desprende que el acto administrativo estable no puede ser anulado con efectos ejecutorios en sede administrativa por razones de ilegitimidad y que, por tanto, para extinguirlo definitivamente se debe requerir

---

que ante una nulidad absoluta, la potestad revocatoria de la Administración es el principio y la estabilidad debe ser considerada excepcional y, por ende, interpretada en forma restrictiva.

5 CSJN, “Almagro”, 17 de febrero de 1998, A. 1136. XXXII

6 Al efecto, el Alto Tribunal, había señalado “[q]ue una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 –entre ellas el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular; lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una comprensión meramente literal y aislada de las normas antes indicadas, lleva a interpretar que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”.

7 CSJN, 1975, “Pustelnik”, Fallos 293:133.

judicialmente la respectiva declaración de nulidad mediante la denominada *acción de lesividad*<sup>8</sup>.

De acuerdo, con ello, resulta claro entonces que si el acto administrativo –una vez notificado– adquiere estabilidad, –pero a su vez está afectado de vicios graves o leves– la Administración no puede revocarlo, modificarlo o sustituirlo en su sede. Debe obligatoriamente acudir a la jurisdicción para su anulación a través de la acción de lesividad, salvo que se presenten las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Bianchi señala que esta obligatoriedad de la acción de lesividad no es consecuencia simple y exclusiva de la existencia de un dispositivo legal, sino que está condicionada por exigencias derivadas de principios constitucionales. Por ello, entiende que su fundamento “está apoyado en un trípode constituido en primer lugar por el respeto al debido proceso, en segundo lugar por el respeto al derecho de propiedad y en tercer término por el principio de división de poderes”<sup>9</sup>.

En este punto, Alonso Regueira ha puntualizado que no es que la Administración *puede*, sino que *debe* revocar los actos irregulares, como dice la norma, “aun en sede administrativa”. Sin embargo, para el autor, el hecho de que tal revocación no constituya una facultad discrecional no quiere decir que la ley haya establecido que, por principio, deba revocar per se dichos actos. Por el contrario, esta facultad reglada y obligatoria resulta comprensiva, también, de los casos en que el acto es estable y la compele a acudir a la Justicia mediante la referida acción de lesividad. De modo que, cuando el acto irregular adquiere estabilidad, la Administración tampoco *puede* sino que *debe* requerir judicialmente su nulidad. De este modo, no resulta plausible sostener que, como principio, la

8 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p 25.

9 BIANCHI, Alberto B., “¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?”, *ED* 132-808, 1989, p. 813.

En este punto, destacamos el desarrollo de tres posibles interpretaciones que pueden explicar los límites a la potestad anulatoria de la Administración que efectúa Verdún. Estas refieren a: (i) una interpretación estricta fundada en los art. 17 y 109 CN, por la que se desconoce que la Administración pueda extinguir por ilegitimidad actos que hayan otorgado derechos de propiedad, incluso actos que se acusen de ser irregulares o de que habrían sido producidos con fraude, dolo o conocimiento del vicio; (ii) una interpretación fundada en el derecho de defensa y el debido proceso, por la cual se acepta el ejercicio de la potestad anulatoria respecto de derechos subjetivos, en principio en ciertos supuestos, en tanto se respete el debido procedimiento adjetivo, la tutela administrativa efectiva y se garantice la revisión judicial posterior; (iii) una propuesta formulada en doctrina que tiene presentes los cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994, postulando que cuando el acto determina derechos fundamentales indisponibles o el contenido esencial de un derecho fundamental, la anulación solo puede instrumentarse en juicio, salvo dolo o connivencia dolosa del particular (ROMERO VERDUN, Iván F., “Tres tesis sobre los límites constitucionales de la potestad anulatoria”, 2024, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/20/tres-tesis-sobre-los-limites-constitucionales-de-la-potestad-anulatoria.pdf>

Administración se encuentre constreñida a restablecer administrativamente la juridicidad del acto descuidando el derecho de defensa del administrado que, precisamente, es protegido por el ordenamiento con la estabilidad de dicho acto.

En síntesis, y utilizando la definición de Comadira, la acción de lesividad es aquella acción en virtud de la cual un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, solicita al órgano jurisdiccional competente la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo estable que, previamente, fue declarado lesivo al interés público en sede administrativa por razones de ilegitimidad<sup>10</sup>.

Sin embargo, definida la acción de lesividad, el interrogante o el debate que motiva este trabajo es, como ya se dijo, si la Administración puede o debe suspender el acto irregular estable de manera previa a iniciar la acción judicial de nulidad del acto. O si, por el contrario, se debe considerar que, frente a esa categoría de actos, la autoridad administrativa no posee facultades para proceder a su suspensión en su sede.

#### **4. SUSPENSIÓN DEL ACTO IRREGULAR ESTABLE**

##### *4.1 Posturas en la doctrina de manera previa al dictado de la Ley 27.742*

Como venimos señalando desde el inicio de este trabajo, existía, en la doctrina, un interesante debate respecto a la facultad de la Administración de suspender, en su sede, un acto irregular estable.

Por una parte, algunos autores, como Pozo Gowland sostenían que el anterior art. 17 de la LPA prohibía expresamente la facultad de la propia Administración, respecto de actos irregulares estables, de impedir la subsistencia de sus efectos pendientes<sup>11</sup>. En sentido coincidente, Hutchinson consideraba que la prohibición de revocación por la Administración respecto del acto nulo de nulidad absoluta impediría que la Administración suspendiera sus efectos futuros<sup>12</sup>.

Mairal había precisado que si la Administración no podía revocar el acto tampoco correspondía que suspendiera sus efectos. Ello así porque, de lo contrario, a la Administración le bastaría con disponer tal suspensión para obligar

10 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, ya cit. Cabe agregar que el autor considera que la declaración de lesividad se erige como un presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad y no, en cambio, de la acción de lesividad, toda vez que si los presupuestos procesales han de ser entendidos como aquellos requisitos que inexorablemente deben cumplirse para iniciar y desarrollar un proceso con el fin de obtener una sentencia definitiva, favorable o desfavorable, lo correcto es atribuir dichos recaudos procesales a la *pretensión* y no a la *acción*, toda vez que no obstan al ejercicio de esta, sino a la admisibilidad de lo que a través de ella se pretende.

11 POZO GOWLAND, Héctor M., "La suspensión de los efectos de los actos administrativos", LL 1993-B, 424.

12 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

al particular afectado a accionar judicialmente cuando, precisamente, el rol de accionante debía corresponder –en tal supuesto– a la Administración<sup>13</sup>. Cassagne, por su parte, destacaba que los supuestos de suspensión de efectos en sede administrativa, previstos en el art. 12 de la LPA, no podían jugar más allá del ámbito de actuación legítima de la potestad revocatoria, ya que si la Administración no poseía la facultad de revocar un acto firme y consentido del que hubieran nacido derechos subjetivos, resultaba claro –para dicho autor– que la autoridad administrativa tampoco pudiera suspenderlo<sup>14</sup>.

Gordillo, entendía que, como la prohibición de revocar un acto estable se sustentaba en la necesidad de garantizar el ejercicio normal de los derechos que de él nacían hasta tanto una sentencia judicial resolviera lo contrario, tampoco era procedente suspenderlo, ya que ello implicaba lograr en la práctica lo que la norma precisamente quería evitar: Esto es, que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior, lo que no obstaba a que se solicitara judicialmente, como medida cautelar, la suspensión del acto<sup>15</sup>.

Por otra parte, y en sentido contrario a la posición de estos autores, Comadira señalaba que, por aplicación de la potestad suspensiva contemplada en el art. 12 de la LPA, la Administración debía disponer la suspensión o paralización de la continuidad de efectos pendientes o futuros de aquel acto irregular estable. Ordenando, simultáneamente, la inmediata iniciación de las acciones tendientes a obtener la ejecutoriedad judicial de la pretensión anulatoria. Es decir, según el autor, cuando la Administración carecía de la posibilidad de anular oficiosamente un acto debía emitir otro en el cual declarara administrativamente la nulidad y dispusiera la suspensión provisional de sus efectos. También, debía ordenar la inmediata interposición de la demanda judicial, con la correspondiente sujeción –obviamente– al trámite previo constitutivo del debido proceso adjetivo a favor de los lesionados por tales decisiones<sup>16</sup>.

En tal sentido, el autor sostenía que si la Administración carecía de la posibilidad de anular oficiosamente un acto, y sin perjuicio de que la eliminación definitiva de aquel sólo podía lograrse ejecutoriando judicialmente la pretensión

13 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 798.

14 CASSAGNE, Juan Carlos, “La suspensión de los actos en la sede administrativa y judicial”, en RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. (dir.), *Procedimiento administrativo, ponencias del IV Encuentro Hispánico Argentino sobre Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1994, p. 129 y ss.

15 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. El acto administrativo*, T. III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007-2011, pp. VI-13, 14 y ss.

16 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

anulatoria, se imponía en esos casos, el deber de suspender provisoriamente los efectos por razones de interés público, ordenando inmediatamente la interposición de la demanda judicial correspondiente. La suspensión de los efectos de un acto administrativo estable aparecía entonces como una potestad inherente y, por tanto, irrenunciable de quien ejercía la función administrativa que, basado en la necesidad de dar satisfacción directa al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, tendría por objeto restablecer, inmediatamente, esa vigencia, al hallarse vulnerada con la presencia del acto ilegítimo.

En esta línea, y al referirse a contratos administrativos, Barra sostenía que un contrato afectado por una nulidad absoluta debía ser revocado en sede administrativa o judicial. El autor también refería a la facultad del art. 12 de la LPA expresando que “la Administración podrá igualmente eximirse del cumplimiento del contrato viciado, ya sea declarando sus suspensión en sede administrativa, conforme lo autoriza el art. 12 LPA”<sup>17</sup>.

En sentido similar, Monti había expresado que la aceptación de la posibilidad de que la Administración suspenda por sí y ante sí los efectos del acto estable “no puede ser enervada con el argumento de que la Administración está habilitada para obtener el mismo efecto mediante el pedido de una medida cautelar, pues la posibilidad suspensiva en sede administrativa se la otorga la ley y, en consecuencia, aquella puede ejercerla sin cortapisas”<sup>18</sup>.

#### 4.2. *La Postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) de manera previa al dictado de la Ley 27.742*

La Procuración del Tesoro de la Nación ha ido variando su postura con respecto a si la Administración podía (o no) suspender, en su sede, un acto irregular estable. En efecto a partir del desarrollo que ha efectuado Comadira sobre este tema<sup>19</sup>, podemos señalar, a fines ilustrativos y sintetizando la cuestión para este trabajo, tres etapas en las posturas de la PTN sobre el tema en cuestión:

- a) Una postura previa al año 2006, y sostenida a lo largo del tiempo, respecto a admitir la posibilidad de suspender en sede administrativa un acto administrativo estable. Se imponía, sin embargo que, de manera paralela a la suspensión

17 BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p 139.

18 MONTI, Laura M., “Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa ‘Pradera del Sol’ y la potestad revocatoria de la administración”, *EDA* 2005-114.

19 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” en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14835> (1/10/2024).

se ordenara inmediatamente el inicio del proceso de lesividad para obtener la nulidad del acto en sede judicial<sup>20</sup>.

- b) A partir del año 2006, y con el Dictamen 259:011, se inicia una etapa donde el organismo adopta una postura diferente a la mencionada, es decir, en el sentido de que el Estado, conforme al anterior art. 17 de la LPA, debía requerir judicialmente la nulidad del acto y, a su vez, solicitar una medida cautelar tendiente a suspender los efectos de aquél<sup>21</sup>.
- c) En el año 2018, la PTN retoma la postura a favor de la viabilidad jurídica de que la Administración pudiera suspender, en su sede, los efectos de los actos irregulares estables<sup>22</sup>. Para resolver la cuestión señalaba, en primer lugar, que la acción de lesividad tenía por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que estaban en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos solo podían enervarse mediante una declaración judicial. En consecuencia, se precisaba que, ante un acto administrativo irregular estable, se debía dictar una resolución que “declare expresamente que la Administración considera nula y perjudicial al interés público la resolución cuya nulidad se propone demandar” y, asimismo, que disponga “la suspensión en sede administrativa de los efectos de la resolución supuestamente viciada; sin perjuicio de requerírsela como medida cautelar en sede judicial”.

Cabe agregar que el Dictamen 318:427, del 6 de septiembre de 2021, en esa misma línea de razonamiento, expresó que: “Esta suspensión de oficio de los efectos de un acto administrativo encuentra sustento normativo en el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos que expresamente establece que ‘...la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta’. Al respecto, esta Casa ha sostenido que ‘...el ejercicio por parte de la Administración de la facultad de suspender la ejecución del acto administrativo, está supeditado a la concurrencia de razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta [...] y que [...] la decisión de suspender los efectos de actos administrativos se inscribe claramente en el deber que recae sobre la Administración Pública de velar por el interés público representado, en el caso, por la necesidad de que a esos actos se les apliquen adecuadamente las normas que condicionan su emisión<sup>23</sup> [...] Tal circunstancia, brinda motivación suficiente a la suspensión en

20 Dictámenes 156:273; 164:15; 164:17; 168:523; 218:217; 246:125, entre otros.

21 Dictamen 259:011 del 13 de octubre de 2006.

22 Dictamen 307:167 del 29 de octubre de 2018.

23 Dictámenes 248:129; 239:169.

sede administrativa del acto, sin perjuicio de requerírsela ulteriormente en sede judicial”<sup>24</sup>.

#### 4.3. *La Ley 27.328: ¿Un adelanto a la modificación normativa de la Ley de Bases sobre el punto en cuestión?*

La Ley 27.328 fue sancionada con la finalidad de regular lo concerniente a los contratos de participación público-privada. Este texto legal, en su art. 9° *in fine*, contiene una disposición que podríamos considerar similar a la que, en la actualidad, se ha incluido en la Ley de Procedimientos Administrativos a través de la Ley de Bases.

En efecto, la parte pertinente de la norma, para este trabajo, establece que “la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente”.

Respecto de esta previsión normativa, Sanmartino ha señalado que produjo un impacto importante sobre el régimen de extinción de los actos administrativos. En efecto el autor considera que si ciertos actos administrativos bilaterales de contenido patrimonial (como son los contratos públicos de participación público-privada contemplados en la Ley 27.328), que generan derechos disponibles, de manera general y abstracta, están dotados legalmente de estabilidad (en tanto se establece que la nulidad *deberá* ser declarada por el tribunal competente, tornando inaplicable el entonces art. 17 de la LPA, como también el art. 12 de la LPA) sería incoherente para todo el sistema de potestades y garantías sobre el que afincan el régimen administrativo argentino no darle idéntica o mejor protección (inmutabilidad plena en sede administrativa), con carácter igualmente general y abstracto, a los actos que concreten derechos fundamentales indisponibles<sup>25</sup>.

Cabe agregar, sobre este punto, que Comadira sostuvo que, en cuanto el art. 9° *in fine* de la Ley 27.329 no permite a la Administración suspender el acto, en su sede, resulta “de dudosa constitucionalidad”<sup>26</sup>.

#### 4.4. *El caso “Novartis”*<sup>27</sup>

En el precedente “Novartis”, la Cámara Contencioso Administrativo Federal tuvo oportunidad de expedirse sobre la viabilidad de la suspensión del acto irregular estable en sede de la Administración.

24 v. Dictámenes, 307:167

25 SANMARTINO, Patricio M. E., “Extinción del acto administrativo en el estado constitucional (parte general)”, *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado*, Octubre 2022, Año 6, N° 8, Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642), pp. 110-155.

26 COMADIRA, Fernando Gabriel, “Dictamen PTN 307:167. El retorno...” ya cit., p. 12.

27 CN CAF, Sala V, “M de Salud de la Nación c/ Novartis”, sentencia del 19/09/2022, Causa 8164/2021.

En dicho caso, el Estado Nacional había iniciado una acción de lesividad contra la firma Novartis Argentina SA, a efectos de que se declarase la nulidad de la Resolución 1043/19 de la ex Secretaría de Gobierno de Salud –del entonces Ministerio de Salud y Desarrollo Social–, mediante la cual se había aprobado la renegociación de precios en el marco de la Licitación Pública 27/17 a favor de la empresa Novartis sobre diferentes órdenes de compra por la suma de \$ 20.513.222,59. En el marco de esa acción de lesividad, el Estado Nacional solicitaba el dictado de una medida cautelar tendiente a que se suspendieran los efectos de la Resolución 1043/19. Como fundamento, entre otros, el Estado Nacional afirmaba que a la fecha no se había abonado el total de la diferencia de precio predeterminada.

La discusión en la Cámara estaba centrada en decidir si correspondía que se declarase la suspensión cautelar del acto, luego de que la Administración ya lo había suspendido en su sede. En efecto, la Administración había considerado que, si el acto resultaba nulo y perjudicial al interés público y se presentaban las limitaciones del art. 17 de la Ley 19.549, debía suspender los efectos del acto en sede administrativa –como efectivamente lo hizo–, sin perjuicio de requerir tal suspensión como medida cautelar en sede judicial.

El voto mayoritario, decidió que efectivamente correspondía al tribunal competente decidir sobre la suspensión del acto que la autoridad administrativa había adoptado, en su sede. Es decir, el tribunal debía resolver si la suspensión decidida por la Administración se ajustaba a derecho (o no).

Entre sus fundamentos, los Jueces Treacy y Gallegos Fedriani sostuvieron que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había expresado que “la acción de lesividad prevista en el art. 17 *in fine* de la Ley de Procedimientos Administrativos tiene por objeto esencial el establecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (Fallos: 314:322, entre otros)”<sup>28</sup>.

En ese marco, los camaristas expresaron que “en lo inmediato, dicha subsistencia de un acto ilegítimo debe evitarse mediante el ejercicio en sede administrativa de la suspensión prevista en el art. 12 del cuerpo legal mencionado. Si bien la postura del Alto Tribunal podría interpretarse en el sentido de que debe ser el juez quien también decida sobre la suspensión cautelar de los efectos del acto irregular objeto de la acción de lesividad, lo cierto es que –en ciertos casos– resulta admisible –y la Administración Pública tiene el deber– de ejercer la potestad de suspender la ejecución del acto en sede administrativa, siempre y cuando dicha decisión esté supeditada a la efectiva concurrencia de razones de interés público,

para evitar perjuicios graves al interesado, al alegarse fundadamente una nulidad absoluta (art. 12, Ley 19.549), y siempre que –con posterioridad– dicha decisión se ponga a consideración del juez competente para su revisión. En este marco, en casos como el presente, donde se trata de situaciones alcanzadas por el art. 17 *in fine* de la Ley 19.549 –y toda vez que no se verifica el supuesto de derechos especialmente protegidos por el legislador (art. 2º, punto 2 de la Ley 26.854)– resulta legítimo que la Administración Pública disponga la suspensión inmediata del acto con base en el art. 12 de la Ley 19.549”.

Además de ello, los mencionados jueces agregaron que, a fin de armonizar las potestades del juez y la de la autoridad administrativa, “la suspensión de oficio en sede administrativa de los efectos del acto debe estar supeditada a la promoción efectiva de la acción de lesividad y a que, en esa causa, sea el juez quien –en definitiva– se expida sobre la procedencia y admisibilidad de tal decisión suspensiva. Si la acción de lesividad no se promoviera y se admitiera el ejercicio de la suspensión administrativa de oficio de un acto irregular, la Administración estaría logrando por una vía oblicua –mediante la suspensión sine die del acto– un efecto semejante al que sólo podría obtener mediante la declaración judicial de nulidad a través de la acción judicial pertinente, lo cual es contrario al sistema de protección judicial de derechos que establece la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”.

## **5. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 27.742. INTERPRETACIÓN Y ALCANCE**

Efectuado este repaso en relación con el antiguo texto de la Ley 19.549 y las diferentes posturas que, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, esta controversia ha generado, debemos ocuparnos de analizar la nueva previsión normativa que, tal vez, vendría a arrojar luz sobre el punto en análisis. En efecto, el actual art. 17, segundo párrafo, de la Ley 19.549 establece que: “No 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”.

Frente a esta disposición normativa, y efectuando un análisis de manera aislada al resto del texto legal –si ello resultara posible–, deberíamos señalar que el legislador ha sido claro y contundente en su posición de que la Administración, ante un acto irregular estable, no puede proceder a la suspensión de sus efectos, en su sede.

Efectuamos la aclaración de que dicha interpretación surgiría aisladamente del art. 17, porque –tal como venía sucediendo hasta el dictado de esta modificación normativa– las diferentes interpretaciones sobre el punto surgían cuándo

se realizaba el ejercicio de conciliar el antiguo art. 17 con el art. 12 del mismo cuerpo legal. Este último artículo, en su parte pertinente, expresa:

“Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta”.

Esto quiere decir que, conforme lo que hemos desarrollado en este trabajo, y según nuestra postura, debemos adelantar que este agregado al art. 17 no viene a definir, en lo absoluto, el punto en controversia.

En otras palabras, y corriendo el riesgo de simplificar posturas –pero sólo con la finalidad de otorgar claridad expositiva al punto–, creemos que, con mayores o menores fundamentos, los autores que se colocaban a favor de que la Administración pudiera suspender, en su sede, un acto irregular estable recurrían a la facultad suspensiva que el art. 12 preveía expresamente. Por otro lado, los autores que consideraban que la Administración no podía –ni debía– suspender, en su sede, un acto irregular estable, explicaban, entre otros argumentos, cuáles eran aquellos límites que debían interpretarse de las facultades que reconocía este art. 12 a la autoridad administrativa. Por ejemplo, definían cómo límite a dicha facultad, el acto irregular estable: si no se puede revocar en sede administrativa, tampoco se puede suspender.

En este marco entonces, si la finalidad del legislador era erradicar –de manera absoluta– estas diferentes interpretaciones que, como hemos expuesto, se han desarrollado tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia y hasta en distintas posturas de la PTN, debía la ley prohibir –de manera expresa– la utilización de la facultad del art. 12 (en cuanto a la suspensión de los efectos de actos en sede administrativa) para aquellos actos irregulares que no pueden ser revocados en dicha sede.

Insistimos en que, a nuestro entender, tal como está expresado este segundo párrafo del art. 17, no se cierra la posibilidad de que, en ciertos casos –y si se dan los supuestos que establece el art. 12, esto es, una decisión fundada, una nulidad ostensible y absoluta y mayores perjuicios que su suspensión–, la Administración podría considerarse facultada para suspender, en su sede, un acto irregular estable.

En definitiva, no podemos aventurar que el legislador haya tenido la intención de fijar una regla definitiva sobre el tema, cerrando la posibilidad de que, en el caso de un acto irregular estable, la Administración –en ningún caso– pueda proceder a la suspensión en su sede. Podemos interpretar, contrariamente a ello, que esta nueva disposición normativa fija un principio claro sobre la estabilidad del acto irregular y un límite a la suspensión de sus efectos. Sin embargo, como

toda regla, tiene su excepción: esta excepción estaría contemplada en el propio art. 12 de la LPA, con el debido cumplimiento de los requisitos allí establecidos.

Debemos señalar que Comadira, por ejemplo, sostenía que si el legislador establecía alguna disposición normativa que cerraba, de manera absoluta, la posibilidad de que la Administración pudiera suspender en su sede cualquier acto, aun un acto irregular estable, dicha norma no resultaría constitucional. En efecto, para el autor mencionado la suspensión de efectos de un acto administrativo irregular estable constituía una potestad inherente al ejercicio de la función administrativa, por lo que el ejercicio de aquella potestad debía, ineludiblemente, incorporar como exigencia insoslayable el respeto de los derechos e intereses individuales que eventualmente pudieran resultar afectados por el ejercicio de tal potestad<sup>29</sup>.

En este marco, dicho autor sostenía que, según su postura, en modo alguno se podría impedir que aquella “potestad inherente al ejercicio de la función administrativa” resultara ajena al principio de juridicidad, razón por la cual entendía que si bien el Congreso podría reglamentarla sin otro límite que el de la razonabilidad, aquel no podría prohibirle el ejercicio de aquella potestad<sup>30</sup>.

Entendemos que efectivamente esto es lo que ha sucedido con la modificación normativa: El legislador ha reglamentado la regla frente a la cual un acto irregular estable no puede ser revocado ni suspendido en sede administrativa, dejando abierta la posibilidad de que, sólo en caso de ser necesario y de manera excepcional, la autoridad administrativa pueda recurrir al art. 12 de la LPA para una posible suspensión del acto. Ello así, mediante una decisión debidamente fundada, alegando la nulidad ostensible y absoluta y justificando que sus efectos pueden causar mayores perjuicios que su suspensión.

## 6. CONCLUSIONES

A partir del análisis efectuado en el presente trabajo, creemos que, de manera prudente, el legislador ha intentado reforzar la regla y delimitar la excepción. En este sentido, nunca debe olvidarse que los principios hermenéuticos llevan a la interpretación restrictiva de las normas que crean privilegios a fin de evitar que las situaciones de excepción se conviertan en regla general<sup>31</sup>.

Por eso, consideramos que la modificación legislativa viene a reforzar una postura clara e indubitable respecto de que la Administración no se encuentra

29 COMADIRA, Fernando Gabriel, “Dictamen PTN 307:167. El retorno...” ya cit., p. 12.

30 COMADIRA, Fernando Gabriel, “Dictamen PTN 307:167. El retorno...” ya cit. El autor refiere que Comadira (J) sostenía que una norma que prohiba aquella potestad “no evidenciarían otra cosa, a nuestro entender, que la existencia de una equivocada política jurídica en la materia, toda vez que no se traduciría correctamente las exigencias involucradas en la función administrativa propia de un Estado de Derecho”.

31 Fallos: 327:1161

facultada para suspender, en su sede, un acto irregular estable. Es a partir de ello entonces que, si en algún caso –siempre refiriéndonos a un acto irregular estable– la Administración considerara que debe recurrir a la facultad suspensiva del art. 12 de la LPA –en estos casos excepcional y de interpretación restrictiva–, deberá justificar fundadamente el cumplimiento de los requisitos que allí se establecen.

Sin embargo, creemos que esta excepción del art. 12 a la regla de la estabilidad del acto administrativo irregular, debe ceder frente a aquellos actos administrativos de los que emergen derechos subjetivos que conciernen, de modo directo e inmediato, a los derechos a la vida, la salud, alimentarios y derechos sociales concretizados a favor de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad<sup>32</sup>. Categoría de actos de actos que se extrae, inicialmente, de la enumeración realizada por el legislador en el art. 2º. 2 de la Ley 26.854.

---

#### TOMÁS BRANDAN

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Fiscalidad, Digitalización e Inteligencia Artificial por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Docente de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de José Clemente Paz y del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

32 SANMARTINO, Patricio, M. E., “Extinción del acto administrativo”, ya cit.



## EL CONTRATO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DEL DECRETO LEY 19.549. RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

MARTÍN CORMICK

Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué puede ocurrir durante un contrato? 2.1. Fallo “Mevopal”. 2.2. Fallo “Petracca”. 2.3. Fallo “Serra”. 2.4. Fallo “Gypobras”. 3. Desde “Gypobras” hasta la modificación reciente. 4. Los actos administrativos contractuales con la reforma por la Ley de Bases. 5. Nos volvemos a preguntar: ¿Es la mediación un camino posible?

### I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha sancionado en nuestro país la Ley 27.742, denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, que ha modificado cuantitativa y cualitativamente el procedimiento administrativo a nivel nacional.

Recordemos que la vigencia del procedimiento administrativo databa de más de 50 años, conforme Decreto Ley 19.549. Esta norma, comúnmente denominado Ley de Procedimientos Administrativos, como se ha debatido en más de una oportunidad, no corresponde llamarla *ley*, puesto que fue dictada bajo un gobierno no democrático<sup>1</sup>.

En los hechos, con casi todos los artículos modificados, podemos decir que contamos con una nueva Ley de Procedimientos Administrativos. O bien, como dijimos antes, y corrigiendo, podemos afirmar, sin ruborizarnos, que es nuestra primera ley en materia de procedimientos administrativos. Probablemente, al haberse hecho dentro de una ley donde se debatieron e insertaron muchos otros temas, quizás le haya quitado al procedimiento administrativo un mejor y más profundo debate legislativo.

1 Ampliar en GORDILLO, Agustín y CAMPOLIETTI, Federico, “¿Ley 19.549 o Decreto Ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional”, en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 7, Capítulo 2, 1ª ed., FDA, 2013 disponible en [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo02.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo02.pdf)

Uno de los temas que se han modificado en la nueva redacción de la ley de procedimientos administrativos es cómo se desarrollan las relaciones entre contratantes durante la ejecución de un contrato administrativo. Al respecto, vale preguntarse –nuevamente–<sup>2</sup> si este tema no debió regularse en la norma que regula los contratos administrativos. Ciertamente, es una especie de lugar intermedio entre acto y contrato, porque no deja de ser un acto dictado durante un contrato que el particular quiere revertir lo decidido. Quizás, amén de lo reformado en materia de procedimientos, estamos en condiciones de pensar si no hay que reformar también el Decreto Delegado 1023 del año 2001<sup>3</sup>. Lo cierto es que la reforma citada resuelve de forma expresa la necesidad o no de impugnar una decisión que afecte al contratista. Así, la reforma establece en su art. 41, que incorpora el art. 23, inciso *e*), respecto de la posibilidad de impugnar judicialmente los actos administrativos, que (pueden impugnarse judicialmente) “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 art. 1°, 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”<sup>4</sup>.

Entonces, ¿en dónde estamos parados en materia de relaciones entre las partes dentro de un contrato administrativo?

Repasemos las distintas posturas doctrinarias previas a la reciente modificación.

## 2. ¿QUÉ PUEDE OCURRIR DURANTE UN CONTRATO?

No es menor a la hora de pensar en el tema que nos convoca qué decisiones puede tomar la administración durante la ejecución contractual que afecten derechos de la contratista. Una primera respuesta nos la da el art. 11 del Decreto 1023/01, que establece que: “Deberán realizarse mediante el dictado del acto

2 Ampliar en CORMICK, Martín, ya cit. p. 220.

3 Nótese que en esta materia no poseemos leyes en sentido material y formal. Hablamos de interpretar armónicamente un Decreto Ley (una ficción jurídica, dado que dicha combinación de elementos no existe ni ha existido en nuestra normativa) con un Decreto Delegado (Delegación por materias de administración conforme art. 76 de la Constitución Nacional). Ampliar en CORMICK, Martín, “Todo está al revés: Ideas y planteos para una nueva y mejor norma general sobre contrataciones públicas” *Revista de Contrataciones Públicas*, Número 10, Diciembre 2023, I J Editores. Cita: II-V-CLXXXVIII-22.

4 Art. sustituido por art. 41 de la Ley 27.742 B.O. 8/7/2024. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7° de la Ley 19.549, y sus modificatorias, *como mínimo* las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario [...] e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes [...] i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato.

Como bien expone el artículo, esta exigencia debe efectuarse como mínimo en estas actuaciones. El art. 12 del Decreto 1023/01 establece, entre otras facultades y obligaciones de la administración, a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la Ley 19.549 y sus modificatorias. b) 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 revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación. d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones. e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor. f) La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

Entonces, si bien no se exige expresamente que la modificación contractual sea concretada por medio de un acto administrativo, es probable que, de revestir mediana magnitud, así se haga. La prerrogativa de interpretar o resolver dudas, también, en caso de magnitud relevante, podrán hacerse por medio del dictado de un acto administrativo. De hecho, de no hacerse así, dicha decisión de la administración (un hecho administrativo) merecerá, ajeno al presente trabajo –pero bien vale recordarlo–, la vía reclamatoria correspondiente.

Como decíamos párrafos arriba, la jurisprudencia ha abordado la impugnación de actos ocurridos durante un contrato en varias oportunidades. Nos concentraremos en los –ya– clásicos antecedentes en la materia.

### 2.1. Fallo “Mevopal”

En el fallo “Mevopal”<sup>5</sup>, la demandada planteaba entonces la caducidad de las acciones deducidas por la actora, en virtud del vencimiento del plazo del art. 25 del Decreto Ley 19.549. Ello, dado que –entonces– el art. 7° del citado

5 CSJN, “Mevopal”, 1985, Fallos: 307:2216

Decreto Ley establecía que los contratos que celebraba el Estado se regirían por sus leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica del presente título, si ello correspondiera. Debe recordarse que dicho Título (el III) no incluye el procedimiento para impugnar judicialmente los actos administrativos. Por lo que, en el mejor de los casos, había que extender dicha interpretación analógica a un título no previsto. Lo cierto es que dicha interpretación obliga ante cada acto en que el contratista esté disconforme durante la ejecución contractual, a agotar la vía en primera medida e impugnar judicialmente en segundo lugar.

Entonces, pueden convivir diferentes acciones judiciales emanadas de un mismo contrato. Al respecto, la Corte, en el presente fallo, rechaza esta idea, en tanto sostiene 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 art. 23 y 24 de la Ley 19.549 y al sistema de impugnación de su art. 25*”<sup>6</sup>. Razona, acto seguido, el considerando, entendiendo 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*”. (resaltado propio) “Ello significaría –concluye– un dispendio jurisdiccional inusitado y provocaría un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la administración y quien ejecuta el contrato...”

El razonamiento de la Corte es más que aceptable, pero, no obstante, no posee fuente legal alguna. La Corte resuelve legislar sobre el punto, y entiende que no le puede ser aplicable, por sus argumentos vertidos, el entonces Decreto Ley 19.549. Sostiene que no es oportuno iniciar un juicio por cada acto impugnado, pero ¿cuál sería la solución entonces? ¿Reunir las diferencias entre las partes en una negociación posterior, que bien puede ser judicializada? No lo aclara abiertamente.

Ahora bien, y como decíamos en el trabajo anterior sobre el tema, *¿esto es siempre factible?* Supongamos que el acto a discutir es una modificación importante del contrato, que genera perjuicios –de aceptarlo– irreparables. ¿Puede el particular diferir esa resolución hasta el final del contrato? Claramente no. Por eso, la doctrina “Mevopal” sólo puede prosperar cuando los actos administrativos discuten certificaciones parciales, montos, incluso penalidades que no impliquen la rescisión con culpa de la contratista. Pero, como se dijo, no en todos los casos. La teoría que emana del fallo “Mevopal” es la teoría de la indivisibilidad, esto es, la imposibilidad de separar al acto del contrato al que pertenece. Es por

6 Consid. 4º, 2º párrafo.

ello que debemos impugnar todo junto al final del contrato. Como bien sostiene Rodríguez Espósito: “El fundamento ulterior de la teoría de la indivisibilidad radica en la necesidad de sostener la relación contractual en términos óptimos, lo cual posteriormente fue descalificado como argumento por los tribunales argentinos. Al respecto, lo que se intentaba justificar con la no exigencia de impugnar cada uno de los actos administrativos que se dictaran dentro de un contrato giraba en torno a la idea de que, al plantear impugnaciones a cada uno de esos actos administrativos, la relación contractual comenzaría a debilitarse, dañando el “espíritu de colaboración” en el marco del contrato entre las partes, y se derivaría en un necesario distracto”<sup>7</sup>.

## 2.2. Fallo “Petracca”

El fallo “Petracca”<sup>8</sup>, plenario de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, se pregunta: “Si 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 sujeto al plazo instituido por su art. 25.” La respuesta es afirmativa, ya que “...cualquier interpretación que conduzca a excluir la impugnación judicial de estos actos administrativos por particulares, de la sujeción a los plazos fijados por el art. 25 de la Ley 19.549, resulta en principio contraria a una pauta interpretativa capital”. Por su parte, añade que: “No corresponde, entonces, que existiendo normas que regulan la impugnación judicial de los actos administrativos, y que no excluyen, sino que incluyen en su imperio a los dictados durante la ejecución del contrato, se les asigne por vía pretoriana un tratamiento propio de las acciones regidas por el derecho privado, sujetándolas así a un régimen que no fue instituido para las pretensiones nacidas del derecho administrativo y que la Ley 19.549 procuró precisamente sustituir”.

Entonces, el Plenario plantea la necesidad de agotar vía e iniciar acciones judiciales ante cada acto que cause perjuicio al particular. Es cierto que en los hechos puede implicar la existencia de varios juicios cuyo origen es el mismo contrato, y esto parece antieconómico, y, en algún punto, da sentido a aquellos que ven en este procedimiento cierto desgaste en la buena relación que debe existir entre las partes. No obstante, no es menos cierto que el Plenario basa su decisión en la normativa entonces existente en la materia. Es lo que en doctrina se conoce como la Teoría del Acto Separable<sup>9</sup>. Ahora, y con la reforma actual nos preguntamos, ¿tiene sentido obligar al contratista a iniciar acciones judiciales

7 RODRÍGUEZ ESPÓSITO, Tomás, “La impugnación de los actos de la Administración en el marco de la relación contractual” en *Ab-Revista de Abogacía*, Año V, N° 8, mayo de 2021, 87, disponible en <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/article/view/963/894>

8 Fallo Plenario “CNCAF Petracca e Hijos, S. A. y otros c/Gobierno nacional -Ente Autárquico Mundial 78”, del 24/04/1986.

9 Sería separable del contrato del que emerge.

ante cada controversia? ¿Es razonable este mecanismo? Claramente, y por lo dicho párrafos atrás, no.

### 2.3. Fallo “Serra”

En “Serra”<sup>10</sup>, ya más reciente, si bien es una demanda por cobro de honorarios (que no tiene efectos concretos sobre el devenir del contrato en sí), en un novedoso análisis respecto de cómo computar el plazo de caducidad del reclamo efectuado por la actora, entiende respecto de ese acto, que “...es en el complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo donde es preciso buscar el origen del derecho invocado. En otros términos, es en esa interrelación de actos administrativos, 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 donde, en el caso, se sitúa la fuente del derecho de la actora, y no en el acto impugnado, que está, como tal, fuera de la estructura esencial de actos ligados al contrato, y su incidencia sobre ella es, al fin indicado, nula”<sup>11</sup>. Entonces, dicho acto impugnado no *hace* al contrato en sí, de donde emana el derecho de la parte. Continúa el fallo sosteniendo que “... como resultado de lo expuesto, desde el punto de vista procesal el derecho a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento del crédito que invoca la actora nació de la relación instaurada entre las partes, que se plasmó en el contrato que celebraron, y no del acto administrativo que rechazó su petición, en la medida en que éste en nada afecta a los términos de la relación jurídica originalmente establecida entre los contratantes. En efecto, la negativa de pago expresada por la municipalidad en el acto obrante a fojas 143 del expediente agregado por cuerda, sólo posee aquella virtualidad fijar la posición de la administración frente al requerimiento de pago efectuado sin que en sí misma goce de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial fijada por el acuerdo de voluntades contrato y la serie de actos administrativos que le otorgan a aquél su naturaleza *ius administrativa*. Esto es así en la medida en que el acto precitado no ejecuta ni tampoco interpreta el contrato sino sólo exterioriza una circunstancia incidental y accesorio en la relación entre las partes, en el caso, si el crédito pretendido por el particular ya fue saldado. Por el contrario, para dilucidar tal cuestión será, en todo caso, el contrato y no la negativa de pago lo que deberá ser la guía principal para la decisión que, en su momento, tome el juez de la causa”<sup>12</sup>. Y, finalmente, concluye que “... por lo tanto, no era necesaria, en el caso, la deducción de la acción dentro del plazo de caducidad, sino del correspondiente a la prescripción de la acción ordinaria (Fallos: 307:2216, consid. 4º, párr. 4º; causa C.86.XX. “OKS Hermanos

10 CSJN, “Serra”, 1993, Fallos: 316:2454.

11 Consid. 20.

12 Consid. 21.

y Cía. Soc. Anón., Com., Ind. y Financiera. c. Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio s/ ordinario”, sentencia del 21 de octubre de 1986, y en la causa S.164. XXIII. “Schneider de Guelperín, Lina c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 24 de setiembre de 1991)<sup>13</sup>.

En definitiva, y con la creación de una doctrina que no posee fuente normativa alguna, se dispensa al actor del plazo de caducidad para sólo exigirle en la demanda que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Es lo que en doctrina –y en palabras de su creador, el Profesor Barra–, entendemos como actos coligados. Esto es, que no pueden considerarse aisladamente, sino como parte de un todo que los incluye.

Como bien sostiene Casarini: “Adviértase que, por un lado, la Corte disoció, a los fines de su pertinente reclamación por la vía que fuere, todo lo vinculado al nacimiento en sí de la situación jurídica del contratista, en cuyo caso es preciso seguir la previa vía impugnatoria, esto es, utilizando palabras del Tribunal, ‘aquellos casos en que la pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la nueva situación jurídica que emane del acto administrativo o bien, que precise la declaración de invalidez del acto –esto es, hacer caer su presunción de legitimidad– para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza’ (consid. 17), de aquellas otras situaciones jurídicas subjetivas que nacen de la relación y no del acto, en cuyo caso no deviene necesario deducir la acción impugnatoria, sino la resarcitoria”<sup>14</sup>. Al respecto, Rodríguez Esposito entiende que: “La doctrina del acto coligado plantea, sustancialmente, que, si bien cada uno de los actos administrativos que surgen del contrato son autónomos y poseen todos los caracteres y elementos que la teoría general del acto administrativo y la ley de procedimientos administrativos prevé, podría existir la posibilidad de que estos actos se encontraran vinculados entre sí mediante las causas y consecuencias que estos producen. Así, los actos y el contrato son una unidad en lo que respecta a la temática, y se mantienen coligados entre sí por intermedio de los antecedentes y las consecuencias que los distintos actos administrativos abordan: en otras palabras, la razón de ser de un acto administrativo en un contrato administrativo podría radicar en un acto administrativo previo dictado en el marco del mismo contrato”<sup>15</sup>.

Lo cierto es que, como vimos, no siempre es tan sencillo –más bien, todo lo contrario– esperar al plazo de prescripción para resolver un conflicto cuyo origen emana de un acto dictado en un contrato administrativo. Hay muchas cuestiones

13 Consid. 22.

14 CASARINI, Luis, “En torno a la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato administrativo”, en BRUNO DOS SANTOS, Marcelo (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Cap. V, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, p. 203.

15 RODRÍGUEZ ESPÓSITO, Tomás, ya cit., p. 89.

que necesariamente deben resolverse para poder continuar con la ejecución contractual.

#### 2.4. Fallo “Gypobras”

Un año y medio después, en “Gypobras”<sup>16</sup>, la Corte entiende que “...es indudable la aplicación del art. 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos a los pleitos relativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la administración”<sup>17</sup>. Y concluye que “...la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la Ley 19.549 no es susceptible de impugnación constitucional, toda vez que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, en tanto, no lo suprime, desnaturaliza o allana”<sup>18</sup>. En definitiva, retoma la idea plasmada en Petracca. Entiende Casarini, por su parte que: “En este orden, cabe poner de resalto que la decisión recaída en Gypobras, emitida en un contexto normativo diferente al actual, no necesariamente resultaría incompatible con el criterio sentado por el propio Tribunal en la causa Serra y bien podría interpretarse que la Corte Suprema tiene actualmente a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA 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 actos administrativos propiamente dichos y que en la inteligencia brindada por el Tribunal en la causa Serra alteren o modifiquen la relación jurídica subyacente. Lo cual no invalida, ciertamente, la facultad del contratista afectado por la decisión de impugnarla en forma autónoma, aunque no tenga el alcance señalado en la citada doctrina”<sup>19</sup>. No estamos seguros de la conclusión del colega, porque propicia dos caminos antagónicos. La pérdida del derecho por caducidad o su subsistencia por computarse sólo el plazo de prescripción.

### 3. DESDE “GYPOBRAS” HASTA LA MODIFICACIÓN RECIENTE

Lo cierto es que, como dijimos, el momento oportuno para legislar sobre este punto fue una oportunidad perdida: la redacción del Decreto 1023/01. Un Decreto Delegado pensado para ser la norma de alcance general en materia de contratos nada dice sobre la impugnación y posterior judicialización de actos administrativos dictados en el marco de un contrato. Sólo se limitó en el art. 36 a modificar el último párrafo del art. 7º del Decreto Ley 19.549, en tanto estableció

16 CSJN, Gypobras, 1995, Fallos: 318:441.

17 Consid. 6º *in fine*.

18 Fallos: 235:171; 297:201 *La Ley*, 83671; 1977C, 86.

19 Casarini, Luis, ya cit., p. 197 y ss.

que quede redactado de la siguiente forma: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”. Es decir, la aplicación dejó de ser analógica para ser directa. Pero, repetimos, respecto del título tercero del citado Decreto Ley, esto es, de los art. 7 al 22, (Requisitos esenciales del Acto) curiosamente, nada dice respecto de cómo debe interpretarse el Título IV (Impugnación Judicial de Actos Administrativos). Por lo que, en lo que aquí importa, la interpretación del Título IV para impugnación de actos administrativos se debe hacer de forma... ¿directa?, ¿analógica? Es por ello que hubiera sido bienvenida una reglamentación concreta de la forma de proceder ante actos administrativos dictados en ejecución de un contrato.

#### **4. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON LA REFORMA POR LA LEY DE BASES**

Repasemos nuevamente la redacción de la reforma, respecto de la impugnación judicial, en tanto sostiene que “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 inc. a) del art. 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 un primer análisis de la norma, advertimos que lo primero que debe hacer el particular es cuestionar –sic– expresamente el acto que le genera un perjuicio. Este mecanismo, el cuestionamiento, entendemos que se refiere a los recursos que provee la propia Ley 19.549 y sus reglamentaciones, o, por el principio de informalismo en favor del administrado, cualquier objeción notificada a la administración.

Entonces, efectuado el cuestionamiento, en el plazo requerido, será el particular el que decidirá, en un plazo que se extiende desde el dictado del acto lesivo hasta ciento ochenta (180) días después de la extinción del contrato, cuando impugnar judicialmente el acto. Así, dependerá de si el acto le genera una modificación concreta que le impide continuar con ese contrato –donde impugnará rápidamente–, o si son cuestiones de certificación o patrimoniales que puedan “acumularse para el final del contrato”. La gran ventaja que presenta la reforma es que asigna al particular la decisión de cuándo judicializar de inmediato y cuándo esperar. Todas las opciones anteriores que provenían de la jurisprudencia

fijaban un estándar que, como vimos, se fue modificando sensiblemente pero siempre determinaba un único camino a seguir. Esta reforma da el menú de opciones al administrado, quien sabrá, a su juicio, y mejor que nadie, qué estrategia le conviene en cada relación contractual.

## **5. NOS VOLVEMOS A PREGUNTAR<sup>20</sup>: ¿ES LA MEDIACIÓN UN CAMINO POSIBLE?**

Entonces, retomando palabras de “Mevopal”, el camino que obligaba a judicializar durante el propio contrato obligaba al particular a generar un dispendio jurisdiccional inusitado y un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir entre la administración y quien ejecuta el contrato. Hoy será cada contratista el que decida si espera, o no, a la finalización del contrato para iniciar acciones legales. Como dijimos previamente, hay actos que, por su contenido, y por no afectar la marcha del contrato, pueden ser diferidos para ser discutidos con posterioridad e independencia de la finalización del contrato (cobro de honorarios, cálculos de adicionales, entre otros).

Empero, existen otros que necesariamente impactan de inmediato en la vida del contrato: y, entonces, ¿alcanza con la reforma? Necesariamente, si el acto administrativo modificador genera consecuencias irreversibles el particular no tendrá, en los hechos, más opciones que judicializar la cuestión. Nos preguntamos si esta litigiosidad tiene sentido, en tanto encarece el costo de los contratos para ambas partes en materia de honorarios y otras costas, y, evidentemente –en algún punto– resiente la relación entre las partes.

Es por eso que reiteramos la idea de pensar en un sistema ágil de mediación entre las partes para poder resolver las cuestiones en donde haya divergencia y así poder continuar con la ejecución con la cuestión –posiblemente– resuelta.

Como bien sostiene Sa Zeichen, “...parece contradictorio que el propio Estado, que ha mostrado su interés en el desarrollo de las herramientas de MARC<sup>21</sup>, no prevea ni, menos aún, fomente, su utilización para los conflictos en los que es parte; ya sea como demandado, o como actor. Esta actitud es llamativa si, además, entendemos que “la mediación se erige en uno de los métodos más promisorios para la resolución de disputas, ya que promueve el empoderamiento de las partes en conflicto y facilita la continuidad de los vínculos al perseguir una solución mutuamente acordada”<sup>22</sup>.

20 Decimos “nos volvemos” porque este trabajo que continúa lo debatido en CORMICK, Martín, “El Contrato Administrativo a la luz del Decreto Ley 19.549: relaciones entre las partes y solución de controversias”, *Revista Derecho Universidad y Justicia*, Número 2 (SAIJ), Noviembre 2022.

21 El autor se refiere a los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

22 SA ZEICHEN, Gustavo, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en las controversias en que el Estado es parte”, *Revista RAP* 452, Sección Doctrina, 2017, 7. El autor cita

Contrariamente a lo expuesto en el párrafo anterior, la Ley 26.589, en su art. 5º, establece que: “El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: [...] c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el art. 841 del Código Civil<sup>23</sup>. Por su parte, el actual Código Civil y Comercial no establece en el art. 1646 dicha prohibición<sup>24</sup>, por lo que, siendo la legislación vigente, debe utilizarse en la materia. Si prescribe, en su art. 1644, en tanto: “No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables.” Este dudoso límite no es de fácil aplicación a una negociación en un contrato administrativo, pero podemos pensar que salvo cuestiones en donde el estado renuncia a los objetivos que se trazaron en el contrato a la hora de ser aprobado, toda cuestión incidental claramente puede ser rediscutida. Por cierto, no sería de aplicación tajante este límite emanado de una norma general (Código Civil y Comercial), que no es de aplicación directa.

Entonces, ¿por qué no utilizamos esta herramienta? Si es el propio estado que ha legislado en pos de entenderlo como un instituto ágil y provechoso para evitar procesos más costosos<sup>25</sup> en materia de tiempo, recursos humanos, económicos, ¿por qué no aplicarlo en el Derecho Administrativo? Si detectamos el problema, y encima conocemos una herramienta que permite, al menos parcialmente<sup>26</sup>, solucionar conflictos, es curioso que el Estado no se permita ser parte de esa mejora. En otros países se han advertido doctrinariamente sobre sus ventajas<sup>27</sup>.

---

a LUZI, Nora (Coord.), *Estudio de la mediación prejudicial obligatoria*, Buenos Aires, PNUD, Fundación Libra, 2012, p. 9.

23 Hoy derogado, impedía transaccionar, en lo que aquí interesa, a los agentes del Ministerio Público, tanto nacionales como provinciales, ni los procuradores de las municipalidades; 2º Los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación en todo lo que respecta a las rentas públicas

24 Artículo 1646.- Sujetos. No pueden hacer transacciones: a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial; c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión.

25 <https://www.argentina.gob.ar/noticias/mediacion-aporte-clave-para-un-mejor-servicio-de-justicia>

26 <https://public.tableau.com/app/profile/justicia.abierta/viz/Estadisticasdemediacionesprejudicialesyjudiciales/Mediacionesjudicialesyprejudiciales-SistemaMEPRE>

Entre 2014 y 2021, más de un 10 % de las mediaciones fueron resueltas positivamente.

27 Ver, entre otros, ANDALUZ VEGACENTENO, Horacio, “Arbitraje de los contratos administrativos: un enfoque desde el Derecho Público”, *UCB Law Review*, Vol. 4, N° 7, La Paz, Bolivia, 2020, Id SAIJ: DACF200229; BUSTACARA SILVA, Tatiana, “Solución alternativa de controversias

En Estados Unidos hace más de 30 años que existe legislación en la materia<sup>28</sup>, y los resultados han sido exitosos. Entonces, con la cantidad enorme de litigios que afronta el estado argentino en la actualidad, y los costos que ello acarrea ¿por qué no probar nuevos mecanismos? ¿Por qué no animarse? Máxime, teniendo en cuenta que en la propia Ley de Bases abre una puerta para negociar en contratos de obra pública y concesión de obra pública. Así, los art. 63 a 65 de la Ley de Bases establecen pautas para mediar<sup>29</sup>, pero, como dijimos, en determinados tipos con-

---

en los contratos con el Estado”, *Ambiente Jurídico* N° 18, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2015, 61-79.

28 Ley de Resolución de Disputas Administrativas de 1990 (ADRA; Administrative Dispute Resolution Act) (P.L. 101-552, 104 Stat. 2736)

29 Artículo 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 art. 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 art. 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 presente disposición es aplicable a todos los contratos mencionados, cualquiera sea la naturaleza jurídica del ente contratante. 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. Quedan expresamente excluidos del régimen establecido en esta ley los contratos suscritos en virtud de los procesos de privatización autorizados por la Ley 23.696 y aquellos que se hayan suscripto en el marco de regímenes de promoción de actividades, programas de estímulo a las inversiones o a la producción.

Artículo 64.— A los fines de lo establecido en el art. 63, se entenderá que resulta económica y financieramente inconveniente para el interés público la suspensión o rescisión de los contratos de obra pública que se encontraran físicamente ejecutadas en un ochenta por ciento (80%) a la fecha de la sanción de la presente ley; o que cuenten con financiamiento internacional para su concreción. En caso de que dichos contratos se hayan visto suspendidos, su ejecución se reanudará previo acuerdo firmado entre comitente o contratante y contratista, el que deberá ser aprobado por la autoridad competente en razón de la materia y deberá ser suscripto dentro de noventa (90) días desde la publicación de la presente ley.

Artículo 65.— En toda controversia o reclamo administrativo, judicial y/o arbitral que se suscite entre un contratista y cualquier órgano o entidad de la Administración Pública nacional fundado en supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales estatales en los que existiere posibilidad cierta de reconocerse su procedencia, el Poder Ejecutivo nacional estará autorizado para realizar acuerdos transaccionales prejudiciales, judiciales o arbitrales, en los términos y con los efectos previstos en los art. 1641 y siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, siempre que el acuerdo se encuentre debidamente fundado y resulte conveniente para los intereses del Estado nacional. El Poder Ejecutivo nacional reglamentará el procedimiento para la celebración de los acuerdos transaccionales en los que será obligatorio contar con dictámenes favorables previos de la Procuración del Tesoro de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, quienes a su vez podrán requerir los informes técnicos que estimen convenientes a cualquier órgano

tractuales. Aunque luego el Decreto 713/2024, en una reglamentación que extiende el alcance de la norma a reglamentar, avanza sobre otros tipos contractuales<sup>30</sup>, pero siempre pensando en los ya suscriptos. Y, entonces, esta puerta que se abre, ¿no nos permite pensar en que, quizás, haya llegado el momento para extenderlo a todo contrato administrativo, y como regla? El tiempo nos dirá.

---

MARTÍN CORMICK

Es Docente de grado y posgrado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en las Universidades Nacionales de Avellaneda y de José Cemente Paz. Autor y coautor de libros y otras publicaciones sobre la especialidad. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 11.

---

o entidad del sector público nacional y a instituciones idóneas y representativas en la materia a fin de que el Estado cuente con un rango de monto admisible para proceder a la transacción.

30 Decreto 713/2024: Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La autorización conferida en el art. 63 de la Ley 27.742 abarca a los contratos de obra pública; de concesión de obra pública, incluyendo la concesión de la administración, ampliación, reparación, mantenimiento, conservación, explotación y/o funcionamiento de infraestructuras; de construcción *o provisión de bienes y servicios*; así como sus contratos anexos y asociados, celebrados por los órganos y entidades que integran el Sector Público Nacional, en los términos del art. 8° de la Ley 24.156. Los contratos que cuentan con financiación de organismos internacionales de crédito, de los cuales la Nación Argentina forma parte, se regirán por las condiciones acordadas en los respectivos contratos de préstamo y supletoriamente por la normativa nacional.



## LEY DE BASES Y CRÉDITO PÚBLICO: LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO BASE DEL SISTEMA

JUAN ERBIN

Director de la Licenciatura en Gestión Gubernamental,  
Universidad Nacional de José C. Paz.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema de crédito público y la Constitución Nacional. 3. Aplicación directa del principio de legalidad tributaria. 4. Las operaciones de crédito público con organismos multilaterales de crédito. 5. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

La sanción de la Ley 27.742, denominada Ley de Bases, puso al poder constitucional con mayor representación democrática en el centro de la escena institucional, asumiendo su responsabilidad constitucional en la definición del rumbo de las políticas públicas que el Poder Ejecutivo luego ejecutará.

Escindiéndonos de la ponderación ideológica del contenido de la Ley, donde, fiel a la historia de nuestro país, nos encontrará de un lado o del otro de esta línea de gobierno, lo cierto es que resultó un ejercicio democrático y constitucional muy interesante.

Frente a la búsqueda de un cambio de paradigma, se le dio al Congreso de la Nación la misión de ejercer las facultades que la Constitución nacional le confiere. Parece una obviedad esta afirmación, pero, a la luz de algunas experiencias de nuestra historia, no resulta un dato menor. En esta misma línea, no perdamos de vista que fue el propio Ejecutivo quien desistió de continuar legislando por Decreto y ajustarse al texto constitucional.

La publicidad del debate del órgano legislativo permitió que la sociedad conozca, por un lado, las distintas posiciones sobre cada uno de los capítulos de la Ley, y por el otro qué representantes votaron favorablemente o no, brindando una valiosa información, en estos tiempos, para la toma de decisiones en futuras elecciones, circunstancia que realimenta su valor democrático. Es que, desde esta lógica, la Constitución reserva este tipo de decisiones, que afectan el futuro de la Nación, para el ámbito legislativo.

También la Constitución Nacional reservó al Poder Legislativo, entre otras tantas funciones, la celebración de empréstitos públicos.

Ahora bien, estas consideraciones, me llevan a ponderar el considerando del plexo que fuera antecesor de la Ley 27.742, el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23, denominado Bases para la reconstrucción de la economía argentina. Allí, el Poder Ejecutivo hace expresa referencia a la deuda pública –contracara del crédito público– indicando que la misma suma aproximadamente cuatrocientos veinte mil (420.000) millones de dólares de deuda ya existente. De los guarismos del considerando, surgiría que la gestión 2019-2023 sumó ciento doce millones (u\$s 112.000.000) de dólares, a la que ya recibió de gestiones anteriores en 2019, que, según el Decreto sería de trescientos ocho millones de dólares (u\$s 308.000.000,00).

Se trata, nada más ni nada menos, que de la deuda pública descontrolada, un interminable flagelo que impide el crecimiento y el despeque del país, que implica una asfixia económica externa<sup>1</sup>.

Así las cosas, tratándose de uno de los problemas bases de la política y de la economía nacional, el mismo no ha formado parte en esta refundación legislativa que impulsa la Ley 27.742.

Ello nos lleva a reflexionar, una cuestión no muy debatida ni analizada por la doctrina, a mi entender. Se trata del régimen jurídico del crédito público y los mandatos constitucionales en la materia. Pues, como hemos enfatizado, la relevancia institucional de la Ley de Bases, en primer lugar, fue concretizar el mandato constitucional referido a que determinadas cuestiones, si o si, deben ser analizadas, debatidas y aprobadas por el Poder Legislativo de la Nación, y no pueden ser validadas por Decretos o resoluciones del Poder Ejecutivo.

El punto de partida de cualquier razonamiento en la materia, es la toma de conciencia sobre la gravedad y relevancia de la cuestión. La aplicación del sistema de crédito público conlleva como resultado la habilitación al gobierno de turno, sea del color político que sea, para tomar deuda, comprometiendo a generaciones futuras de argentinos a tener que solventarlo<sup>2</sup>.

1 Sobre este tema, ampliar en ERBIN, Juan, “Raíces legales del endeudamiento público... y del quebranto posterior”, *Ediunpaz, Revista de Gestión Gubernamental*, Año 2, N° 2, Julio 2022.

2 La Ley 24.156, en su Título III, instituye el marco jurídico legal del endeudamiento del sector público. A ello debe agregarse que el régimen jurídico de crédito público se complementa con la normativa específica que regula cada operación –ley especial o Ley de Presupuesto Anual–, conforme aclara el mismo art. 56, la Ley 11.672, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (en lo sucesivo, LCPP) y la Ley 22.520, Ley de Ministerios. Nos preguntamos, ¿cómo, razonablemente, puede este complejo sistema quedar sin efecto por sola vocación presidencial si el crédito proviene del FMI?

Como se dirá más adelante, en el ámbito de nuestra Constitución Nacional, se observa que el crédito público se encuentra contemplado en los art. 4° y 75, inc. 4° de la CN, como atribución política –acaso tal vez también de gestión– al Congreso de la Nación. El análisis exegético de este sistema lo estudiamos junto al profesor SILVA TAMAYO, Gustavo, en la obra colectiva CICHERO K. N. (Coord.), *Legislación Usual. Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

Barra sostiene que, en rigor de verdad, la deuda pública repercute en una tributación diferida a futuro. En última instancia, será el esfuerzo impositivo de los argentinos el que permita, en el futuro, cancelar las obligaciones tomadas sin ninguna responsabilidad<sup>3</sup>.

Como primer reflexión, nos preguntamos, desde la óptica del sentido común y el criterio de la razonabilidad, para tener un primer acercamiento al tema, si puede un compromiso de esa relevancia, que compromete aspectos tributarios futuros, y la responsabilidad patrimonial del Estado en el exterior, ser tomado por un presidente –insisto, sea del color político que sea– sin la validación y aprobación del Congreso.

Nuestra Constitución Nacional, adoptó, por suerte, el mismo criterio que cualquier intérprete razonable, hubiese adoptado.

Del juego armónico de sus art. 4 y 75, inc. 4°, entre otros, el Poder Constituyente reservó al Congreso la potestad constitucional de endeudar al país<sup>4</sup>. De aquí que el sentido común y la lógica razonable, también coincidiría con nuestra norma superior.

Sin embargo, el Sistema de Crédito Público definido por la Ley 24.156 ha establecido una peligrosa puerta de escape para que no quede este poder, exclusivamente, en manos del cuerpo con mayor representatividad democrática de todas nuestras instituciones.

## 2. EL SISTEMA DE CRÉDITO PÚBLICO Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En el año 1993 entraba en vigencia la Ley 24.156 y, de este modo, se instauraba el régimen de administración financiera del sector público nacional, que continúa rigiendo en la actualidad. En el Título III, se estableció el sistema de crédito público, como uno de los sistemas de administración financiera regulados por este plexo normativo. De este modo se consolidó un régimen legal en la materia.

Sin embargo, previo a esta Ley, la Constitución Nacional considera ya había definido al crédito público como uno de los recursos del Estado federal en su art. 4°. A su vez, el art. 75 en su inc. 4° indica que: “Corresponde al Congreso: contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”<sup>5</sup>.

3 Conf. BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, 2011, p. 240.

4 Conf. BARRA, obra ya citada p. 229, SILVA TAMAYO, obra ya citada p. 283, y GALLI, Guillermo P., *Régimen financiero de la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

5 El art. 4° de la norma superior prescribe que la Constitución Nacional establece: “El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de Correos; de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional”.

La Constitución autoriza, por lo tanto, a recurrir al empréstito en dos casos, a saber: *a*) urgencias de la nación (situaciones extraordinarias como guerras, epidemias, inundaciones, etcétera) o *b*) empresas de utilidad nacional (de obras públicas, tecnología, infraestructura, etcétera).

Siguiendo a Silva Tamayo, podemos afirmar que el empréstito se justifica como recurso extraordinario toda vez que el fisco no puede hacer frente a la situación con los recursos ordinarios del Tesoro<sup>6</sup>. A la vez, como indica a Barra, se toma la decisión de endeudarse comprometiendo a generaciones futuras, que deberán afrontar al mismo mediante tributación<sup>7</sup>.

Las operaciones de crédito público, por lo tanto, no son un verdadero ingreso fiscal, sino un traslado o diferimiento de la financiación de un gasto público a las futuras generaciones. De ello se sigue que su fundamento, en el caso de las emergencias, sería la solidaridad, y en el de las empresas de utilidad nacional, serían principios de justicia distributiva, ya que alcanza a todas las generaciones que se beneficiarán con la obra y, por lo tanto, soportarán su costo.

Siguiendo el criterio y mandato constitucional, la Ley 24.156, estipula que las operaciones deben estar contempladas en la Ley de Presupuesto del año respectivo o bien en una ley particular. Establece también, como garantía de cumplimiento de la Constitución, que la habilitación legislativa debe establecer una serie de requisitos.

Se trata del marco legal dentro del cual deberá efectuarse la operación, y, a la vez, resulta ser la concretización de la garantía del cumplimiento de la directiva del constituyente, en cuanto ha sido el Congreso quien estableció no solo la autorización, sino también las condiciones mínimas<sup>8</sup>.

### **3. APLICACIÓN DIRECTA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA**

Retomo en este capítulo la idea de que las operaciones de crédito, en última instancia, conllevan una tributación postergada por cuanto, tarde o temprano, la amortización e intereses de la deuda se pagarán con tributos, es decir, con dinero de los contribuyentes.

Por lo tanto, el sistema de crédito público se rige por los mismos principios de los tributos, puntualmente el de legalidad tributaria. Existe una coherencia entre el principio de legalidad tributaria, y el principio y mandato constitucional, por el cual las operaciones de crédito público deben ser aprobadas por Ley.

Hemos sostenido que la intervención del Congreso de la Nación en la imposición de tributos y cargas al pueblo tiene un claro contenido democrático por ser el poder del Estado con mayor representatividad de todos los ciudadanos.

6 Conf. SILVA TAMAYO, obra ya cit.

7 Conf. BARRA obra ya cit., p. 240

8 Conf. SILVA TAMAYO, obra ya cit., p.302

De este modo, el poder de imperio tributario adquiere legitimidad para lograr su aplicación con un grado de consenso y aceptación que permitan el desarrollo normal de las instituciones<sup>9</sup>.

En este punto, es muy importante enfatizar y resaltar que la Constitución Nacional restringió expresamente la materia tributaria a las facultades legislativas del Poder Ejecutivo, prohibiéndole la posibilidad de crear o alterar tributos (art. 76 y 99, inc. 3).

Es por ello que la Ley 24.156 reconoce expresamente el principio de legalidad en materia de operaciones de crédito público plasmado en la Constitución. En su art. 60 se prevé que: “Las entidades de la administración nacional no podrán formalizar ninguna operación de crédito público que no esté contemplada en la Ley de presupuesto general del año respectivo o en una ley específica”.

Es en este punto, que el principio de legalidad tributaria, se adapta a las operaciones de crédito público. La gestión eficiente y eficaz del sistema de crédito público demanda una dinámica que la estructura del Congreso razonablemente no puede desarrollar<sup>10</sup>.

#### **4. LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO CON ORGANISMOS MULTILATERALES DE CRÉDITO**

Hasta este punto, parecería que la cuestión no reviste complejidad desde la arquitectura constitucional.

Tanto en la política exterior, como en la política económica del país, en los últimos 40 años han tenido una incidencia y una relevancia las operaciones de crédito público que se celebran con organismos multilaterales de crédito de los que la Argentina es parte. Casualmente, estas operaciones, principalmente llevadas adelante con el FMI, son las que mayores dolores de cabeza han generado y las que mayor impacto en la deuda pública han ocasionado.

Llama poderosamente la atención, luego de analizar el régimen constitucional, que, precisamente, estas operaciones, las más controvertidas y cuestionadas, por una norma de jerarquía infraconstitucional, se las excepcione del trámite establecido en nuestra norma superior.

En estos casos, la previsión legal habilita al Poder Ejecutivo para concertar toma de deuda, aun sin habilitación del Congreso.<sup>11</sup>

9 Ampliar en ERBIN Juan, obra ya citada.

10 Si bien, como hemos dicho más arriba, la toma de deuda implica una tributación diferida, y debería estar regida por las mismas reglas de los tributos, sin una modificación sustancial en su estructura o la creación de un ente descentralizado bajo su órbita, el Congreso de la nación no tiene posibilidad funcional para concretar el mandato constitucional.

11 La ley expresamente exceptúa de la exigencia de autorización legal a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la nación forma parte.

De este modo, la gestión del crédito público se corre de la zona de reserva de ley, para, directamente, pasar a una zona de reserva del Poder Ejecutivo, de un modo que colisionaría, en principio, con el diseño constitucional de las finanzas públicas.

Pasamos de una prerrogativa exclusiva del Poder Legislativo, integrante de su zona de reserva, de acuerdo a la Constitución Nacional, a un régimen legal donde el Ejecutivo, sin previsión en el presupuesto, y sin una ley especial, posee plena libertad para tomar crédito por el monto que desee, comprometiendo la tributación de futuras generaciones.

Como se observa, el diseño legal de estas operaciones alteraría el principio de legalidad en tres esferas:

- a) Legalidad de las operaciones de crédito.
- b) Legalidad tributaria.
- c) Legalidad presupuestaria.

Evidentemente, la norma del año 1992, excepciona a estas operaciones por razones operativas, políticas y/o financieras, sin embargo desde la óptica jurídica institucional no se respetarían los lineamientos de la Constitución Nacional, produciéndose una sustracción de competencias al cuerpo legislativo, consolidándose una centralización del poder en el Poder Ejecutivo y un quiebre en el equilibrio de poderes, así como una desdemocratización del proceso de endeudamiento.

La omisión del tratamiento legislativo, no sólo implica una afectación del régimen de competencias constitucionales, sino que también obstruye al proceso de definición del destino del dinero ingresado por esa operación, quedando ese flujo de capital por fuera del diseño del presupuesto aprobado por ley.

No debe olvidarse que, la exigencia de una ley se vincula, como hemos dicho, también, con la necesidad de darle una finalidad que se ajuste al mandato constitucional al ingreso presupuestario derivado del crédito público. Por lo tanto, aparece palmario el riesgo de que no se respeten las finalidades establecidas en cuanto a dónde debe destinarse el dinero tomado por estas razones.

Es fundamental, reafirmar que la Constitución prescribe los únicos destinos posibles que debe darse a los fondos: urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional.

Y, siguiendo esta previsión de la norma superior, la Ley 24.156 especifica que las operaciones de crédito público tendrán por destino realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos. Esa misma norma prevé que queda expresamente prohibido realizar operaciones de crédito público para financiar gastos operativos (art. 56).

---

Se trata de una excepción clara que deja a una serie de operaciones del cumplimiento de la previsión constitucional, casualmente las más gravosas e importantes por su monto.

Siguiendo este criterio, también se puede citar, en lo que respecta a prohibiciones sobre el uso de deuda, el art. VI del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, en cuanto prescribe que ningún país miembro podrá utilizar los recursos generales del Fondo para hacer frente a una salida considerable o continua de capital.

Ahora bien, ¿cómo se explica o justifica esta anomalía legal?

Se ha interpretado que al aprobar el Congreso de la Nación los tratados por los que la Argentina es parte de organismos internacionales de crédito, se produce, en esa instancia, la intervención necesaria del Poder Legislativo. Así en ese mismo acto legislativo se operaría una delegación legislativa al Poder Ejecutivo para acordar operaciones de crédito público particulares con el organismo de que se trate.

También se ha esgrimido que el acuerdo internacional que formaliza la Argentina para ser integrante de estos organismos de crédito, posee jerarquía suprallegal y rango constitucional conforme lo regula el art. 75, inc. 22, párr. 1°.

En virtud de ello y, desde otra óptica, el acto concreto del ejecutivo consistente en la formalización de una operación en concreto sería el acto de aplicación de un sistema jurídico de jerarquía superior a las leyes.

Por lo tanto, quienes defienden la constitucionalidad de este régimen, esgrimen que existiría un bloque normativo de rango legal, y aun constitucional, que habilitaría la utilización de la prerrogativa otorgada al Poder Ejecutivo por el art. 60 de la Ley de Administración Financiera (LAF)<sup>12</sup>.

Entiendo que estas argumentaciones resultan endebles cuando se las confronta con las normas constitucionales, el principio de legalidad tributaria, el principio de legalidad presupuestaria, y los sistemas de administración financiera en su totalidad.

Debe remarcarse que el acuerdo internacional que formaliza la Argentina para ser integrante de estos organismos de crédito, si bien posee jerarquía suprallegal y rango constitucional, debe interpretarse de modo de no derogar ningún principio o cláusula de la primera parte de nuestra Constitución. Y de modo alguno, puede intervertir el reparto de competencias entre los poderes del Estado, definido por el Constituyente<sup>13</sup>.

Existe una vinculación directa entre endeudamiento y tributación, que hace que deban extremarse los recaudos para que la intervención del Poder Legislativo sea relevante, ya sea en la habilitación como en el control y supervisión.

12 Conf. BARRA, ya cit. p. 266 y ss.

13 En contra de esta posición se encuentra BARRA, quien en su Tratado, desarrolla en la defensa del sistema legislado en 1992, a donde remitimos para su lectura a quienes deseen profundizar el estudio de la cuestión planteada. BARRA, ya cit. p. 267.

En este mismo hilo argumental, la estrecha relación entre el sistema presupuestario y la toma de deuda trae como consecuencia directa que no pueda suscribirse al Congreso de ninguna aprobación de una operación de crédito público.

Por último, el test de constitucionalidad sobre el acto jurídico que concreta una operación de crédito público se asegura también respetando los fines establecidos para este tipo de recursos, donde se encuentra expresamente prohibido utilizarlos para gastos operativos.

La complejidad financiera de las operaciones de crédito público, así como su ejecución casi inmediata, conjugadas estas variantes con el hecho de que participan de sujetos de derecho internacional con inmunidad de jurisdicción local, determina que no se encuentren muchos precedentes judiciales sobre esta cuestión jurídica.

Recientemente, la Sala I de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, tuvo oportunidad de intervenir y analizar una acción intentada por la “Asociación Simple Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas” contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de República Argentina a fin de que se declare la nulidad de las Cartas de Intención y sus Memorándum adjuntos, suscriptos por el Estado Nacional y el FMI durante los meses de junio y octubre de 2018, mediante los cuales se pactaron préstamos de cincuenta mil millones de dólares (u\$s 50.000.000.000) y siete mil cien millones de dólares (u\$s 7.100.000.000), respectivamente por, entre muchas razones, no contar estos empréstitos con la debida autorización del Congreso de la Nación<sup>14</sup>.

La acción fue rechazada. El fundamento de esta decisión se sustentó en que, a criterio de la Sala, no existía un caso en los términos del art. 116 de la CN, remitiendo a lo resuelto por la Corte en el precedente “Halabi” (336:2356), por considerar inadecuadamente planteada y sustentada la legitimación colectiva.

Más *llamativos*, resultan los fundamentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para confirmar el fallo, el 14 de diciembre de 2023, siete días antes de que el nuevo titular del ejecutivo dictara el DNU 70/23, haciendo sólo referencia al art. 280 del CPCCN. Consecuentemente, para nuestro máximo tribunal la cuestión planteada en el recurso sometido a su estudio carecía *de agravio federal suficiente* o las cuestiones planteadas resultaban, a su criterio *insustanciales o carentes de trascendencia*.

Este caso, si bien nos deja interesantes consideraciones sobre legitimación colectiva, al no tratar el fondo de la pretensión, nos priva de conocer la posición del Poder Judicial de la Nación sobre la situación planteada.

14 Conf. “Murua, Eduardo c/ EN-BCRA s/proceso de conocimiento”, CN CAF, Sala I, Expte CAF 64538/2019. Sentencia del 22/4/202, y CSJN Fallo del 14/12/23.

En definitiva, lo que abreva de estos decisorios, más allá de lo irreprochable del enfoque técnico jurídico en materia de legitimación procesal, es la voluntad de no intervenir en asuntos que deben ser resueltos en el Congreso de la Nación, por los representantes de los ciudadanos y de las Provincias, y no mediante sentencias judiciales. Ello, más allá, de los argumentos y elementos que podrían sustentar una u otra resolución judicial.

## 5. CONCLUSIÓN

Si se pretende elevar los *standards* de institucionalidad y democracia en las nuevas Bases que propone el Poder Ejecutivo y que el Congreso de la Nación ha aprobado con la sanción de la Ley 27.742, en primer lugar, se debe poner a la Constitución Nacional y al diseño institucional de gobierno que se adopta en esta norma fundamental, así como el debido equilibrio entre poderes.

Es por ello que, en este proceso iniciado por el Decreto 70/23, y luego saneado por la Ley de Bases 27.742, también debería reencausarse las bases del sistema de crédito público, con una mirada hacia la Constitución Nacional. Sobre todo cuando, como el mismo presidente lo ha mencionado en el considerando del DNU 70/23, una de las grietas de las bases nacionales a reconstruir es el quebranto generado por la toma indiscriminada de deuda pública.

De este modo celebramos la actividad que viene teniendo el Poder Legislativo de la Nación en temas de política presupuestaria, lo que reafirma la necesidad de intervención del cuerpo con mayor representación democrática en la definición de las bases de las finanzas públicas, más allá del sabor o sinsabor que a cada ciudadano, le produzca la decisión tomada por sus representantes.

Así las cosas, y en este nuevo contexto, el sistema de crédito público definido por la Ley 24.156 en el año 1992, merecería un nuevo estudio y debate en el seno del Congreso. Así, entiendo que las Nuevas Bases del Sistema de Crédito Público que se propongan deberían considerar la experiencia en materia de deuda pública de los últimos 25 años, a la luz de las consecuencias ruinosas marcadas por el presidente en el DNU 70/23, y la constitucionalidad o no de algunas de sus previsiones.

---

JUAN ERBIN

Es Abogado. Docente y Director de la Licenciatura en Gestión Gubernamental en la Universidad Nacional de José Clemente Paz.



## LA LEY 27.742 Y LOS DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES. PELIGROS DESREGULATORIOS

NÉSTOR OSVALDO LOSA

Profesor Consulto de la Facultad de Derecho,  
Vocal de la Asociación de Docentes de la Facultad  
de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

*“Donde hay poca justicia es un peligro tener razón”.*

*Francisco de Quevedo.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Privilegiar libertad y Decreto de necesidad y urgencia. 3. La Ley Nacional 27.742. Reforma administrativa profunda. 4. Aspectos a tratar. Derivaciones. 5. Avatares en Salud. Política y Justicia. 6. Jurisprudencia. 7. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

A los treinta años de la reforma constitucional más extensa y trascendente de nuestra Constitución Nacional, se produce un hecho político y jurídico de importancia mayúscula dentro del área del derecho público y en especial del Derecho Administrativo y que consiste nada más ni nada menos que reformar, reformular y modernizar la vieja norma que regula el procedimiento administrativo a nivel nacional y que constituye la base de muchas reglamentaciones del derecho subnacional. Me refiero a la 19.549 –Decreto Ley– conocida como la Ley de Procedimientos Administrativos.

Sin embargo y antes de referirme a la mutación normativa, en homenaje y recordatorio de la mencionada reforma constitucional, deseo recordar que ese hito histórico mencionando se persiguieron algunos objetivos que fueron paradigmas concretados en la letra y otros que no pudieron ser plasmado a posteriori en el devenir de nuestra vida institucional y jurídica. No obstante ello, considero que fue una reforma positiva.

En efecto, los constituyentes reformadores en 1994 propiciaron entre otros objetivos, reforzar el federalismo, descentralizar y buscar resguardar a los gobiernos locales del centralismo que por momentos los asfixiaba. Propiciaron que se dictara una ley de coparticipación federal y promovieron la regionalización voluntaria de las provincias a las que se les otorgó la titularidad sobre los recursos

naturales que estuvieran situados en sus territorios, conforme al art. 124 C.N.). Convalidaron la autonomía municipal sin condicionamientos (art. 123 CN.) y crearon una Ciudad constitucional aunque siga siendo Capital del país, la de Buenos Aires en el último artículo del texto magno, el 129. Luego producen normativamente un intento de atemperar el presidencialismo básicamente poniendo límites o quizás prohibiendo los decretos de necesidad y urgencia, autorizándolos excepcionalmente y aboliéndolos explícitamente para cuatro ítems que el art. 99 inc. 3 –CN– determina (partidos políticos, materia penal, materia tributaria y lo referido a lo electoral). En otro orden, incorpora garantías procesales con amplitud meridiana: amparo, *habeas corpus* y *habeas data*, y da un fuerte empujón a las acciones colectivas en línea con esas garantías que refuerza con los tratados y pactos internacionales que incorpora por medio del art. 75 inc. 22. Un capítulo aparte posee lo que se aportó preceptualmente en materia de derechos de competencia, usuarios y consumidores y en materia de salud. Estos elementos sustantivos que junto con la defensa del medio ambiente sustentable ingresan en nuestra Ley Suprema Federal, no eran nuevos en los plexos jurídicos positivos, pero al constitucionalizarse, cobran vuelo y permiten un mayor vigor en lo judicial pero también mayor atención en las políticas públicas estatales, son en términos de realidad, altamente valorables. A ellos nos referiremos luego.

Otro aspecto que vale la pena resaltar, es que admite la democracia participativa en los arts. 39 y 40 en una filosofía que marca el progreso de estas herramientas populares que están instaladas en el derecho comparado y en nuestro Derecho Público Provincial y Municipal. Otras muchas reformas se materializaron, pero menciono solo aquellas que se relacionan con nuestro trabajo.

No obstante lo expuesto hasta aquí, también siguiendo a Bidart Campos, podemos reflexionar sobre la reinstalación formal de lo que se ha denominado doctrinalmente la “Constitución económica”, toda vez que la reforma de 1994 propone ampliar la base de desarrollo en la economía y no solo a nivel nacional, sino también en lo regional. En ese orden, el jurista citado exponía “ la Constitución económica es el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económicas-financieras”<sup>1</sup>. Y en este mes en que hemos escrito un homenaje en *El Derecho*-suplemento constitucional; septiembre de 2024<sup>2</sup>, al conmemorarse veinte años de su deceso, he

1 BIDART CAMPOS, Germán, “La Constitución económica (un esbozo desde el Derecho Constitucional argentino)”, Revista *Cuestiones Constitucionales*, México, 2002, p. 4.

2 Suplemento en Homenaje a Germán J. BIDART CAMPOS, a 20 años de su fallecimiento. Edición especial en *El Derecho* (DOC-20240930-WA), Suplemento de Derecho Constitucional dirigido por M. Gabriela ÁBALOS, Buenos Aires, septiembre de 2024.

releído con atención estas afirmaciones que no escapan a la aludida reforma en forma parcial.

## **2. PRIVILEGIAR LIBERTAD Y DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA**

En base a una doctrina *libertaria* como reza la ideología del espacio que asumió la presidencia de la Nación, de fortalecimiento extremo de la libertad como amplio derecho, el gobierno nacional que comenzó el 10 de diciembre de 2023, propugna innovaciones de envergadura en muchas cuestiones que hacen tanto al derecho público como al privado y que lo traduce en un Decreto de necesidad y urgencia dictado en diciembre bajo el número 70/2023. El mismo nace con objetivos desregulatorios generales que genera centenares de preceptos en ese instrumento legal y que ulteriormente deberían pasar las revisiones para eventuales conformidades del Poder Legislativo para su ratificación o no. Sin resultados por parte del Congreso hasta la fecha que estos narro.

Es claramente inconstitucional el decreto referido. Va de suyo que de conformidad con contenido, forma y oportunidad, no poseía necesidad y urgencia que son los determinantes y en conjunto requisitos que impone la constitución argentina. Por otra parte, lo restrictivo de esta figura ha sido materia estudiada por la doctrina y expuesta jurisprudencialmente por nuestro Máximo Tribunal de Justicia. Existieron amparos con resultados variados que no vamos a enunciar aquí pues de alguna forma, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) ya en marcha torna abstracto el desarrollo del tema. Sí vale expresar que lamentablemente con ese apresurado DNU, se liberaron relaciones jurídicas, por ende, se *liberaron precios y reformularon para mal de una de las partes* varias pautas contractuales de servicios y otros aspectos que fueron desregulados y se produjeron no pocos desfasajes en distintos ámbitos de prestaciones existentes; esto fue público y notorio.

La libertad es un derecho máximo en la escala de derechos humanos y primordial, no dudamos, pero como todo derecho y así ha sido reiteradamente determinado judicialmente, no es absoluto y está sujeto a ciertas pautas o límites legales que tienen por finalidad evitar descontroles o abusos en libertades que afecten a terceros o al colectivo. En lo económico y social, no es solo el *mercado* el que puede estar presente, el Estado no puede ausentarse pues tiene el rol de gestionar al colectivo y frenar impulsos disvaliosos en lo jurídico o en lo fáctico. No negamos la libertad, creemos que debe ser contemplada y, en su caso, regulada racionalmente para evitar un ejercicio de ella que pueda ser nocivo sectorialmente.

Lo extremadamente liberal es peligroso cuando los factores económicos que detentan entes poderosos se constituyen visiblemente en factores de poder y entonces allí el Estado con su *imperium*, debe fatalmente obrar para afianzar la justicia y mantener el bienestar general equitativamente.

El poder de policía es precisamente el instituto que opera limitando derechos legislativamente y se complementa con la ejecución efectiva de esos derechos por parte de los departamentos ejecutivos. De allí la letra que luce el art. 14 CN y hoy reforzada por el art. 75 inc. 30 del mismo cuerpo legal. Insistimos, no existen derechos absolutos en aras de la convivencia en paz colectiva y de la calidad de vida con salud efectiva de los seres humanos gobernados, de los habitantes representados en los gobiernos y no subordinados a caprichos de ciertas políticas. Cuando por excesos se devalúan en demasía o se niegan por reglamentación los derechos reconocidos en la constitución, será la Justicia quien deberá poner las cosas en su lugar y a ese fin las acciones que se interpongan son variadas incluyendo la inconstitucionalidad de oficio como ahora se admite en el texto del art. 43 de la Constitución federal.

### **3. LA LEY NACIONAL 27.742. REFORMA ADMINISTRATIVA PROFUNDA**

Las correcciones y mutaciones del DNU llevaron a la sanción de la Ley Nacional 27.742 sancionada el 8 de julio de 2024 (BO. 35456) denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), publicada el 8 de julio de 2024. El conglomerado desmesurado de los artículos y temas del original DNU, se redujo sustancialmente en la nueva ley (una prueba más de la no necesidad ni de la urgencia...).

Dicha trascendente ley contiene diferentes cuestiones en el ámbito del derecho público, pero cuenta con un articulado de avanzada en materia de Derecho Administrativo y en particular en lo referido al procedimiento clásico administrativo reformulando una serie de artículos que eran debatibles o poco eficientes en la praxis. Era menester actualizar y esclarecer términos y efectos de los actos administrativos y procedimiento con visión de estos tiempos donde la tecnología, la virtualidad, la inteligencia artificial y las formas de desarrollarse la administración pública, han avanzado significativamente con mejoras en la vida de las comunidades, pero también incrementando conflictos de naturaleza múltiple a los habitantes. La tecnología y los derechos humanos, en mi opinión, están en plena batalla (un mero ejemplo, aunque para meditar, se da en Suecia. En ese país se retorna a la escritura manual y leer de libros de papel en la enseñanza primaria y se deja de lado la computadora, el móvil...).

Este aporte intenta abordar resumidamente lo que hace a los derechos de usuarios y consumidores que en el siglo XXI han reestructurado el mundo jurídico y han alterado las relaciones entre el poder, los factores económicos y los seres humanos desde ángulos impredecibles y continuados, modificando las ecuaciones existentes en contratos o entre imposiciones funcionales vinculadas a servicios propios del Estado o derivados a entes autárquicos o privados que operan en todos los niveles de gobierno de nuestro sistema federativo.

El art. 29 de la Ley 27.742 modifica la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y en ese contexto, crea el art. 8° *bis* que expresa lo siguiente: “En los casos que la ley exija participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos, deberá realizarse un procedimiento de consulta pública que resguarde el derecho 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. La autoridad regulatoria deberá considerar fundamentalmente las opiniones vertidas en la consulta pública. También podrá optar por la celebración de una audiencia pública no vinculante cuando así lo ameriten las circunstancias del caso justificando la decisión en razones de economía, sencillez y celeridad”.

Como se observa, este precepto hace referencia expresa a usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de servicios públicos y no apunta a otros servicios indispensables que realizan entidades privadas. Es loable que propicie y exija la participación popular –consulta pública– y también a audiencias públicas para el tratamiento limitado a ciertos servicios. Hemos narrado anteriormente que la reforma constitucional de 1994 incorporó mecanismos de participación y aquí se sigue esa corriente. También fomenta el derecho a la información y el respeto a las opiniones de usuarios, propiciando la sencillez, la economía y la celeridad.

Sin embargo, estos deseos normativizados pueden ser efímeros si no se regula con transparencia la operatividad y se culturiza a la sociedad en este modo participativo. Es frecuente que no se publicite con fuerza lo vinculado a asambleas con ciudadanos o se lo haga con *timidez* para que sean pocos quienes eventualmente intervengan. También en materia tarifaria lo ordenado por acuerdos entre gobierno y empresas prestatarias o directamente con dependencias estatales, no puede cuestionarse y entonces la participación legal es letra muerta. Es frecuente que autorizada una tarifa o aplicada sin mayores prolegómenos solo sea *frenada* a través de medidas cautelares decretadas en amparos judiciales. La intención normativa en muchas ocasiones es obviada de hecho o se le da forma documental, pero solo para justificar el cumplimiento ritual de lo que no se hace conforme a la realidad jurídica. Vaya como dato: en las legislaciones locales de nuestro país donde impera el *presupuesto participativo*, no se han logrado resultados positivos como sí ocurre en países o ciudades que lo aplican desde hace años.

Es nuestro deseo que este precepto en pro de la información y participación en defensa de derechos de usuarios y consumidores, todo lo que expuse al inicio de estas páginas como nuevas reglas constitucionales, tenga cabal cumplimiento en lo real, de lo contrario, esa defensa de los ciudadanos será lírica. Los administrativistas tendrán un rol importante midiendo resultados o proyectando reformas.

#### 4. ASPECTOS A TRATAR. DERIVACIONES

En nuestra modesta opinión, debió incluirse normativa que tratara bases sólidas con relación a otros usuarios y consumidores que reciben servicios cuasi esenciales que hoy en nuestra realidad no pueden omitirse. Voy a tratar de sintetizar cuál es el objetivo de estas líneas.

Es indudable que ciertos valores o necesidades imprescindibles derivadas de esos valores de base constitucional y convencional, son indudablemente esenciales. Me refiero a la salud en sus trascendentes alcances, atención médica integral, medicamentos, hospitales, personal idóneo, etc., comunicaciones, transporte, circulación, enseñanza, recreación, entre otros.

El DNU 70/2023 liberó todas las relaciones entre servidores y usuarios o consumidores para entidades que atienden necesidades elementales que he mencionado en párrafo anterior; apostó por el mercado. Esa total liberación produjo inequidades y abusos por parte de las entidades con poder económico de manera ostensiblemente onerosa en contra de la parte débil del contrato o del usuario en general. Las empresas de salud –prepagas–, las sociedades comerciales de medicamentos, las entidades bancarias, los servicios de telefonía, peajes y otros entes de servicios, con pretextos parcialmente atendibles, pero solo con la mira unilateral enfocada en mayor ganancia, produjeron una ruptura intempestiva de la relación con los usuarios y consumidores llevándolos al nivel de *lacayos* a quienes no se oía o despreciaba. Donde más se visibilizó fue en la salud, pero no fue el único rubro, también en precios de medicamentos que desbordados pasaron a obstaculizar ese valor/derecho que constituye la salud. Otro tanto ocurrió en la educación en establecimientos privados, muchos que contaban con aportes estatales, pero que aun así efectivizaron incrementos desproporcionados. La desregulación sin contrapesos o controles estatales, creó de hecho y peligrosamente una zona liberada.

Consecuentemente, los valores jurídicos tutelados por la constitución, incluyendo el derecho de propiedad, debieron ser oídos como serios reclamos en la autoridad política gubernamental, pero fue una vez más la Justicia por medio de acciones de amparo –vuelvo a la reforma constitucional que lo admitió, incluyendo el colectivo– con medidas cautelares, la que tuvo que afrontar el caos socioeconómico que se ocasionó. Y así, la política ausente abrió una vez más la puerta del Poder Judicial. Es decir que la defensa de usuarios y consumidores, la salud, la información y el derecho de propiedad tuvieron y tienen que ser tutelados por el poder jurisdiccional cuando tal rol debería ser de la legislación y fundamentalmente de la gestión –Poder Ejecutivo–. No excluyo a ciertos y valiosos organismos no gubernamentales y un importante número de abogados han sido colaboradores de la Justicia y han comprometido su acción seriamente en favor de usuarios y consumidores; loable.

Nos toca convivir con muchos atropellos e injusticias a quienes integramos el núcleo de usuarios y consumidores con pocos derechos o “adhesiones” a convenios donde manda el más fuerte en todos los aspectos. La Ley 24.240 de defensa de los consumidores y algunas modificaciones, han cumplido y subsisten aún como freno, pero los abusos de las entidades poderosas públicas o privadas no dan respiro y con ello se consolida lo que Byung-Chul Han expresa: “La sociedad del cansancio”<sup>3</sup>.

Prever consecuencias fácticas de medidas políticas o corregir desestabilización colectiva por errores coyunturales de la política, son responsabilidad de los funcionarios públicos; es una pauta que hace al concepto de *República*.

## 5. AVATARES EN SALUD. POLÍTICA Y JUSTICIA

Si bien estas conflictivas políticas que causan tristeza y preocupación en un país donde todo aumenta pero lo que más se incrementa es la pobreza, causaron injusticias en muchos rubros y proliferaron los juicios en ámbitos diversos, el más marcado o difundido fue el de la sanidad. Indudablemente el Derecho a la Salud es básico y tiene tutela constitucional y convencional. El humanismo no puede estar ausente en las políticas de Estado. Cuando el actual Estado no tiene los medios materiales, humanos y estructurales para atender sólidamente a la salud, tal servicio pasa a manos privadas. En esas manos se supone que el gobierno deja de preocuparse y evita gastos mayúsculos, pero ¿lo exculpa de la no atención sanitaria? Por supuesto que ¡no! El derecho a la salud existe en cualquiera de sus formas de estrategia, desarrollo, resultado, y es un deber que siempre debe estar presente. En ese escenario público y más allá de existencia no de Ministerio de Salud, los Entes Reguladores deben operar y están dentro del marco administrativo general; esa fue su finalidad desde la década del noventa del siglo pasado. Las denominaciones de entidades de contralor son varias, pero tienen idénticas finalidades aunque algunas posean más poder que otras. En materia de Salud un organismo, la Superintendencia de Servicios de Salud, estaba abocado a poner límites y controles a las muchas empresas de medicina prepaga existentes para evitar irregularidades o abusos en desmedro de usuarios. Con el dictado del DNU 70/23, sus incumbencias se ultra restringieron y la consecuencia fue el embate de las entidades de medicina prepaga que desmedida y abusivamente procedieron a determinar escandalosos aumentos en las cuotas de sus afiliados sin distinciones de edad u otra variables. Consecuentemente, se generaron múltiples acciones de amparo con medidas cautelares en todo el país. Sin perjuicio de ello, muchos

3 BYUNG-CHUL HAN, *La sociedad del cansancio*, Barcelona, Herder S.R.L., 2017. Dice el autor: “La actual sociedad del rendimiento, con sus ideas de libertad y desregulación, elimina en masa barreras y prohibiciones, que son las que constituyen la sociedad disciplinaria. La consecuencia es una deslimitación total y una falta completa de barreras; es más, una promiscuidad generalizada”, (p. 84). Para pensar...

pacientes dejaron de pagar o renunciaron al servicio por carencia de medios monetarios para afrontar las facturas que recibían con aumentos siderales.

En general las acciones prosperaron. Pero el gobierno en lugar de dictar un Decreto común, promovió acción por cartelización contra algunas empresas de medicina prepaga que luego ampliaba a otras y buscó que los incrementos de servicios se detuvieran y se repusiera a los clientes afectados las sumas que excedían parámetros establecidos. El decreto no dictado podía haber solucionado claramente los topes de cuotas y forma de devolución, pero no existió tal decreto y el juicio promovido arriba a una audiencia de conciliación entre empresarios y gobierno. El resultado fue nefasto. Se decretó una absurda devolución de cifras mal cobradas en forma gradual y se liberó a partir de julio de 2024 a las empresas que podrían aumentar las cuotas en base a pautas que, a la fecha, pocas cumplen y aumentan por encima del costo de vida o modifican planes a usuarios.

## 6. JURISPRUDENCIA

Como ya expuse, se promovieron muchas acciones judiciales. La mira principal –no única– estaba en lograr la inconstitucionalidad del DNU 70/23 con lo que sería retrotraer los montos que se abonaban. En ese espacio temporal, hubo restablecimiento de relaciones contractuales con algunos afiliados, cambio de planes, devoluciones ínfimas y desactualizadas, etc.

Sin embargo, en autos “Morsenti, Fernando Ismael c. OSDE s. Amparo colectivo –Inconstitucionalidad–” dictado el 16 de agosto de 2024 por la Cámara Federal de Paraná, Entre Ríos, decretó la inconstitucionalidad de dos artículos del DNU 70/23 que permitían aumentos sin participación ni control de la Superintendencia de Servicios de Salud y volvió a decretar que ese ente determinara los aumentos de las cuotas de prepagas. La Cámara Federal procedió a incluir la acción de amparo en el Registro Público de Procesos Colectivos, admitió a la Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC) como litisconsorte en el juicio y dejó sin efecto el acuerdo que las entidades de salud había suscripto con el Estado con relación a los cuotas mensuales de las prepagas. Este resultado se circunscribe a OSDE, pero es un antecedente o precedente a ameritar.

Con anterioridad, hubo distintos decisorios incluso algunos dictados por la Justicia Municipal de Faltas con competencia en derechos del consumidor de Gral. San Martín, también contra OSDE.

Hasta aquí hemos planteado nuestra preocupación por lo que hace a estos valiosos y complejos derechos de usuarios y consumidores cuyo escenario se amplía día a día y llevó a dictar disposiciones de *sobreendeudamiento* para atemperar los males padecidos por políticas macroeconómicas erradas, inflación,

controles de accionar abusivo por parte de empresas financieras, de salud, de comunicaciones, entre otras.

La Ley 27.742 solo se refiere a los normado en el art. 8° *bis* que hemos transcripto, pero dicho precepto deberá ser visto con atención porque la participación que impone a usuarios y consumidores no puede ser una simple expresión de deseos o un formulismo burocrático, debe efectivizarse plenamente.

## 7. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, las reformas a la Ley de Procedimientos Administrativos, son *a priori* positivas en un gran porcentaje. Son algunas de ellas producto de aceptar doctrina del Derecho Administrativo. Creemos que las regulaciones no se oponen a la libertad que como título expone la Ley 27.742, las mismas operan para que la libertad no se torne abusiva o bien que la libertad sea respetada en su justo medio. No soy partidario de colocar *nombres* a las leyes porque a veces llaman a confusión. Pero si creemos que en materia de usuarios y consumidores o, mejor dicho en quienes prestan servicios esenciales que puede o no dar el Estado o delegarlo, deben existir protocolos que impidan imponer condiciones abusivas a la parte más débil de la relación jurídica de servicios . Esas materias y sus operadores que hacen a los servicios que enumeré precedentemente, no pueden obrar con total libertad porque esa imperiosa libertad es un modo de cercenar la libertad de la parte más débil de la relación jurídica y frustrar a esa parte no pudiente su calidad de vida integral. Luchemos por el derecho siempre, pero recordemos que no existen derechos absolutos y ello en aras de una sociedad que merece respeto. Como cierre, vaya mi reconocimiento a la Justicia porque en ella descansa la credibilidad de quienes son actores de un complejo mundo nada disciplinado y poco humanizado...

---

NÉSTOR OSVALDO LOSA

Es Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Profesor Consulto de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Público Provincial y Municipal en varias Universidades. Exjuez y camarista de Faltas de CABA. Miembro Correspondiente del Instituto del Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Experto de CONEAU. Vocal de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de Universidad de Buenos Aires. Autor de 11 libros de Derecho Público.



## DE LO PROCEDIMENTAL A LO FORMAL: LA FUNCIÓN DE ATRACCIÓN DE CAPITAL Y LA LEY FORMAL

ESTELA B. SACRISTÁN

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

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Argumentos en contra de un “blindaje” de la ley que asegura el derecho, ante posteriores modificaciones, derogaciones o abrogaciones. 2.1. Limitaciones de la seguridad jurídica y la certeza jurídica. 2.2. No hay derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos. 2.3. Irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador. 2.4. Inviabilidad de autorrestricciones congresionales temporales. 3. Argumentos a favor de un “blindaje” de la ley que asegura el derecho, ante posteriores modificaciones, derogaciones o abrogaciones. 3.1. Derrotabilidad de la tesis de la ausencia de derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentaciones. 3.2. Límites a la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador. 3.3. Viabilidad de las autorrestricciones congresionales. 4. En síntesis.

### I. INTRODUCCIÓN

Enseña Fuller que “es deseable que las leyes permanezcan estables a lo largo del tiempo”<sup>1</sup>. Estabilidad, seguridad jurídica, previsibilidad: son todas nociones valiosas, propias de la faz moral del Derecho en su ropaje de productor de leyes de formidable relevancia cuando aseguran alguna garantía, derecho, beneficio o favor. Sin embargo, a los costados del camino legisferante, siempre pueden aparecer circunstancias, coyunturas, objetivos partisanos otrora minoritarios devenidos mayoritarios, en fin, todos aquellos factores que pueden inclinar las preferencias hacia la conveniencia de una modificación, derogación o abrogación de la ley anterior que otrora brindara sus garantías. Ello, en la creencia de que tal alteración es necesaria o conveniente. Los efectos son hartamente conocidos:

1 FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press., Storrs Lectures on Jurisprudence, Yale Law School, 1963, revised ed., p. 39, su célebre desiderata, ítem 7 (donde se refiere a la introducción de cambios tan frecuentes en las reglas que el sujeto no puede orientar su acción bajo ellas) y p. 44 (donde señala que es deseable que las leyes permanezcan estables a lo largo del tiempo).

desintegración de la confianza, rápido inventario de derechos adquiridos alterados gravosamente o eliminados, cálculo de pérdidas, reclamos administrativos y eventuales acciones judiciales, entre otros renglones.

Lo dicho cobra especial importancia cuando las que son modificadas o derogadas o abrogadas son leyes sobre actividad de fomento o estímulo. A modo de ejemplo, recordemos la litigación suscitada, en su momento, en torno a dos capítulos de la Ley 23.697<sup>2</sup> de 1989, en tanto suspendió subsidios y subvenciones previamente acordados y regímenes de promoción industrial.

En el marco de la Ley 19.549<sup>3</sup> de Procedimiento Administrativo de 1972, hay una norma que resulta de ineludible consulta en la presente temática: el que otrora conociéramos como art. 83 del Decreto 1759/1972, sobre “derogación de actos de alcance general”<sup>4</sup>, prescripción normativa de cuna reglamentaria que, más recientemente y con alguna leve modificación de su redacción, ha sido elevada al rango formal legal por virtud del art. 37 de la Ley 27.742, también llamada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases)<sup>5</sup>.

El citado artículo hoy se distingue por dos relevantes rasgos. En primer lugar, en tanto norma superadora del debido proceso formal para gobernar el debido proceso sustancial, sirviéndole de *norte* u orientación. Ello pues la mentada derogación, total o parcial, puede operarse, pero siempre “sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”. Segundo, el *upgrade* que ha merecido por virtud de la Ley 27.742 devela una preferencia por la previsibilidad y el compromiso por parte del legislador congresional, en especial en un marco que privilegia la estabilidad de las leyes.

2 Ley 23.697, B.O. 23/8/1989.

3 Ley 19.549, B.O. 27/4/1972.

4 Decreto 1759/1972, B.O. 27/4/1972, texto ordenado por Decreto 394/2017, B.O. 2/11/2017, art. 83: “Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”.

5 L. 27.742, B.O. 8/7/2024, art. 37: “Sustitúyese el artículo 18 de la ley 19.549 por el siguiente:

Artículo 18: Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos que pudieran haber nacido al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por sus titulares”.

Es claro que las leyes, caracterizadas por la obligatoriedad y la generalidad<sup>6</sup>, son también actos de alcance general (no de origen orgánicamente administrativo sino legislativo). De tal modo, lo prescripto en el artículo aludido se aplicaría no solo al acotado campo de los actos administrativos de alcance general, sino también –con más razón– a las leyes formales. Además, es claro que, si el supuesto normado se aplica a derogaciones, se aplicará, por extensión, a abrogaciones y modificaciones de la ley en tanto afecten derechos amparados en los términos de la norma transcrita.

La norma en cuestión, de originario linaje reglamentario, posteriormente llevada al rango legal formal, alude a una vía específica, indemnizatoria, a la que se puede acudir una vez en vigor la derogación total o parcial y con acreditación de los extremos fijados en el texto legal.

En este marco, y más allá del ámbito de aplicabilidad –restringido o amplio– del actual art. 18 de la Ley 19.549, podemos preguntarnos: ¿puede fijarse, en la ley formal, una suerte de “blindaje a futuro,” para que los derechos que asegure la ley queden a salvo de posteriores modificaciones o derogaciones o abrogaciones del texto legal por parte del legislador (y, al así disponerse, lograrse la neutralización del riesgo de correspondientes litigaciones que podrían suscitarse)?

En concreto, y en el campo de la actividad de fomento, ese interrogante, al momento de escribir estas líneas, puede verse originada en la Ley 27.742 o Ley de Bases<sup>7</sup> cuyo Título VII establece el Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI). Específicamente, su art. 178 establece que “El VPU [...] gozará de la garantía de estabilidad prevista en el capítulo VI del presente título por un plazo de treinta (30) años contados desde la fecha de adhesión”. A su vez, en el capítulo VI, art. 201, se prescribe: “Los VPU adheridos al RIGI gozarán en lo que respecta a sus proyectos, de estabilidad normativa en materia tributaria, aduanera y cambiaria, consistente en que los incentivos otorgados en los capítulos IV y V del presente título *no podrán ser afectados ni por la derogación de la*

6 SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Astrea, T. II, 2017, p. 313; CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, T. I, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Bogotá y Porto Alegre, Astrea y Rap, 2017, p. 2; CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 13ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2021, p. 165.

Respecto del carácter de generalidad, confrontar supuestos claramente reñidos con dicho carácter, como el de la Ley 23.062, B.O. 19/7/1984, art. 3º, de llamativo alcance particular: “Declárase comprendida en las previsiones de los artículos precedentes la situación de la ex presidente de la Nación, Dña. María Estela Martínez de Perón en orden a lo preceptuado en los artículos 18 y 45 de la Constitución Nacional, quien como otros presidentes constitucionales, fuera objeto de este tipo de sanciones y hasta de la privación ilegítima de la libertad, sirviendo la presente ley de instrumento de reparación histórica.”

7 Ley 27.742 (B.O. 8/7/2014) Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

*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. La estabilidad tributaria, aduanera y cambiaria prevista en el presente, junto con la estabilidad regulatoria prevista en el presente artículo, tendrá vigencia durante los treinta (30) años siguientes de la fecha de adhesión por parte del VPU [...]”<sup>8</sup>.*

En lo sustancial, se advierte vocación por brindar certeza o seguridad por parte del Congreso al establecerse la *garantía* de estabilidad por tres decenios en el art. 178. Y también se puede avizorar, en el aseguramiento de esa *garantía*, una suerte de implícita *autorrestricción* por parte de la rama legislativa. Es que, cumplidos los extremos normativamente fijados, el escenario *normativo*, correspondiente a esas *grandes inversiones*, a lo largo de la vigencia del beneficio, no puede ser alterado en los términos del art. 201 pues la estabilidad normativa se halla *garantizada* en el precitado art. 178.

De tal modo, de la norma citada surge un sentido de *autorrestricción* congresional, por tres decenios en los que la estabilidad normativa estará garantizada, independientemente de los supuestos de modificación más gravosa o derogación regulados por la ley. Y es por ello que podemos formular la pregunta más importante, de tenor constitucional, en derredor de tal régimen: ¿se halla habilitado, constitucionalmente, el Congreso, para autofijarse la limitación de tres decenios de inmodificabilidad normativa?

Puede aclararse que, si bien se puede formular esa pregunta en relación al tiempo (inmodificabilidad de la ley por cierto plazo temporal), también se la podría proponer, hipotéticamente, en punto a un condicionante (inmodificabilidad en la medida en que algo suceda o no suceda), o se la podría plantear en función del cumplimiento o incumplimiento de ciertos recaudos (inmodificabilidad en la medida en que se verifiquen dichos recaudos; modificabilidad en tanto no se den esos recaudos), entre muchos otros supuestos. También puede aclararse que modificabilidad es un término que genéricamente comprenderá, a efectos del presente, la modificación, derogación o abrogación normativa. Por ende, en el presente, *inmodificabilidad* o *blindaje* significará inviabilidad, para el beneficiario, de que se disponga la derogación, abrogación o modificación en los términos reglados respecto de la estabilidad garantizada por el régimen.

En este breve trabajo, y en la específica área delimitada, v.gr., las leyes que manifiestan la actividad estatal de fomento, me limito a repasar algunos posibles argumentos en contra de la tesis de la posibilidad de *blindaje* en pos de la inmodificabilidad de la ley que asegura los derechos (Sección II), para proceder a hacer lo propio con aquellos argumentos que sustentan la postura contraria, v.gr., aquella que funda la viabilidad de establecer, en la ley, protecciones o blindajes

8 El destacado no es del original.

del texto legal tendientes a su inmodificabilidad (Sección III). Finalmente, se vuelcan las conclusiones pertinentes y reflexiones finales (Sección IV).

## **2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE UN BLINDAJE DE LA LEY QUE ASEGURA EL DERECHO, ANTE POSTERIORES MODIFICACIONES, DEROGACIONES O ABROGACIONES**

En este apartado podemos considerar aquellos argumentos usualmente invocados para permitir la modificación —en los amplios términos consignados en la Sección I, *in fine*—, *ad libitum*, de aquellas leyes que otrora aseguraran un derecho. Los argumentos en cuestión hacen a la seguridad jurídica y a la certeza jurídica, de limitados alcances (ap. *a*); la carencia de un derecho a la inmodificabilidad del ordenamiento jurídico (ap. *b*); la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador (ap. *c*); en fin, la inviabilidad de las autorestricciones congresionales (ap. *d*). Repasemos, en forma muy sucinta, cada uno de estos argumentos.

### *2.1. Limitaciones de la seguridad jurídica y la certeza jurídica*

Ha afirmado la Corte Suprema que la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegablemente compete a los jueces<sup>9</sup>. Empero, en votos separados, el carácter no absoluto de la seguridad jurídica ha sido puesto de resalto para el supuesto de estado de emergencia en relación con contratos privados<sup>10</sup>. Ese carácter no absoluto

9 “Penta S.R.L. s/ apel. resolución de la Cámara de Alquileres”, Fallos: 242: 501, de 19/12/1958, p. 503 con cita de “Andriejewski, Antonio c/ Hijos de Paolo Autilio”, Fallos: 235: 826, de 19/9/1956, sobre efectos de la cosa juzgada.

10 “Ángel Russo c/ E. C. de Delle Donne s/ desalojo”, voto de los Dres. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, Fallos: 243: 467, de 15/5/1959, pp. 477-478: “... [L]as exigencias de la *seguridad jurídica*, base inmovible de nuestro ordenamiento, dentro del cual posee máxima jerarquía [...] no han sido desconocidas [...] En lo que aquí interesa, esas disposiciones legales únicamente suspenden hasta el 30 de junio de 1959 el cumplimiento de una sentencia firme que fue dictada el 24 de noviembre de 1958 [...] Que, con toda evidencia, la *seguridad jurídica* sería dañada si la ley alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial [...] No son inválidas ni atentan contra la *seguridad jurídica* las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, se limitan postergar durante breve lapso el instante en que comenzarán a producirse sus efectos, o sea que se reducen a suspender transitoriamente la exigibilidad de una obligación reconocida o creada por sentencia ejecutoriada”. (los destacados no son del original)

“Ángel Russo c/ E. C. de Delle Donne s/ desalojo”, voto de los Dres. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, Fallos: 243: 467, de 15/5/1959, p. 481: “En tiempos de grave trastorno económico-social, el mayor peligro que se cierre sobre la *seguridad jurídica* no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales, si el que sobrevendría si se la mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido pensadas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de patética ineficacia frente a la crisis. En un estado de emergencia, lo que el derecho premiosamente exige es que, con respeto de las condiciones antes señaladas, se ponga fin al estado de emergencia, cuya prolongación representa, en sí misma, el

de la seguridad jurídica también ha sido reafirmado, tradicionalmente, en materia de cosa juzgada<sup>11</sup>.

Igual carácter no absoluto se advierte, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en punto a la seguridad jurídica que podría generar la autoridad de los precedentes<sup>12</sup>.

---

mayor atentado contra la *seguridad jurídica*. [...] En otras palabras: si el Congreso resuelve que la paz y la tranquilidad pública son menos dañadas por la transitoria y razonable suspensión de los ‘procedimientos y lanzamientos’ que por la desprotección de miles de personas expuestas a la pérdida de las viviendas que ocupan, su decisión, lejos de transgredir el ordenamiento vigente, lo beneficia, en cuanto tiende a impedir que vitales intereses públicos permanezcan insatisfechos y, por eso, amenazantes contra la *seguridad jurídica*’. (los destacados no son del original)

“Amar Nadur c/ Francisco Borelli”, voto de los Dres. Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, Fallos: 243: 449, de 15/5/1959, p. 460: “Que idénticos principios fueron desarrollados por los abajo suscriptos en la causa ‘Ángel Russo y otra v. C. de Delle Donne’ resuelta el día de la fecha. Sostuvimos allí que, en tiempos de grave trastorno económico-social, el mayor peligro que se cierne sobre la *seguridad jurídica* no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales, sino el que sobrevendría si se la mantuviera en absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido pensadas para épocas de normalidad y sosiego, suelen adolecer de patética ineficacia frente a la crisis. En un estado de emergencia, lo que el derecho premiosamente exige es que, con respecto de las limitaciones constitucionales, se ponga final al estado de emergencia, cuya prolongación representa, en sí misma, el mayor atentado contra la *seguridad jurídica*. [...] En otras palabras: si el Congreso resuelve que la paz y la tranquilidad pública son menos dañadas por la transitoria y razonable suspensión de los ‘procedimientos y lanzamientos’ que por la desprotección de miles de personas expuestas a la pérdida de las viviendas que ocupan, su decisión, lejos de transgredir el ordenamiento vigente, lo beneficia, en cuanto tiende a impedir que vitales intereses públicos permanezcan insatisfechos y, por eso, amenazantes contra la *seguridad jurídica*’. (los destacados no son del original)

11 Ver “Wainer, Héctor Julio S.A.C.I.F.I. c/ Grynberg de Benkler, Ana y otros”, Fallos: 301: 1067, de 20/11/1979, publicado bajo forma de sumarios. “Mussano, María Isabel c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ amparo”, Fallos: 331: 1116, de 6/5/2008, consid. 8°: “Que si bien es cierto que el Tribunal ha conferido al instituto de la cosa juzgada jerarquía constitucional, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en las garantías de la propiedad y la defensa en juicio, también lo es que la Corte ha aceptado en forma excepcional, y precisamente en resguardo de la verdad material, de la *seguridad jurídica* y del derecho de propiedad, que la inmutabilidad de la cosa juzgada no tiene carácter absoluto (Fallos: 235: 728, 278: 85, 283: 66, 308: 1985, 327: 2321, entre otros)”. (el destacado no es del original)

12 Fallos: 248: 115, de 24/10/1960, “García de Thorndike, María Helena”, esp. consid. 7°: “[S]i bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la *seguridad jurídica*, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto.” (el destacado no es del original) Citado en Fallos: 329: 759, de 21/3/2006, “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios (reclamo por muerte de menor)”, consid. 4°, en el cual se cita Fallos: 183: 409, de 15/5/1939, “Baretta, Miguel c/ Prov. de Córdoba s/ repetición”.

En el marco de los supuestos aludidos precedentemente, el carácter no absoluto de la seguridad jurídica, en la jurisprudencia argentina, debilitaría la posibilidad de *blindaje*, sin o con plazo, de leyes ante posteriores modificaciones.

Similar afirmación podría formularse en punto a la *certeza jurídica*. Consagrada en “San Luis”<sup>13</sup> como habilitante del control judicial de razonabilidad y constitucionalidad no obstante el imperio de la tesis de la irrevisibilidad judicial del acierto o error de decisiones que incumben al área de política económica, la suerte de ese fallo no ha sido favorable: recordemos que “San Luis” fue derogado por “Bustos”<sup>14</sup> y “Massa”<sup>15</sup>.

## 2.2. *No hay derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos*

Una modificación –en los amplios términos ya explicados– de una ley, por parte, de una ley posterior, implicará una alteración del ordenamiento jurídico. En tal escena, si se vieran agraviados o eliminados derechos asegurados por el ordenamiento anterior a aquella alteración, constituirá casi un reflejo involuntario evocar la afirmación de que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, o un derecho adquirido a la inalterabilidad de los mismos. Además, “la reforma, o derogación, de una norma por otra de igual jerarquía, no constituye problema de índole constitucional”<sup>16</sup>.

13 Fallos: 326: 417, de 5/3/2003, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, consid. 55.

14 Fallos: 327: 4495, de 26/10/2004, “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”.

15 Fallos: 329: 5913, de 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/ PEN – Dto. 1570/2001 y otro s/ amparo”.

16 “Sucesión Mauricio Kiess s/ apelación (Impuesto Ganancias Eventuales)”, Fallos: 259: 377, de 21/9/1964, con cita de Manuel López Villanueva, Fallos: 256: 235, de 29/7/1963; “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Carrera, Héctor Manuel y/o Gobierno de la Nación s/ ordinario”, Fallos: 259: 432, de 29/9/1964, con cita de Manuel López Villanueva; “De Milo, Ernesto N. c/ Nación Argentina”, Fallos: 267:247, de 3/4/1967, consid. 7º; “Kremer y Kramer Hnos. c/ Nación Argentina”, Fallos: 268: 228, de 17/7/1967, consid. 4º y su cita de Milo; “Roberto Ángel Elgarrista y otro c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Fallos: 275: 130, de 27/10/1969, con cita de De Milo; “Ford Motor Argentina S.A. c/ Aduana”, Fallos: 283: 360, de 15/9/1972; “Ford Motor Argentina S.A. c/ Dirección Nacional de Aduanas”, Fallos: 288: 279, de 29/4/1974, p. 283; “González, Juan Carlos c/ Nación Argentina”, Fallos: 299: 93, de 1º/11/1977, consid. 7º; “Luis Magín Suárez”, Fallos: 310: 2845, de 29/12/1987, esp. consid. 17 *in fine*; “Enríquez, Leonardo c/ Mayoral, Juan Bautista”, Fallos: 310: 1924, de 29/9/1987; entre otros.

Se trata de un aserto aplicable tanto a leyes como a reglamentos<sup>17</sup>, cuando estos últimos no suscitan tutela ante la situación jurídica emergente de su discontinuación<sup>18</sup>.

La regla se expande hacia la práctica de los precedentes en tanto se entiende que la Constitución Nacional no exige la inmutabilidad de la jurisprudencia, pues si nadie tiene en principio un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes, con mayor razón tampoco lo tiene respecto de criterios jurisprudenciales o reglamentaciones judiciales.<sup>19</sup>

### 2.3. Irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador

Desde antiguo, la Corte Suprema ha entendido que corresponde al Congreso hacer las leyes y reglamentos convenientes para poner en ejercicio sus propios

17 “Luis Magin Suárez”, Fallos: 310: 2845, de 29/12/1987, esp. consid. 17 *in fine*. “Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo – medida cautelar”, Fallos: 329: 976, de 4/4/2006, esp. sección IV del dictamen de la Procuración General de la Nación, cuyos fundamentos y conclusiones la Corte Suprema comparte y hace suyos: “Arribado a este punto, es imperioso recordar que los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes, en tanto ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, se admitiría el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo. Al respecto, es pacífica la doctrina del Tribunal en torno a que ‘la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos’” con cita de: “De Milo, Ernesto c/ Nación Argentina”, Fallos: 267: 247, de 3/4/1967; “Kremer y Kramer Hnos. c/ Nación Argentina”, Fallos: 268: 228, de 17/7/1967, con remisión a De Milo; “Cooperativa Limitada Instituto Lomas de Zamora de Enseñanza c/ Nación Argentina”, Fallos: 291: 359, de 15/4/1975; “Mamerto Tinedo y otros c/ ENTel y otro”, Fallos: 308: 199, de 27/2/1986, publicado bajo forma de sumarios; “Héctor Jorge P. Carozzi c/ Nación Argentina (Ministerio de Defensa)”, Fallos: 311: 1213, de 26/7/1988, en los términos y condiciones a los que concluye la Procuración General de la Nación; “Clara María Isabel Linares c/ Carlos Alberto Descotte y otros”, Fallos: 315: 839, de 28/4/1992; “Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario”, Fallos: 318: 1531, de 15/8/1995; “Unola de Argentina Ltda. c/ Y.P.F. y BANADE s/ contrato de obra pública”, Fallos: 321: 2683, de 6/10/1998; “Neumáticos Goodyear S.A. (TF 8659-A) c/ A.N.A.”, Fallos: 323: 3412, de 9/11/2000; “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 325: 2875, de 5/11/2002. En igual sentido, “Massuh S.A. c/ Estado Nacional – Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos: 333: 2222, de 30/11/2010.

18 “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ B.C.R.A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 319: 2658, consid. 7°; “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 325: 2875, de 5/11/2002.

19 “Enriquez, Leonardo c/ Mayoral, Juan Bautista”, Fallos: 310: 1924, de 29/9/1987; “Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica c/ I.N.T.A.”, Fallos: 291: 463, de 30/4/1975, consid. 5°, y su cita de “S.A. Ford Motor Argentina c/ Dirección Nacional de Aduanas”, Fallos: 288: 279, de 29/4/1974, consid. 6° (el cuál sólo alude a ausencia de derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones); “Compañía de Electricidad de Los Andes S.A. c/ Municipalidad de Mendoza”, Fallos: 200: 485, de 27/12/1944, consid. 5°; “Miguel Holzmann y otra”, Fallos: 196: 492, de 1°/9/1943, consid. 3°; entre otros.

poderes, y todos los otros concedidos al Gobierno de la Nación<sup>20</sup>. A una diferente visualización de esa conveniencia podría seguir una modificación, derogación o abrogación de la ley anterior que otrora asegurara derechos.

A su vez, la jurisprudencia –con exacto criterio– considera que el terreno de las conveniencias es absolutamente extraño al Poder Judicial, hallándose éste limitado a “aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución”<sup>21</sup>. Más moderadamente, “...el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones”<sup>22</sup>.

Esa irrevisibilidad se transmite al juicio sobre clasificación de los sistemas económicos o rentísticos<sup>23</sup>, o a consideraciones de *técnica económica o financiera*<sup>24</sup>. A estos criterios se suma la no justiciabilidad de políticas legislativas<sup>25</sup>, así como la irrevisibilidad judicial de la oportunidad, mérito o conveniencia del legislador<sup>26</sup>.

Todos esos criterios vedarían o dificultarían, en extremo, en principio, la revisión judicial de la sola medida formalmente legislativa de índole modificatoria respecto de la ley anterior que asegurara derechos.

20 “Criminal c/ Ramón Ríos (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, robo y homicidio perpetrado a bordo del pailebot nacional ‘Unión’ en el río Paraná”, Fallos: 1: 32, de 4/12/1863; “Ramón Juan Alberto Camps y otros”, Fallos: 310: 1162, de 22/6/1987, consid. 12.

21 “Casado, Carlos c/ Municipalidad de Rosario de Santa Fe sobre devolución de dinero por pago indebido de un impuesto”, Fallos: 23: 37, de 5/2/1881; “Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires c/ Sánchez, José B, y otros”, Fallos: 210: 1153, de 21/5/1948; entre muchos otros.

22 “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas”, causa 6491, Fallos: 314: 424, de 14/5/1991.

23 “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (D.G.I.) s/ ordinario”, Fallos: 318: 676, de 4/5/1995; “Bombal, Domingo L. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 223: 233, de 31/7/1952; “Ayerza, Alejandro c/ Provincia de Córdoba”, 187: 495, de 26/8/1940; “Banco del Río de la Plata c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 210: 500, de 2/4/1948; entre otros.

24 “Petrus S.A. de Minas c/ Nación Argentina”, Fallos: 210: 855, de 28/4/1948.

25 “Tornese, Armando Antonio c/ Nación Argentina”, Fallos: 272:99, de 8/11/1968, consid. 11, y su cita de “Bustos Núñez, Manuel E.”, Fallos: 240: 223, de 28/3/1958; “González, Juan Carlos c/ Nación Argentina”, Fallos: 299: 93, de 1º/11/1977.

26 “Tornese, Armando Antonio c/ Nación Argentina”, Fallos: 272:99, de 8/11/1968; “Casabal, Apolinario Gerardo c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Fallos: 277: 25, de 10/6/1970; “González, Juan Carlos c/ Nación Argentina”, Fallos: 299: 93, de 1º/11/1977; “Pilaga S.A. c/ Provincia de Formosa s/ sumario”, Fallos: 347: 379, de 30/4/2024; entre otros.

#### 2.4. *Inviabilidad de autorrestricciones congresionales temporales*

A veces, las leyes establecen autorrestricciones que parece autoimponerse el legislador. A modo de ilustración, consideremos la Ley 27.631<sup>27</sup>, art. 6°, que fijó en forma explícita un claro plazo de inmodificabilidad<sup>28</sup>. En esta escena, resulta inevitable tener presente que, como afirmara la Corte Suprema, “el Poder Legislativo no se halla vinculado indefectiblemente hacia el futuro por sus propias autorestricciones”<sup>29</sup>. Este temperamento, en rigor, puede ser rastreado en antiguos, legendarios precedentes, como “Caffarena”, de 1871<sup>30</sup>, y “Banco de Londres”, de 1876<sup>31</sup>. De este modo, el Congreso, en una integración actual, no podría en modo alguno sancionar una ley vinculante hacia integraciones futuras tal que esa ley no pueda ser modificada o tal que sólo lo pueda ser modificada bajo ciertos recaudos. Tal postura, desfavorable hacia la posibilidad de que el Congreso se autolimita o autorrestrinja hacia el futuro, operaría, al menos, de cara a otras leyes futuras o posteriores.

De cara a otras leyes posteriores, la afirmación jurisprudencial transcrita permitiría que aquéllas, *ad libitum*, modifiquen leyes anteriores, aun cuando éstas establezcan plazos expresos de inmodificabilidad u otros recaudos tendientes a dificultarla. En el plano hipotético, un artículo como el de la Ley 27.631, transcripto, podría haber sido derogado, mediante otra ley, al día siguiente de su promulgación.

En esta línea argumental, que inviabiliza las autorrestricciones congresionales a futuro, jugarían un rol relevante, al menos, estas nociones:

27 Ley 27.631 (B.O. 4/6/2021) de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias y elecciones generales.

28 Ley 27.631, art. 6°: “La presente ley no podrá ser modificada ni derogada durante el año calendario en curso en tanto regula un derecho público subjetivo de los partidos políticos, instituciones fundamentales del sistema democrático, a elegir sus candidatos a los cargos electivos previstos en la Constitución Nacional.”

29 “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 325: 2394, de 20/9/2002; “Arias, Alejo Fernando c/ Instituto Nacional de Reaseguros Sociedad del Estado en liquidación Dto. 171/2002 s/ despido”, Fallos: 330: 4936, de 11/12/2007, del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema; “Boston Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ E. N. – A.F.I.P. s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 337: 1042, de 30/9/2014.

30 “Caffarena, José c/ Banco Argentino del Rosario de Santa Fe”, Fallos: 10: 427, de 21/9/1871, esp. p. 438: “...pues si, por una parte, carecen las Legislaturas de poder y de acción sobre los hechos pasados, carecen igualmente de facultad, por otra, para [...] abdicar su atribución, de manera que se inhabiliten para legislar en adelante, según las necesidades y según los intereses de la sociedad”.

31 “Banco de Londres y Río de la Plata c/ Provincia de Santa Fe por daños y perjuicios s/ falta de personería e incompetencia”, Fallos, del 8/2/1876, esp. p. 159: “Los privilegios en el caso presente tampoco fueron acordados indefinidamente, sino por tres años; y la ley que los acordó para todos, pudo lícitamente ser revocada por otra”.

- la regla básica de la democracia en tanto la autorrestricción congresional impeditiva de la modificación vedaría –durante su vigencia– recoger la experiencia *in interim*, enfrentar cambios inesperados y corregir errores de política (*policy*) incurridos<sup>32</sup>;
- el extremo de que una mayoría congresional circunstancial no podría, hoy, aprobar una ley contraria tal vez a los valores constitucionales básicos e impedir, por un cierto lapso de tiempo (breve o no), su modificación<sup>33</sup>;
- el Congreso en su actual integración puede hacer todo lo que constitucionalmente se halla habilitado para hacer, salvo vincular u obligar a las integraciones futuras del Congreso pues éste no puede “desarmar a sus sucesores de ninguno de los poderes o derechos de la soberanía confiados, por el pueblo, a ese cuerpo legislativo”<sup>34</sup>. En otras palabras, ese *desarmar a sus sucesores* significaría anular sus poderes;
- las sucesivas Legislaturas poseen los mismos poderes que sus predecesoras: “...estas últimas tienen que tener el mismo poder de derogación y modificación que las primeras tuvieron en cuanto a la aprobación de la ley, ni más ni menos. Todas ocupan, en este aspecto, una ubicación en perfecta igualdad”<sup>35</sup>;
- no se pueden hacer promesas legislativas a perpetuidad<sup>36</sup>;
- que el Congreso declare una política legislativa no significa que se prive del poder de modificarla<sup>37</sup>.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y como ya vimos, una ley puede ser lícitamente modificada, derogada o abrogada por otra<sup>38</sup>.

32 ROBERTS, John C. y Erwin CHERMERINSKY, “Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to professors Posner and Vermeule” *California Law Review*, Vol. 91, N° 6, 2003, 1173-1819 (esp. p. 1809).

33 Imaginemos leyes que decidan sacar a la venta tierras del Estado nacional a precio vil, con autorrestricción congresional tal que esas leyes no puedan ser modificadas, derogadas o abrogadas después de cierta cantidad de años, plazo que se podría cumplir ya concretadas íntegramente las ventas. Tomo el supuesto de POSNER, Eric A. y Adrian VERMEULE, “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, 2002, 1665-1705 ( esp. p. 1692).

34 “Ohio Life Insurance & Trust Co. v. Debolt”, 57 U.S. (16 How.) 416 (1853), esp. p. 431.

35 “Newton v. Commissioners”, 100 U.S. 548 (1879), esp. p. 563.

36 “Reichelderfer v. Quinn” et al., 287 U.S. 315 (1932), esp. p. 321, con cita de “Newton v. Commissioners”, cit.

37 “Reichelderfer v. Quinn” et al., 287 U.S. 315 (1932), esp. p. 318.

38 A modo de ejemplo, el ya citado “Banco de Londres y Río de la Plata c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 17: 156, de 8/2/1876, con remisión al dictamen de la Procuración General, esp. p. 159: “*Los privilegios en el caso presente tampoco fueron acordados indefinidamente, sino por tres años; y la ley que los acordó para todos, pudo lícitamente ser revocada por otra.*”

Esta ley, además, de disposiciones generales, y el decreto particular que la aplicó al Banco (...), no son un contrato que atribuya acciones de daños contra los Poderes Públicos.

### **3. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN BLINDAJE DE LA LEY QUE ASEGURA EL DERECHO, ANTE POSTERIORES MODIFICACIONES, DEROGACIONES O ABROGACIONES**

Desde una vereda opuesta, puede argüirse a favor de la posibilidad de que las leyes sean protegidas o *blindadas*, por el Legislador mismo, ante posteriores modificaciones. Esta postura, favorable a esa protección, puede basarse en diversas interpretaciones y doctrinas, tales como vencer la tesis de la carencia de derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentos (acápite *a*); identificar los límites a la doctrina de la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador (acápite *b*); y, en especial, demostrar la viabilidad de las autorres-tricciones congresionales con sustento jurisprudencial (acápite *c*). Veamos cada una de estas líneas argumentativas:

#### *3.1. Derrotabilidad de la tesis de la ausencia de derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentaciones*

La doctrina ya recordada en la sección precedente, acápite *b*) —por la que los cambios legales o jurisprudenciales no generan cuestión constitucional alguna— no carece de excepciones.

Así, en tanto se tenga derecho adquirido a cierta forma de pago, y la nueva norma rija a partir de su publicación;<sup>39</sup> en la medida en que el nuevo régimen previsto en un artículo de la nueva ley no tenga fundamento perceptible ni aparezca justificado por razón atendible;<sup>40</sup> cuando se vulneran derechos adquiridos y definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que se pretende aplicar la nueva ley;<sup>41</sup> cuando la alteración del régimen promocional instituido por el propio Gobierno importa desconocer los derechos acordados a las empresas y desvirtuar las finalidades que lo inspiraron;<sup>42</sup> cuando —en fin— mediaren

---

Esa ley, como el decreto, son actos de soberanía provincial, que si no se oponen a la Constitución, leyes y tratados de la Nación, ninguna autoridad puede revisar.”

Ver también mayoría, cons. 9º, y disidencia, cons. 10, en *Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo*, Fallos: 325: 2394, de 20/9/2002: “No hay obstáculo constitucional al para que el Poder Legislativo establezca, suprima o modifique tributos (u otro tipo de ingresos) en la ley de presupuesto. Las autolimitaciones que el Congreso ha emitido pueden ser modificadas o dejadas sin efecto, incluso en forma implícita. La ley de presupuesto es un acto de gran trascendencia política y la voluntad del Poder Legislativo no está limitada por actos preexistentes de igual jerarquía normativa.”

39 “Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 325: 2875, de 5/11/2002.

40 “Manuel López Villanueva”, Fallos: 256: 235, de 29/7/1963.

41 “Díaz, José M. y otros c/ Banco de Avellaneda S.A. s/ indemn. reincorporación al puesto”, Fallos: 270: 201, de 3/4/1968, cons. 4º, con cita de Fallos: 163: 155, cons. 1º; Fallos: 178: 431; entre muchos otros.

42 “Ford Motor Argentina S.A. c/ Aduana”, Fallos: 283: 360, de 15/9/1972.

situaciones creadas al amparo de las normas que puedan merecer la protección constitucional directa, como derecho fundamental.<sup>43</sup>

En estos supuestos, a una modificación –en los amplios términos aquí contemplados– de la ley anterior que asegurara derechos, se podría oponer la protección emergente de las interpretaciones jurisprudencial recordadas.

### 3.2. *Límites a la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador*

La postura deferente hacia el juicio de oportunidad del legislador, que podría llevarlo a modificar la ley anterior que asegura derechos, parece hallar una limitación sustancial en el *test* de racionalidad.

Según éste, “[e]l principio de racionalidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante su vigencia, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional.”<sup>44</sup>

Se trata de un principio que alcanza a todos los actos de gobierno<sup>45</sup>, con lo cual se aplica a las leyes también, y así se pudo verificar en “Itzcovich”<sup>46</sup>, en el cual se controló la subsistencia de la racionalidad de la norma en juego.

De este modo, si bien la modificación del derecho asegurado por la ley anterior no será revisable judicialmente en punto a las conveniencias tenidas en mira por el legislador, sí habría margen para la revisión judicial en vistas de la racionalidad de la modificación en el caso en concreto.

### 3.3. *Viabilidad de las autorrestricciones congresionales*

Más allá de aquellas limitaciones que, sobre el Congreso, establece una Norma Fundamental (como ser una mayoría especial, por ejemplo), corresponde aquí indagar en si el Congreso, en una integración actual, podría sancionar una ley vinculante hacia integraciones futuras, tal que esa ley no pueda ser modificada ni derogada, ni abrogada, por ej., por cierto lapso, o con sujeción a ciertas condiciones o recaudos, entre otros condicionantes.

Tal posibilidad puede ejemplificarse mediante esta breve muestra de “inmodificabilidades” expresas o implícitas, fijadas en normas:

43 “Ramón Juan Alberto Camps y otros”, Fallos: 310: 1162, de 22/6/1987, cons. 12.

44 “Banco Vicente López Coop. Ltda.”, Fallos: 308: 418, de 1°/4/1986, con cita de CARRIZO, Domingo y otros c/ Administración General de Puertos, Fallos: 304: 972, de 6/7/1982; Zalazar, Luis Humberto, Fallos: 305: 159, de 1°/3/1983; Flores, María Leonor y otros c/ Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A., Fallos: 307: 906, de 11/6/1985 y su cita de Carrizo.

45 “Cañete, Carlos Eusebio y otro s/ incidente de recurso extraordinario”, Fallos: 344: 3585, de 7/12/2021.

46 “Itzcovich, Mabel c/ ANSES s/ reajustes varios”, Fallos: 328: 566, de 29/3/2005.

- a) “Queda prohibido todo aumento de emisión de billetes inconvertibles desde la promulgación de esta ley, hasta el 1º de mayo de 1891, aunque dicho aumento se haya autorizado por ley general o por leyes especiales”<sup>47</sup>.
- b) “La exoneración a que se refiere el artículo anterior, regirá por un periodo de diez años, contados desde el día de la promulgación de la presente ley”<sup>48</sup>.
- c) “La Empresa estará exenta de todo impuesto nacional durante el término de treinta años (...).”<sup>49</sup>
- d) “La ejecución completa de la presente ley se llevará a cabo en un plazo no menor de cinco años (...).”<sup>50</sup>
- e) “Los emprendimientos mineros comprendidos en el presente régimen gozarán de estabilidad fiscal por el término de treinta (30) años contados a partir de la fecha de presentación de su estudio de factibilidad (...).”<sup>51</sup>
- f) “Los emprendimientos comprendidos en el presente régimen gozarán de estabilidad fiscal por el término de hasta treinta (30) años, contados a partir de la fecha de aprobación del proyecto. Este plazo podrá ser extendido (...) hasta un máximo de (50) años (...).”<sup>52</sup>
- g) “Esta normativa sólo será modificada o derogada por otra ley especial o por una ley general que específicamente así lo prevea.”<sup>53</sup>
- h) “El Poder Ejecutivo incluirá en el Presupuesto (...) durante diez años (...) un monto anual (...) el cual no será menor a pesos veinte millones.”<sup>54</sup>
- i) “[S]e encuentra prohibida la transferencia futura de [las acciones sujetas a expropiación] (...) sin autorización del H. Congreso de la Nación votada por las dos terceras partes de sus miembros.”<sup>55</sup>
- j) “La autorización exigida por el artículo 1º requerirá del voto de las dos terceras (2/3) partes de los miembros del Honorable Congreso de la Nación.”<sup>56</sup>

47 L. 2543, de 1889, autorizando al Poder Ejecutivo para constituir, en el Tesoro Nacional, un fondo equivalente a cincuenta millones de pesos oro, art. 23. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/280000-284999/283743/norma.htm>

48 L. 3863, de 1899, acordando privilegio a las primas de seguros agrícolas, art. 3º. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233064/norma.htm>

49 L. 3897, B.O. 18/1/1900, celebración de un contrato para la construcción de muelles en Patagones, Viedma, Roca, etc., art. 12.

50 L. 12672, B.O. 6/10/2006, de inversiones en armamentos para defensa nacional, art. 6º.

51 L. 24196, B.O. 24/5/1993, de inversiones mineras, art. 8º.

52 L. 25080, B.O. 19/1/1999, de inversiones para bosques cultivados, art. 8º.

53 L. 25174, B.O. 19/10/1999, de malla antigranizo, art. 13. Ver prórroga por L. 26459, B.O. 16/12/2008. Ver prórroga por Dto. 267/2019, B.O. 16/4/2019.

54 L. 25422, B.O. 4/5/2001, de régimen para la recuperación de la ganadería ovina, art. 16.

55 L. 26741, B.O. 7/5/2012, de reestatización de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, art. 10.

56 L. 27181, B.O. 6/10/2015, de protección de las participaciones sociales del Estado Nacional, art. 20.

k) “La presente ley no podrá ser modificada ni derogada durante el año calendario en curso en tanto regula un derecho público subjetivo de los partidos políticos, instituciones fundamentales del sistema democrático, a elegir sus candidatos a los cargos electivos previstos en la Constitución Nacional.”<sup>57</sup>

Podríamos agregar, a la muestra, evidencias procedentes de leyes de aprobación de tratados internacionales, o bien emergentes de decretos del Poder Ejecutivo, a mero título ilustrativo, pero es claro que ello excedería los límites del presente, acotado a las autolimitaciones del Congreso en leyes en general.

Volviendo a la muestra anterior, se detecta en ella un sentido de aceptación, por parte del Congreso; una aquiescencia por la que éste asume, prospectivamente, aquellos compromisos plasmados en el texto legal aprobado: acepta plazos mandatorios, que se presumirían vinculantes; acepta reglas sobre efectos de las leyes y dispone sobre ellos; acepta mayorías especiales a espaldas de la Constitución.

También se detecta, *prima facie*, en esa muestra, algo que conocemos a partir de los contratos: si un contrato puede –previa oferta y aceptación– vincular a las partes para el futuro (por ej., un contrato de obra pública, con una obra, de ciertas características, a construirse en cierto plazo futuro), podemos preguntarnos si plazos (como los de tres decenios) no implican, dada esa aceptación, una autolimitación congresional. Así las cosas, y a título ilustrativo, ¿por qué no admitir que, en el acuerdo o contrato de representación entre votantes y el Congreso, no pueda haber cláusulas de una ley que reglen para el futuro respecto de ese acuerdo, como ser disponer medidas de fomento, preanunciadas en una plataforma electoral, medidas que no puedan ser modificadas antes de cierto plazo, o en la medida en que no se opere cierta condición?

Algunos de los argumentos respectivos, favorables a la viabilidad legislativa de las prescripciones normativas del tenor de las de la muestra volcada más arriba, de núcleo autolimitativo, ya han sido estudiados por los profesores POSNER y VERMEULE.<sup>58</sup> Dichos autores incluyen, entre los muchos argumentos favorables a su procedencia, los siguientes:

- a) se cierran compromisos estatales creíbles<sup>59</sup>;
- b) se logra la mayor estabilidad que se pueda requerir en un área en particular<sup>60</sup>;

57 L. 27631, B.O. 4/6/2021, art. 6°.

58 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111: pp. 1665-1705.

59 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1671: “Entrenchment enables a government to make a credible commitment that it will not hold up a person (or firm or institution or country) from whom it seeks certain actions, and thus entrenchment makes it easier and cheaper for the government to control its relations with other entities.”

60 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1672: “When greater stability is needed in a particular

- c) se pueden reducir los costos de negociación política<sup>61</sup>;  
 d) el pueblo, sea de la época de la generación Fundadora o el público actual, puede desear que el Congreso ejerza influencia sobre el futuro<sup>62</sup>; entre otros.

Lo dicho puede ejemplificarse mediante un instituto por todos conocido: las obligaciones emergentes de un contrato administrativo. El Congreso podría, por ley, adoptando la técnica que nos ocupa, establecer que esas obligaciones no pueda ser posteriormente modificadas, o repudiadas, a título de ejemplo, por parte del Gobierno, salvo con sujeción a cierto lapso temporal, o en la medida en que se dé o no se dé cierta condición. Pues bien, en palabras de POSNER y VERMEULE, la técnica congresional autorrestrictiva puede hallar justificación suficiente en materia contractual:

- a) puede establecerse una cierta supermayoría para modificar contratos de empréstito público, y, por ende, el acreedor podría verse satisfecho con una tasa de interés menor<sup>63</sup>;  
 b) así como el directorio de una sociedad comercial puede comprometer a directorios futuros respecto de una relación contractual, por qué no esperar lo mismo del Congreso<sup>64</sup>;  
 c) desde el punto de vista teórico, los contratos del gobierno –contratos administrativos, diríamos nosotros– y las leyes en las que el Congreso se autolimita son similares<sup>65</sup>.

(i) *Efectos*

Lo dicho, por cierto, develaría efectos de dos órdenes en materia de soberanía congresional:

---

*area, entrenchment is the appropriate response.”*

61 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1686: “If there are political or logistical costs to repealing legislation-and there surely are-then an earlier Congress ‘binds’ a later Congress by enacting legislation that cannot be costlessly repealed or changed, except in those instances when it provides for the legislation to expire on its own.”

62 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1689: “If the people want Congress to have power-and the ‘people’ surely want that, whether the people are the Founding generation or a current public-then they want Congress to be able to influence the future.”

63 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1671.

64 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1688-1689.

65 POSNER, Eric A. – VERMEULE, Adrian (2002) “Legislative Entrenchment: A Reappraisal” *Yale Law Journal*, N° 111, p. 1700.

Primero, implicaría reconocer o admitir cierta “soberanía a futuro” en el legislador, con base, tal vez, en el acuerdo electorado-Congreso antes mencionado, o fundada en alguno de los argumentos enumerados.

Segundo, y desde el punto de vista de lo que conocemos como “tesis de la soberanía del legislador,” se advierte que la limitación congresionalmente autoimpuesta –sujeción a un plazo temporal o condicionamiento en pos de la inmodificabilidad de la ley anterior que asegura derechos– deparará una herida fulminante en tal tesis: quedará neutralizado este verdadero dogma que, en palabras de Juan Carlos Cassagne, ha venido a significar una modificación en el esquema de poderes, afectando la estabilidad de los contratos.<sup>66</sup>

*(ii) Compatibilización*

¿Cómo se entendería, en el Congreso, la coexistencia de una “soberanía a futuro” para autolimitarse o autorrestringirse, y, al mismo tiempo, de una “neutralización” de la rousseauniana “tesis de la soberanía del legislador” como auto-limitación en punto a sancionar una ley de cualquier contenido, como ser modificatorio de la ley que asegura derechos?

Entiendo que se trata de dos clases de soberanía, ubicadas, mutuamente, en una relación de inversa proporcionalidad. Una es prospectiva, autoreferente respecto del Congreso, mira hacia el futuro y autolimita a ese órgano constitucional para construir certeza, certidumbre o seguridad. La otra se apreciará retrospectivamente, al término del plazo o concretado el condicionamiento, y será evaluada por su resultado efectivamente limitador en vistas de la restricción otrora autoimpuesta.

*(iii) Quid de la soberanía del Legislador para autorrestringirse, a la luz de la jurisprudencia argentina*

El análisis de la constitucionalidad de las dos clases de soberanía del legislador del apartado precedente merecería un trabajo por separado. Baste decir que la primera, “soberanía a futuro” o “soberanía para autolimitarse o autorrestringirse” es, tal vez, la que aparece como más llamativa en el plano del Derecho constitucional. Sin embargo, su quicio de adecuación constitucional podría fundarse en

<sup>66</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2021) *Curso de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 13ª. edición actualizada y ampliada, t. II, p. 347: “La Revolución [de 1789] vino a romper esa situación de estabilidad de los contratos como consecuencia del dogma de la soberanía del Poder Legislativo sobre las relaciones convencionales, lo que implicó no solo una modificación en el esquema de poderes, sino que, también, colocó a la ley por encima del contrato, haciendo posible la continua alteración de la fuerza obligatoria contractual.”

decisiones previas del Congreso, específicamente de índole “anulatoria,” oportunamente examinadas y avaladas por la Corte Suprema.<sup>67</sup> En efecto:

- a) si el Congreso argentino ha podido anular leyes de facto anteriores,<sup>68</sup> temperamento avalado por la Corte Suprema<sup>69</sup>, y
- b) si dicho Congreso ha podido anular leyes anteriores<sup>70</sup>, que habían sido oportunamente convalidadas en cuanto a su constitucionalidad<sup>71</sup> o aplicadas por la Corte Suprema<sup>72</sup> y que habían sido posteriormente derogadas<sup>73</sup>, y
- c) si la jurisprudencia de la Corte Suprema convalidó el temperamento, b)<sup>74</sup> v. gr., si dicho Alto Tribunal convalidó la anulación, por el Congreso, de leyes anteriores derogadas, con más razón podrían admitirse, en cabeza de la rama

67 Sobre las leyes que se citan a continuación, cabe remitir a numerosos estudios, como: RIVERA, Julio César (2003) “Anulación de leyes por el Congreso” *La Ley* 2003-E: pp. 1505-1506; GARCÍA MANSILLA, Manuel José (2003) “¿El Congreso tiene facultades para anular una ley?” *El Derecho*, t. 204: pp. 622-630; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (2005) “Dictamen sobre los tratados internacionales y la supremacía de la Constitución Nacional” en *Anales*, pp. 354-355. Disponible en: <http://academiaderecho.org/wp-content/uploads/2019/01/Anales-2005.pdf> (último acceso: 19/7/2024); GENTILE, Jorge Horacio (2005) “El Congreso, según el caso Simón, ¿puede anular leyes?” *El Derecho Constitucional*, t. 2005: pp. 265-275 Disponible en: <http://www.profesorgentile.com/n/el-congreso-segun-el-caso-simon-puede-anular-leyes.html> (último acceso: 20/7/2024); BIANCHI, Alberto B. (2007) *La Corte liberal. La Corte de Alfonsín*, Buenos Aires: Ábaco, pp. 30-38 y 91-97.

68 Ver L. 22924, B.O. 27/9/1983, de medidas políticas y normativas tendientes a sentar las bases de la definitiva pacificación del país. En 1983, por L. 23040, B.O. 29/12/1983, de Pacificación Nacional, art. 1º, se declara “*insanablemente nula la ley de facto 22924*.”

Puede compararse la L. 23.062, B.O. 19/7/1984, por cuyo art. 1º se priva de “*validez jurídica*” a ciertas normas y actos administrativos.

69 Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, Fallos: 309: 5, de 30/12/1986, esp. p. 51, y sus citas.

70 L. 23.492, B.O. 29/12/1986, de Punto Final, y L. 23.521, B.O. 9/6/1987, de Obediencia Debida.

71 Ver Causa Dto. 280/1984 del P.E.N. – Camps, Ramón Juan A. y otros -, Fallos: 310: 1162, de 22/6/1987, esp. p. 1236, donde se declara la constitucionalidad de la L. 23.521 de Obediencia Debida.

72 Ver Jofré, Julia J. s/ formula denuncia –inc. sobreseimiento y extinción de acción penal–, Fallos: 311: 80, de 11/2/1988, donde se aplica la L. 23.492 de Punto Final, declarándose extinguida la acción penal respectiva disponiéndose la libertad del imputado.

73 Ver L. 23.492, B.O. 29/12/1986, de Punto Final, y L. 23.521, B.O. 9/6/1987, de Obediencia Debida. En 1998, el Congreso, por L. 24.952, B.O. 17/4/1998, art. 1º, derogó “la ley 23.492,” y, art. 2º, derogó “la ley 23.521.” En 2003, el Congreso, por L. 25.779, B.O. 3/9/2003, art. 1º, declaró “*insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521*.”

74 Ver “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad etc.” – causa N° 17768, Fallos: 328: 2056, de 14/6/2005, donde se declara la validez de la L. 25.779 o ley anulante, v.gr., se convalida que el Congreso, por ley, anule dos leyes que ya estaban derogadas, y donde, además, se declara “la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521,” leyes que se hallaban

Legislativa, poderes para autolimitarse o autorrestringirse, como lo hiciera en los ejemplos de la muestra brindada. Ello pues, primero, quien puede lo más, puede lo menos; segundo, la jurisprudencia recién repasada, en especial la del apartado c), “Simón”, de 2005, es posterior al ya reseñado *obiter* de “Zofracor”, de 2002, con lo que puede colegirse que modifica a éste último.

Tal posibilidad competencial, de autorrestricción congresional, se perfila adecuada en punto a determinadas materias, como ser aquellas que requieren desplegar disciplina económico-financiera, conservar compromisos, respetar la palabra pactada, honrar plazos y condiciones y, en general, venerar los beneficios derivados de las inversiones y velar por los derechos adquiridos en los términos en que la jurisprudencia los ha conceptualizado desde antaño<sup>75</sup>. Se trata, como

---

derogadas por la L. 24.952, de 1998, y “a todo evento,” se declaran “de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521”.

Ver “Mazzeo. Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, Fallos: 330: 3248, de 13/7/2007, en el cual, al analizarse judicialmente el indulto presidencial (Dto. 1002/1989, B.O. 10/10/1989) a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad (cons. 9º, con cita de Simón, y cons. 16), se declaró la inconstitucionalidad del decreto y se resolvió que prevalece el deber internacional del Estado, de investigar y establecer responsabilidades y sanciones (cons. 10, 19, 32, *in fine*, y 36, *in fine*). Todo ello, sacrificándose el principio de irretroactividad de la ley penal, la prohibición de doble juzgamiento, la cosa juzgada, la prescripción penal.

75 De “Martin, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos: 296: 723, de 28/12/1976, cons. 7º: “Si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría inadmisibles consecuencia de que la titularidad de un derecho individual vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacer ese derecho.

Cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, como que son la causa eficiente del nacimiento de estos (...) se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa. No se trata, por cierto, de atender a la mera contingencia fáctica de un hecho (...) sino a la virtualidad jurídica que les asigna la ley y cuando esa virtualidad se ha actualizado en la realidad, el efecto se ha concretado e individualizado, entrando en la categoría de situación pasada y con sumada. Y entonces el legislador no puede desconocerla con posterioridad, porque no son consecuencias futuras de situaciones existentes (...), sino situaciones consolidadas con derechos adquiridos e incorporados al patrimonio de su titular con raigambre constitucional (...).”

En similar sentido, Aguinaga, Fermín Luis María c/ Nación, Fallos: 296: 719, de 28/12/1976; Partido Comunista s/ acción de amparo, Fallos: 318: 567, de 26/4/1995; Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: ‘Smith’, Fallos: 325: 28, de 1/2/2002; Jugos del Sur S.A. c/ Estado Nacional (Mº de Econ. y de Obras y Serv. Púb.) s/ juicios de conocimiento, no publicada en Fallos, de 12/8/2008; Saiz, Jorge A. c/ AFIP – DGI s/ ordinario, Fallos: 345: 876, de 30/8/2022; entre otros.

sabemos, de derechos adquiridos que el Legislador de la Ley de Bases ha tenido especialmente en consideración<sup>76</sup>.

Admitir la inmodificabilidad, inderogabilidad o inabrogabilidad de leyes –por cierto lapso o con sujeción a otros condicionamientos–, en tanto derivada de la potestad congresional para autolimitarse más allá de las diferentes composiciones del mismo, o tal como lo hace en la Ley de Bases en su art. 201 respecto del *RIGI*, brinda, como resultado, impulsar y eficientizar la captación de capitales extranjeros y la promoción de industrias (art. 75, inc. 18 Const. Nac.), y coadyuvar a la reducción de los costos de litigación con más eficaz administración de Justicia (art. 114.6, Const. Nac.).

#### 4. EN SÍNTESIS

Al inicio de este trabajo, recordando a Fuller y reparando en el régimen del *RIGI* de la Ley de Bases, me preguntaba acerca de la posibilidad de que se “blinde” a la ley que asegura derechos frente a una posterior modificación, derogación o abrogación en los términos ya aludidos (sección 1).

Los argumentos en contra de tal posibilidad fueron analizados en la sección 2. Las leyes –cualquiera fuere su contenido, pero, en especial, en tanto establecieran regímenes que trasuntan intervención estatal mediante la técnica de fomento–, parecerían potencialmente desprotegidas ante posteriores modificaciones, derogaciones o abrogaciones en los términos aludidos. Colaborarían con tal aserto un cierto carácter relativo de la noción de seguridad jurídica; la ausencia, en principio, de un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones o a la inmutabilidad del precedente; un limitado rol revisor del órgano judicial, en tanto no serían pasibles de escrutinio judicial las razones de oportunidad del legislador; y, en general, la tesis de la inadmisión de las autorrestricciones congresionales, con sus múltiples fundamentos.

Sin embargo, los argumentos francamente favorables a la posibilidad de que el Congreso blinde ciertas prescripciones normativas hallan su correspondiente sustento, y los mismos se estudiaron en la sección 3. Sostiene esa posibilidad: primero, la endeblez de la tesis de que nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentos; segundo, el carácter limitado de la tesis de la irrevisibilidad judicial de las razones de oportunidad del legislador; tercero –y más importante aún–, aquella práctica congresional, convalidada por nuestro Máximo Tribunal, de la cual puedo inferir que la rama Legislativa, que ha podido anular leyes –incluyo leyes que ya estaban derogadas–, bien puede autolimitarse,

<sup>76</sup> Ver, ilustrativamente, L. 27.742 (B.O. 8/7/2014) ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, art. 154, *in fine*, por el cual “las modificaciones de esta ley o de la reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo nacional o de las resoluciones que emita la autoridad de aplicación no tendrá efecto alguno respecto de las autorizaciones de exportación firmes de GNL concedidas, excepto que estas sean más favorables a la exportación.”

expresa o implícitamente, en la ley misma en tanto *qui potest minus, potest plus*, y considerando la jurisprudencia específica aplicable ya desbrozada.

Tal posibilidad de autolimitación actualiza, en la realidad, las expectativas de largo plazo que el *RIGI* de la Ley de Bases requiere y establece, amén de servir de vehículo para llevar adelante elevados cometidos congresionales, hoy esenciales, de rango constitucional (art. 75, inc. 18 y art. 114.6, Const. Nac.).

El historiador francés Marc Bloch decía: “El pasado es, por definición, un dato que nada en el futuro cambiará. Pero el conocimiento del pasado es algo progresivo que está constantemente transformándose y perfeccionándose”<sup>77</sup>.

Repasar, analizar e interrelacionar tanto los poderes que el Congreso ha podido desplegar, más allá del control o contralor de constitucionalidad para anular, como poder soberano, leyes anteriores incluso ya derogadas, y la interpretación jurisprudencial respectiva, bien alcanza para sostener la viabilidad de autorrestricciones legislativas expresas o implícitas corporizadas en prolongados pero necesarios extremos temporales como los contemplados en el régimen de incentivo para grandes inversiones, o *RIGI*, previsto en la Ley de Bases.

#### ESTELA SACRISTÁN

Es Doctora en Derecho por la UBA, Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (UCA) y Abogada por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Profesora de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, la Universidad Austral, la UCA y el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética (CEARE), entre otras instituciones argentinas y extranjeras. Secretaria del Instituto de Derecho Administrativo y miembro del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Autora de un libro basado en su tesis doctoral sobre tarifas de los servicios públicos, y autora o coautora de más de 260 publicaciones.

<sup>77</sup> BLOCH, Marc (1992) *The Historian's Craft*, Manchester: Manchester University Press., Peter Putman, trans., p. 48.



## LA DOBLE GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DERECHO A UNA DECISIÓN FUNDADA Y MOTIVACIÓN. SU IMPACTO EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

ANA SALVATELLI

Profesora de la Facultad de Derecho, Coordinadora del  
Posgrado en Derecho Administrativo y Administración  
Pública, Universidad de Buenos Aires;  
Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas  
de la Auditoría General de la Nación.

SUMARIO: 1. Doble garantía de fundamentación: decisión fundada y motivación. 1.1. Derecho a una *decisión fundada* como parte de la tutela administrativa efectiva. 1.2. Apuntes sobre la motivación. 1.3. La doble garantía de fundamentación. 2. Impacto en la discrecionalidad administrativa. 3. Ley de Bases: lo que se ve y lo que no se ve. 4. Una inquietud final.\*

Es ciertamente positiva la incorporación del principio de la *tutela administrativa efectiva* dentro del elenco de principios fundamentales del procedimiento administrativo, como resultado de la modificación que introdujo la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos<sup>1</sup> (en adelante, Ley de Bases), a través del artículo 1 *bis*, en la Ley 19.549 (en adelante, LNPA).

Se trata ni más ni menos que de la *constitucionalización* de dicho procedimiento, que muy tardíamente acusa el impacto de la incorporación de los tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (artículo 75,

\* Adaptación de lo expuesto en el Seminario “Bases para la Libertad en el procedimiento administrativo argentino”, organizado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho UBA, que tuvo lugar el 27 de agosto de 2024. Agradezco muy especialmente al Dr. Enrique Alonso Regueira y al Dr. Leandro Martínez, por la invitación.

1 BO N° 44030/24 (08/07/2024).

inciso 22 CN). Este letargo venía siendo señalado por la doctrina<sup>2</sup> y la jurisprudencia<sup>3</sup> mucho antes de la modificación que abordamos ahora, lo que justificó la reinterpretación del principio del “debido proceso adjetivo” otrora establecido en el artículo 1º inciso f) de la LNPA, a la luz de esta tutela convencionalizada.

En efecto, ante la expresa incorporación en la Ley de Bases, se señala ahora que “el principio de “tutela administrativa efectiva” es el nuevo nombre de la garantía del “debido proceso adjetivo” que contenía el texto original de la LPA. Él hace pendant con la recalificación de la tradicional garantía constitucional de la defensa en juicio como “tutela judicial efectiva”, establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos que fuera incorporada en la Carta Magna (a nuestro juicio con no menor extensión que la garantía tradicional) en la reforma constitucional de 1994”<sup>4</sup>.

Ahora bien, en lo que importa a estas reflexiones, nos interesa destacar que, además de ser establecida como principio fundamental del procedimiento administrativo, la tutela administrativa efectiva fue también expresamente receptada como requisito esencial del acto administrativo, al incorporarse en el artículo 7 inciso d) LNPA (conf. Ley 27.742) con el siguiente alcance (parte pertinente): “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: 1) 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 (...)”.

Es cierto, esto no representa una novedad bajo la interpretación que arriba apuntamos, porque desde mucho tiempo atrás se sostenía que aunque no fuera mencionado por la LNPA, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el artículo 18 de la CN, resultaba una suerte de procedimiento insoslayable cuando los derechos de un particular pudieren resultar afectados, y así, el “debido procedimiento previo”

2 Ver CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 86 y sig. Se ha sostenido, con este alcance, que los tratados internacionales de derechos humanos han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que prescribían los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, obligando a la aplicación de sus principios, los que se proyectan a todas las instituciones del Derecho Público (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho Público (constitucional y Administrativo)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021, p. 623).

3 CANOSA, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, en comentario al fallo CSJN “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER -decr. 310/98 amparo ley 16.986”, 14/10/04, publicado en RAP N° 323, p. 78.

4 MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, La Ley 12/7/2024, 1 (TR La Ley AR/DOC/1777/2024).

como requisito esencial de los actos administrativos, se identificaba con la garantía de la tutela administrativa efectiva<sup>5</sup>.

Pero sí lo que advertimos, es que ahora se consagró legalmente una *doble garantía* de fundamentación en el dictado de los actos administrativos porque, siempre sobre la base del carácter supranacional de la tutela administrativa efectiva y su expresa incorporación a la Constitución Nacional a través del artículo 75 inciso 22, arriba indicado, el requisito de *motivación* de los actos administrativos (artículo 7 inciso *e*) LNPA) también aparecía conectado con la misma garantía<sup>6</sup>, por el derecho de las personas de obtener una decisión fundada<sup>7</sup>.

Consecuentemente, y más allá de advertir que no podemos extendernos aquí sobre cada uno de estos tópicos con la profundidad que requeriría, sí pretendemos reflexionar sobre los alcances de la vinculación que existe entre el *derecho a una decisión fundada* –como parte de la tutela administrativa efectiva exigida como debido procedimiento previo–, y la motivación (artículo 7 incisos *d*) y *e*) LNPA conf. Ley 27.742) de los actos administrativos, particularmente cuando se ponen en juego facultades discrecionales.

A ello nos referimos en los párrafos siguientes.

## I. DOBLE GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN: DECISIÓN FUNDADA Y MOTIVACIÓN

### 1.1. *Derecho a una decisión fundada como parte de la tutela administrativa efectiva*

La *tutela administrativa efectiva*, además de ser definida como “garantía”, en el sentido que la titulariza el particular que se vincula con la Administración y ello implica como contrapartida que esta última es el “sujeto obligado” a su cumplimiento, fue señalada, desde un punto de vista práctico, como *informativa* y *estructurante*<sup>8</sup> del procedimiento administrativo como tal.

Nos importa esto último porque permite comprender, gráficamente, que ella pone de manifiesto el recorrido (*íter*) propio, o etapas, de cualquier trámite que se plantea ante la Administración, de cara al dictado del acto administrativo decisor.

5 COMADIRA, Julio Pablo, “El acto administrativo. Introducción y noción. Su regulación en la LNPA”, AAVV *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, Cicero, Karina (Directora) Tomo I. Procedimientos Administrativos. Thomson Reuters, 2015, Buenos Aires, p. 122.

6 CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327: 4185

7 Como preveía artículo 1º inciso *f*), apartado 3) de la LNPA: “Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

8 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 86 y ss.

En efecto, en primer lugar, el derecho a ser oído como derecho de acceso (inicio del procedimiento), y clara manifestación del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades (artículo 14), con proyecciones sobre otros institutos tales como la legitimación, la vista, publicidad de los actos y transparencia, notificaciones y plazos, recursos; en segundo lugar, el *durante* –o sustanciación– del procedimiento, mediante la posibilidad de ofrecer y producir pruebas de los hechos en los que se sustenta la pretensión, con el correlativo deber de la Administración de producir la prueba necesaria para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva. Finalmente, el derecho del particular de obtener una decisión fundada, en tiempo útil, como culminación del procedimiento como tal.

Respecto de esto último, y justamente por tratarse del dictado del acto que resuelve el trámite y apunta a la conclusión del procedimiento, es que el apartado 3) del inciso a) del nuevo artículo 1bis de la LNPA, establece: “(...) 3) *Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso*”.

Se advierte así que el derecho a una decisión fundada, tiene un doble aspecto<sup>9</sup>.

Primero en cuanto *derecho a una decisión*, que implica la obligación de resolver como contracara del derecho de peticionar, y se vincula con el carácter de obligatoriedad de la competencia atribuida a los órganos administrativos<sup>10</sup>. Con tal alcance, el particular tiene derecho de obtener una decisión como resultado de un procedimiento llevado en legal forma, una decisión que debe contemplar todas las peticiones y alegaciones.

Como se dijo, el derecho de petición se explica por sí mismo, porque supone en el que peticiona la convicción de que la autoridad a quien se dirige tiene plena facultad para acordar o negar lo solicitado, y por lo mismo, que asiste un derecho subjetivo del administrado para obligar a la administración a dictar resolución expresa<sup>11</sup>.

En efecto, este derecho incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del estado, los denominados órganos extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de servicios públicos y si bien no implica el derecho de obtener lo peticionado, sí una respuesta –aunque sea negativa– de aquella<sup>12</sup>. Así está previsto

9 Seguimos aquí a CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativos: recursos y reclamos*, Astrea-Ediciones Rap, 2014, p. 165 y sig.

10 Ver COMADIRA, Julio R. *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 157.

11 GRECCO, Carlos M. “Sobre el silencio de la Administración”, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 259, 261 y 262.

12 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 6ta ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 171.

en el artículo XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que dispone “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener una pronta respuesta”.

De esta forma, esta primera parte de la fórmula “decisión fundada” nos habla del dictado del acto decisor en sí, que hay que decirlo, intenta conjurar la generalización del silencio<sup>13</sup> como práctica habitual tanto para las peticiones en general como para la resolución de recursos administrativos en particular.

El segundo aspecto es que esa decisión ha de ser fundada: no alcanza con invocar una norma, la facultad que me da esa norma, sino que debo motivar, explicitar los motivos por los cuales decido lo que decido. “Expresa consideración”, dice la ley, que abarca lo que se pidió, o que se probó y cómo y porqué resuelvo en uno u otro sentido. De esta forma, la motivación se enraíza en el derecho inviolable de defensa que asegura la Constitución nacional y las constituciones provinciales<sup>14</sup>, como veremos en el punto que sigue.

## 1.2. *Apuntes sobre la motivación*

Se ha dicho que 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: la fundamentación o motivación del acto no es 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<sup>15</sup>.

La LNPA (conf. Ley de Bases) establece en el artículo 7° inciso *e*) que el acto administrativo “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso *b*) (Causa: sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) del presente artículo”.

Esta redacción no es novedosa y nos remite a un tema de profundo interés doctrinario y jurisprudencial, cuyo abordaje excede estas breves reflexiones, por lo que vamos a limitarnos a apuntar lo que consideramos más importante para poder avanzar en nuestro análisis.

13 Anticipaba el mismo autor que la aplicación de esta garantía convencional al procedimiento administrativo importaba un cambio sustancial, entre otros, en el instituto del silencio administrativo al acotar su aplicación, al menos en su versión negativa, y también en materia de recursos, por el deber de expedirse (CANOSA Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 100).

14 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 99.

15 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 38.

(i) *¿Qué es motivar?*

La acción de motivar se refiere al juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo –antecedente que provoca el acto, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa– y ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad<sup>16</sup>.

(ii) *¿Por qué motivar?*

El fundamento de la motivación se vincula con la forma republicana de gobierno que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 1º, porque implica la publicidad de los actos de gobierno, que permite que los habitantes del país conozcan no solo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué así actúa<sup>17</sup>. En efecto, desde el punto de vista constitucional la motivación es una exigencia sustentada en el régimen republicano y en los valores que inspiraran al constituyente. El dar cuenta de las razones por las que se decide no significa sino manifestación del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, esto es, de darlos a conocer, oportuna e íntegramente<sup>18</sup>.

En sentido coincidente, se dijo que en un régimen republicano representativo de gobierno, los actos de aplicación de la ley se tienen que motivar, aun cuando no exista una norma específica que lo establezca como deber, pues los funcionarios tienen que justificar las decisiones que adoptan respecto de la *res publica*, como principio general<sup>19</sup>.

(iii) *¿Para qué motivar?*

Se ha sostenido<sup>20</sup> que la motivación tiene tres finalidades: que la Administración dé cuenta de sus decisiones; que éstas puedan ser controladas tanto en sede administrativa como judicial y que el particular pueda ejercer su

16 TAWIL, Guido S. – Monti, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 2.

17 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 130.

18 SACRISTÁN, Estela, “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2002, p. 65 y ss.

19 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 117.

20 IVANEGA, Miriam “El acto administrativo en el régimen nacional argentino: las bases constitucionales de sus requisitos esenciales”, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 13/5/2013, p. 7.

derecho de defensa, siendo este elemento exigencia de buena administración dentro de la vigencia del Estado constitucional de Derecho.

(iv) *¿Alcanza a todos los actos?*

De la lectura de la LNPA se extrae la imperatividad de que todos los actos administrativos, de manera que los actos administrativos de alcance individual como los de alcance general y reglamentos, deben estar necesariamente motivados<sup>21</sup>. Como agudamente señala este mismo autor, esto se refuerza en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Silva Tamayo”<sup>22</sup>, donde se señala expresamente que la exigencia de la motivación es para *todos* los actos administrativos.

(v) *¿De quién es la carga?*

Se ha dicho que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme 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<sup>23</sup>.

(vi) *¿Cuándo se motiva?*

No es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso judicial una motivación con la que no se trabajó en el expediente, ni le corresponde a la autoridad judicial reconstruir una decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento. Por lo mismo, se sostiene que permitir que la motivación *a posteriori* cure la ausencia total de motivación anterior al dictado del acto, viola

21 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 140 y 148, con sus citas. A diferencia de lo así previsto, el mismo autor refiere que, por ejemplo, en Costa Rica, delimita los actos que requieren motivación: los que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos; los que resuelven recursos; los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso; los reglamentos y actos discrecionales en general y los que deban serlo en virtud de ley.

22 CSJN, Fallos: 334:1909 “Silva Tamayo, Gustavo E. c/ EN- SIGEN Resol. 58/03 459/03 s/Empleo Público”, 27/12/2011

23 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M. “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, citado por Alonso Regueira, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 42, cita 39.

el propósito de la LNPA que procura que las potencialidades intelectuales de la administración se apliquen a la decisión de las cuestiones planteadas, y no a la justificación de las decisiones ya tomadas<sup>24</sup>.

Sobre esto último es útil referir la decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en el caso “Reta”<sup>25</sup>, en el que la demandada, recién en la instancia judicial, intentaba justificar la decisión por la cual dispuso el cese del interinato del actor, un director que había sido designado interinamente años atrás. Señala que dicho acto “*debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido, sin que esa conclusión se vea modificada por la invocación de las razones que la demandada intenta hacer valer tardíamente en este proceso relativas a la situación de crisis económica y social que habrían dado origen al dictado de una serie de medidas de emergencia, pero que no fueron expresadas en la oportunidad pertinente.*”

(vii) *¿Es susceptible de grados?*

La doctrina ha destacado que cuanto mayor es la discrecionalidad, mayor es también el deber que tiene la Administración de motivar el acto, pues está obligada a expresar claramente las causas que la llevaron a adoptar esa decisión y el razonamiento seguido<sup>26</sup>.

Por lo mismo, los actos primordialmente reglados pueden estar motivados en forma mínima, incluso con la sola cita de la norma en la que se sustentan<sup>27</sup>.

En definitiva entonces, decrece en su exigencia este requisito frente a determinados actos administrativos y acrece cuando aparecen actos de sustancia discrecional o que niegan o son ablatorios de derechos, entre otros<sup>28</sup>.

(viii) *¿Tiene formas rígidas?*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que, si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, ella debe adecuarse, en cuando a la modalidad de su

24 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 729.

25 CSJN Fallos: 347:737, “Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan / civil y comercial –varios”, 02/07/2024

26 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 114.

27 TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 61.

28 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 148.

configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, por lo que no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos<sup>29</sup>.

El motivo debe ser real y adaptado a cada caso discutido, no pudiendo limitarse a utilizar frases típicas o fórmulas prefabricadas. En general se admite que la motivación pueda ser breve, pero a condición de que resulte concreta y precisa<sup>30</sup>.

Suele presentarse en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto remita a informes o dictámenes previos que encunan por qué –de hecho y de derecho– del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado<sup>31</sup>. En otras latitudes, a modo de ejemplo, se ha establecido legalmente que la motivación puede satisfacerse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto<sup>32</sup>.

Al respecto, es interesante el análisis de este punto con perspectiva convencional, en el sentido que la falta de motivación como vicio del acto administrativo podría ser subsanado a posteriori, salvo que haya generado un impacto de tal envergadura que impida un reexamen en profundidad de las argumentaciones o evidencias relacionadas con la decisión<sup>33</sup>.

#### (ix) ¿Cuándo es suficiente?

La motivación del acto administrativo debe, para ser considerada suficiente, referirse ineludiblemente –en forma clara– a los hechos y fundamentos de derecho tenidos en cuenta para adoptarlo y la expresión del razonamiento que, a partir

29 CSJN “Lema, Gustavo A. c/Estado Nacional –Ministerio de Justicia de la Nación s/ juicios de conocimiento en general”, 14/6/2001, del dictamen del Procurador General al que se remite la Corte, considerando V, y sus citas.

30 TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 61 y 62.

31 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, 10ed., FDA, Buenos Aires, 2009, T. I, X-28.

32 COVIELLO, Pedro, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales”, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, en remisión a la legislación peruana, p. 136.

33 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 116-119 y sus citas.

de aquéllos, se ha seguido para adoptar la decisión<sup>34</sup>. La redacción debe ser precisa, razonada y clara; cualquier argumentación no es suficiente, como tampoco lo es la mera transcripción de los antecedentes<sup>35</sup>.

A modo de ejemplo, se ha establecido expresamente en las leyes de procedimiento administrativo de otros países que no son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que debe hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada<sup>36</sup>. O también que, deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

También se sostuvo que no puede pretenderse que la administración escriba un artículo de doctrina y una relación pormenorizada de los hechos propia de una demanda judicial como considerandos de cada una de sus decisiones; una enumeración sucinta de los motivos, con mención de los principales hechos y argumentos relevantes en que se funda el acto que escape de las fórmulas abstractas y remanidas (“consideraciones de interés público”) y contestando los principales argumentos del particular en lugar de rechazarlos con el latiguillo de que ellos “no conmueven” la posición del Fisco, debe ser suficiente para considerar cumplido el recaudo<sup>37</sup>.

### 1.3. *La doble garantía de fundamentación*

Por lo expuesto hasta aquí, la modificación introducida por la Ley de Bases en el procedimiento administrativo se traduce en una regla expresa de doble garantía de fundamentación de los actos administrativos. De un lado, el derecho a una decisión fundada que forma parte de la tutela administrativa efectiva agenciada como debido procedimiento previo para todos los actos administrativos, y del otro, la clásica motivación como requisito esencial de estos últimos (conf. Artículo 7º, incisos *d*) y *e*), LNPA).

Justamente la garantía del derecho a una “decisión fundada” que integra la tutela administrativa efectiva, impacta de lleno en los alcances que debe tener

34 TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 8

35 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires.

36 COVIELLO, Pedro, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales”, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, ver especialmente las referencias de Uruguay (p. 135) y Perú (p. 136).

37 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 729.

motivación del acto a partir de lo actuado a lo largo de todo el trámite; más aún, viene a explicitar los alcances que ha de tener para resultar válida: todas las peticiones, lo propuesto, las defensas y alegaciones, las pruebas ofrecidas y rendidas, su mérito, todo ello en el contexto del marco jurídico concretamente aplicable.

En efecto, el acto se dicta como colofón del procedimiento y guarda con éste un vínculo, por eso su motivación ha de ser *relacional*, en el sentido de que su coherencia interna y racionalidad exige que ponga de manifiesto esa vinculación, con una justificación completa y fiel de lo sucedido en el procedimiento, de la información en la que se basa, con una argumentación racional<sup>38</sup>.

A su vez, no deben perderse de vista los restantes principios fundamentales del procedimiento que han sido incorporados en el actual artículo 1bis de la LNPA, con directo impacto en la garantía que venimos analizando, estos son, los principios de juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad, buena administración, buena fe y confianza legítima.

En línea con ello, recordemos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ha permitido introducir una marcada dimensión individual en el derecho administrativo, cuyos intereses son considerados como “intereses tutelados por los derechos fundamentales” y que ello se pone de manifiesto en el principio de prohibición de exceso, en particular por medio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y de los criterios de adecuación y exigibilidad, así como los principios de igualdad y de protección de la confianza legítima<sup>39</sup>.

De esta forma, la relación que finalmente se establece entre los distintos elementos esenciales del acto administrativo aparece reforzada, y nos brinda el marco de la garantía en toda su extensión, en favor de las personas que se vinculen con la Administración pública.

Finalmente es un deber (jurídicamente exigible) de las Administraciones públicas asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones del goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona en un plazo razonable, en el que se garantice el derecho a ser oído en un sentido amplio para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada<sup>40</sup>.

38 IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 32 a 34.

39 SCHMIDT- ASMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 89.

40 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Astrea, 2022, p. 160 con cita de precedentes convencionales.

## 2. IMPACTO EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como sabemos, a pesar del gran desarrollo de los estudios doctrinarios sobre la discrecionalidad administrativa, tanto en nuestro país<sup>41</sup> como en otras latitudes<sup>42</sup>, no parece agotarse la búsqueda del sentido de sus alcances y del control que ha de recaer en su ejercicio, destacándose especialmente una renovada e interesante mirada crítica sobre su “ocaso”, ante la pérdida del atributo o funcionalidad original, que estaba orientado a definir qué podía ser controlado judicialmente<sup>43</sup>.

Sin pretender extendernos aquí sobre un tema de tanta trascendencia, sí nos importa destacar algunas variables vinculadas al impacto de esta doble garantía de “decisión fundada” y “motivación”, sobre el ejercicio de aquella.

Porque recordemos, la motivación del acto administrativo adquiere especial relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades preponderantemente discrecionales, pues en éstos la Administración debe explicar, más que en cualquier otros, por qué (causa) y para qué (fin) lo emite, explicitando,

41 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, y del mismo autor, “Discrecionalidad: muerte y resurrección”, AA.VV., *El control de la Actividad Estatal I*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, CABA, 2016; BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed. Tomo I, pp. 869 y sig.; SESÍN, Domingo, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, 1994, y del mismo autor, *Control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica*, Cátedra jurídica, CABA, 2023; CASSAGNE, Juan Carlos – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Temas de Derecho Público. Legalidad, discrecionalidad, sistema y control judicial*, IBdeF, Montevideo, 2017; FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, 202; Tawil, Guido S. *Administración y Justicia*, Depalma, 1993, p. 371/372; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 411; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, T. 1, 10ed., FDA, Buenos Aires, 2009, X-11 y s.; COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 500 y .ig. Nos remitimos también a nuestros trabajos “Discrecionalidad y después. Estándares de control de la PTN, CSJN y CIDH”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, p. 153 y “Apuntes sobre la discrecionalidad técnica y su control judicial”, *Revista Temas de Derecho Administrativo*, Carlos F. BALBÍN (Dir.). ERREIUS, 6/9/2024.

42 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, ed. Tecnos, 1994, Madrid; GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ira ed., Thomson Civitas – La Ley, Buenos Aires, 2006; Laguna de Paz, Carlos “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo (REDA)* 186 (julio-septiembre 2017), 2017; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de la Administración Pública* N° 196, Madrid, enero-abril 2015; TRABAGLIA, Juan I. *Discrecionalidad administrativa: permisión, racionalidad arbitraria y teoría de la decisión*, ed. Olejnik, Chile, 2020.

43 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 69 y sig.

además, su razonabilidad, esto es, la adecuada proporcionalidad que debe mediar entre el qué del acto (objeto) y su fin (para qué)<sup>44</sup>. En efecto, aun cuando la motivación tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión, su estricta configuración es, sin embargo, particularmente exigible, cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma<sup>45</sup>.

Se ha dicho también que en las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la Administración la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales: primero, deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que sin motivación, el acto aparece como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que es incompatible con el Estado de Derecho, y segundo, por la tutela judicial efectiva o garantía de defensa, pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo que incluye el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada, según lo expresa el artículo 1º inc. f) de la LNPA (en su anterior redacción)<sup>46</sup>.

Además de la doctrina, la exigencia de motivación aparece calificada también respecto de estos actos por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, con sustento en los principios republicanos que imponen a la administración dar cuenta de sus actos, los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes ven afectados sus derechos y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad<sup>47</sup>.

Como sabemos, esta es la posición ya inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, iniciada con el recordado precedente “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los

44 COMADIRA, Julio Pablo, “El acto administrativo. Introducción y noción. Su regulación en la LNPA”, AAVV *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, Cicero, Karina (Directora) Tomo I. Procedimientos Administrativos. Thomson Reuters, 2015, Buenos Aires, p. 124.

45 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 510.

46 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 241.

47 C. Nac. Cont. Adm. Fed, sala 3º, “Hughes Fool Company S.A. v. Estado Nacional”, 11/9/1984, publicado en JA 1985-II, síntesis (Lexis Nexis N° 2/38044). Ver la exhaustiva reseña que formula Coviello, Pedro, ob. citada, p. 141 y sig.

Derechos Humanos”<sup>48</sup>, en el que, partiendo de la “naturaleza discrecional del acto impugnado”<sup>49</sup>, sostuvo el Máximo Tribunal que debía darse por superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal –por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad–, admitiéndose que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo podía resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma.

Por eso agrega que, ya se ha abandonado la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, con el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados. No existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciados dice la Corte Suprema, sin únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa, por lo que no se puede hablar –como decíamos al inicio de este trabajo–, de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien, de una cuestión de grados.

La doctrina del caso indica, consecuentemente, 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 y la finalidad del acto, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

Como advertimos, se corre el velo de aquella reserva de ejercicio de facultad discrecional por el órgano estatal, para dar paso a una fiscalización desde el acto discrecional como tal, que en sus elementos reglados, contiene, necesariamente, una evaluación sobre la legitimidad o juridicidad del accionar estatal en el supuesto de que se trate.

Esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se consolidó a lo largo de los años en precedentes tales como “Lema”<sup>50</sup>, “Scarpa”<sup>51</sup>, y

48 CSJN, Fallos 315:1361 (23/6/1992).

49 El caso se trata de una acción de amparo por la que la actora perseguía la reposición de un espacio de radio que el Director de la emisora (LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca) levantó sin expresión de causa, bajo la sola invocación de “razones de programación”.

50 CSJN Fallos: 324:1860, “Lema, Gustavo A. c/Estado Nacional –Ministerio de Justicia de la Nación s/juicios de conocimiento en general”, 14/6/2001

51 CSJN Fallos 342:1393 “Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986”, 22/08/2019.

especialmente “Schneidermann”<sup>52</sup> –todos casos vinculados a empleo público–, entre los que también se destaca “Silva Tamayo”<sup>53</sup>.

Más recientemente nos interesa destacar el caso “Reta”<sup>54</sup>, que como anticipamos, trata sobre la decisión adoptada por una Universidad nacional a través de la cual se dispuso el cese del interinato del actor, un director que había sido designado interinamente años atrás. Y no hay dudas, dice el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema –a cuyos fundamentos se remite la mayoría del Máximo Tribunal–, que dicho acto debía cumplir con el requisito de motivación, y que no podía sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de un órgano administrativo para remover a una persona del cargo para el cual había sido designada, aun con carácter transitorio o precario, lo exima de cumplir los recaudos que para todo acto administrativo exige el art. 7º de la ley 19.549. Señala que dicho acto “debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido (...). Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar la ausencia de las razones que lo justifiquen por el hecho de haberse ejercido facultades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia mayor de la debida motivación”.

Así las cosas, se ha sostenido que el reconocimiento expreso por parte de nuestros tribunales –y en especial de la Corte Suprema– de que existen actos mixtos, con elementos reglados y aspectos de carácter discrecional, es un gran avance para posibilitar su control judicial, a la vez que, la admisión de que el ejercicio de las potestades discrecionales comienza con el examen de los aspectos reglados de los actos administrativos, no sólo contribuye a mejorar aquél control sino que también asegura el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares que garantiza la Constitución Nacional<sup>55</sup>.

52 CSJN, Fallos 331:735, 8/4/2008. Ver asimismo “Micheli, Julieta E. c/ Estado nacional – Mº de Justicia DDHH –Resol. 313/00 s/empleo público”, 15/12/2009; “Arzúa, Horacio Ricardo c/Estado nacional – Administración de Parques Nacionales –resol. 11/2000” (en este caso la Corte Suprema dispuso el incumplimiento de las pautas formales de la Acordada 4/2007, anticipando la vinculación del caso a lo resuelto, nuevamente, en el precedente reseñado más arriba) 11/3/2011; “Granillo Fernández, Alejandro José c/ Min. de Justicia y Derechos Humanos - PEN s/ restitución”, 14/8/2012. Fallos: 331:735, criterio reiterado en la causa CSJ 342/2012 (48-V)/CS1 “Villar, Lisandro Nelson c/ COMFER s/ contencioso administrativo”, resuelta el 16 de junio de 2015.

53 CSJN, Fallos: 334:1909 “Silva Tamayo, Gustavo E. c/ EN- SIGEN Resol. 58/03 459/03 s/Empleo Público”, 27/12/2011.

54 CSJN Fallos: 347:737, “Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan s/ civil y comercial –varios”, 02/07/2024; Fallos: 346:1471, “Poggio, María Marta c/Procuración Gral. de la Nación y otro s/Varios”, 07/12/2023; Fallos: 346:854, “Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ Contencioso” 17/08/2023, entre otros.

55 VINCENTI, Rogelio W. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad*,

A ello le sumamos ahora, producto de la modificación que introduce la Ley de Bases en el procedimiento administrativo, que la tutela administrativa efectiva debe garantizarse no sólo desde la motivación del acto, sino desde el derecho a una decisión fundada como parte del debido procedimiento previo a su dictado, operando ambas como doble garantía para blindar los actos discrecionales de una adecuada fundamentación, dado que su alcance y contenido debe resguardar los estándares que aquella garantía impone.

### 3. LEY DE BASES: LO QUE SE VE Y LO QUE NO SE VE

Con lo dicho hasta aquí, y volviendo nuevamente sobre la Ley de Bases, nos preguntamos si ella menciona el término “discrecionalidad” y en su caso, en qué contexto, como para entender la eventual aplicación de la doble fundamentación exigida por la norma.

La respuesta es afirmativa, ya que en el artículo 177, bajo el título que regula el RIGI (Régimen de Incentivo para las Grandes Inversiones), con relación a la presentación de una solicitud de adhesión y el plan de inversión por parte del VPU (vehículo de proyecto único), establece (parte pertinente): “(...) La decisión sobre la aprobación o el rechazo por parte de la autoridad de aplicación se basará en la información incluida en la solicitud de adhesión, en el plan de inversión y de la evaluación que la autoridad de aplicación realice en los términos previstos en la presente ley. La decisión al respecto no será discrecional, y respetará la garantía de igualdad ante la ley de todos los solicitantes, respetándose uniformidad y coherencia en los criterios de otorgamiento”. Luego agrega que en los casos que medie rechazo, “(...) el acto administrativo deberá incluir de manera expresa y clara las razones en virtud de las cuales se funda dicho rechazo”, y seguidamente, fija el estándar de esa motivación en concreto, enunciando las variables que *únicamente* puede invocar la autoridad para fundar el acto<sup>56</sup>.

---

*División de Poderes y Control Extrajudicial*, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 331.

56 Detalla la norma a continuación: “ (...) a) El incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en la presente ley; b) No alcanzar el monto de inversión mínima requerido; c) Un excesivo e injustificado plazo propuesto como fecha límite para cumplir con el monto de inversión mínima en activos computables; d) Un monto de inversión en activos computables inferior al requerido como inversión mínima durante el primer y segundo año posteriores a la fecha de notificación del acto administrativo de aprobación del plan de la adhesión al RIGI y del plan de inversión; e) La falta de información adecuada o esencial en el plan de inversión; f) La ausencia de permisos relevantes o esenciales para la ejecución del plan de inversión y/o la incertidumbre o largo plazo para su obtención que pudieran hacer peligrar la factibilidad del proyecto en los tiempos propuestos; g) Una clara y evidente imposibilidad de dar cumplimiento al plan de inversión de la manera planteada por el VPU a criterio de la autoridad de aplicación, sea en términos de factibilidad técnica, económica y/o financiera; y/o h) La determinación por parte de la Autoridad de Aplicación de que el ingreso al RIGI por parte del VPU solicitante generaría una distorsión en el mercado local. El rechazo de

Vemos así que la ley delimita exhaustivamente los contornos de la motivación que debe portar el respectivo acto, limitando el ejercicio de la discrecionalidad. De esta forma, la norma, sin reglar el objeto del acto ni por ende transformar esta facultad en una de tipo reglado, predetermina un marco de alternativas para que la autoridad opte, limitando su ejercicio en función de los intereses públicos y privados que están en juego ya que, en definitiva, el eventual rechazo del proyecto presentado incide negativamente en el derecho del particular<sup>57</sup>. El titular de este último, por lo mismo, goza de una expresa tutela legal en cuanto a los alcances de los fundamentos que el acto ha de expresar a tales fines.

En dicho contexto, parece tomar sentido la idea de discrecionalidad administrativa como “facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”, en el sentido de interpretarla no desde la perspectiva del control, sino desde la perspectiva de actuación, en el que la administración debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación –objetivos y fines deducibles de la programación contenida en la ley; derechos fundamentales de la Constitución, principio de proporcionalidad e igualdad, y evaluación de oportunidad, eficacia económica o rentabilidad–, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada<sup>58</sup>.

Ahora bien, por fuera de esta intersección expresa entre discrecionalidad y alcances de la garantía de fundamentación, que en línea con la tutela administrativa efectiva, exige la flamante Ley de Bases en el caso indicado, nada aparece en su texto que permita vincular la misma garantía a la protección en concreto de los derechos humanos de las personas. De hecho, la ley engloba la referencia a estas últimas bajo el término “administrados”<sup>59</sup>.

Por eso no podemos dejar de señalar en esta oportunidad, bajo la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consolidada a lo largo de estos años, que también hay una *frontera* para el ejercicio de la discrecionalidad estatal, en el debido resguardo de los derechos humanos de las personas. En los antecedentes que citaremos a continuación aparece un límite enfocado en los sujetos vulnerables amparados por la convencionalidad, porque los entiende como los más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos.

---

la solicitud de adhesión al RIGI no podrá ser recurrido. Sin embargo, el VPU tendrá derecho a presentar un nuevo plan de inversión respecto del mismo proyecto y someterlo nuevamente a consideración de la autoridad de aplicación hasta dos (2) veces más dentro del mismo año calendario”.

57 Ver MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 711.

58 SCHMIDT-ASMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 220 y sig.

59 Ver artículos 1 *bis* incisos a) y c) *in fine*, 11, 12, 17, 23, 24 y 31.

Al respecto, vale referir, en primer término, la Opinión Consultiva N° 4/85<sup>60</sup> de la CIDH, motivada en una consulta sobre una modificación de la Constitución de Costa Rica que restringía las condiciones de acceso a la nacionalidad en dicho país, en la que se expresa, en lo que aquí importa, que: “El derecho internacional de los Estados impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de protección integral de los derechos humanos”.

Con respecto a este mismo derecho a la nacionalidad, sostuvo el mismo Tribunal<sup>61</sup> que: “La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humano, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”.

En materia de aplicación de sanciones a los agentes estatales, sostuvo la Corte IDH<sup>62</sup>: “...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 otro lado, con relación a los derechos económicos sociales y culturales, la Corte IDH ha indicado<sup>63</sup> que “estos son, sin duda, los derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Ante esta situación, a través de diversas decisiones,

60 Corte IDH Opinión Consultiva OC-4/84 (19/1/1984) s/Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)).

61 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

62 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, doctrina reiterada en Caso Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

63 Ver documento “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre 2007.

el SIDH se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal”. Y que en razón de ello, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal, teniendo siempre en cuenta el respeto de los derechos humanos en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, en los que la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

Un ejemplo de la aplicación de esta doctrina a nivel local es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en el caso “Q. C., S. Y.”<sup>64</sup>, en el que la actora, por derecho propio y en representación de su hijo menor discapacitado, demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin que, en resguardo de sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en diversos tratados incorporados a esta última, le proporcionara alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, y le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservando su integridad familiar. El Máximo Tribunal, tras referir el marco normativo constitucional y convencional aplicable al caso, sostuvo que existía una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos, que en el caso se configuraba por la amenaza grave para la existencia misma de la persona (niño discapacitado, con una madre en situación de calle). De allí que la razonabilidad imponía, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, que los poderes atiendan las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Según la Corte Suprema, esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces. Concluye así entonces que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, lo que significa que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

64 La Ley 28/5/2012, 10 con nota de Gil Domínguez, Andrés, “Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna”, en Sup. Adm. 2012 (junio) 45, DJ 8/8/2012; CARNOTA, Walter “El difícil camino hacia la vivienda digna (Opciones entre la discapacidad y el presupuesto), y en DJ 2013-6-12, 16, CLARO AHARGO, Ana “Derecho a la salud y discapacidad. La protección de los más vulnerables”.

#### 4. UNA INQUIETUD FINAL

El dictado de la Ley de Bases conmueve a la disciplina, y nos obliga a ahondar en sus institutos e intentar forjar nuevos estándares para su adecuada interpretación. Como se ha dicho, en el campo del Derecho se llevan a cabo, cada tanto, transformaciones que modifican instituciones caducas y dan vida a nuevos principios creando reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue la adaptación o cambio del sistema jurídico<sup>65</sup>.

Es positivo que el procedimiento administrativo se constitucionalice y recepcione principios que, como la tutela administrativa efectiva, gozaban de un reconocimiento amplio jurisprudencial y doctrinario, pero sin anclaje legal.

Al mismo tiempo, no se debe perder de vista que una modificación como esta es estrictamente a favor de las personas que se vinculan con la administración, que no es otro que el origen del procedimiento como tal, como continente de límites que se imponen en el obrar administrativo. En este sentido, detectamos que la modificación en la ley brinda una garantía doble de fundamentación para el dictado de los actos administrativos, a partir de la expresa vinculación que se establece entre el derecho a una decisión fundada y la motivación, como requisitos esenciales de aquéllos.

Lo que queda por ver, a medida que se instale el paradigma que la ley representa en su conjunto, es si la libertad a la que se refiere es la de los que siempre fueron fuertes ante la administración, o si también efectivamente incluye a los que están en desigualdad de armas<sup>66</sup>. ¿Porta la Ley de Bases una suerte de contra reforma a la reforma constitucional del 1994, en algunos de sus aspectos? ¿Está realmente llamada a brindar garantías más extensas, convencionalizadas, a favor de las personas humanas?

Es lo que nos queda transitar, dejo planteada la inquietud.

---

ANA SALVATELLI

Es Abogada y doctoranda por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesora Adjunta de grado en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Procuración del Tesoro de la Nación; en las Universidades Nacionales de Rosario; de Tres de Febrero y del Comahue; en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Salta.

65 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho Público (constitucional y Administrativo)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021, p. 621.

66 Ver con relación a este principio MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 162 y sig.

Coordinadora de la Carrera de Especialización y de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación. Autora de numerosas publicaciones sobre la especialidad, la más reciente, el libro *El Estado Responsable*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2024.



# REORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY 27.742 DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS, TÍTULO II CAPÍTULO I

GABRIELA ANDREA STORTONI  
Directora de la Maestría en Abogacía del  
Estado y del Instituto de Derecho Público,  
Universidad Nacional de Tres de Febrero.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes: La impronta de la Reforma del Estado de la Ley 23.696. 3. Comentarios al Artículo 2: La delegación legislativa. Breves referencias. Las bases de la delegación. 4. Comentarios al Artículo 3. Alcances de la modificación y reordenamiento de la administración pública. 5. Comentarios al Artículo 4.- Las Sociedades del Estado. La etapa preparatoria de la estatalidad a las variables de gestión privada. 6. Comentarios al Artículo 5.- Destino de fondos fiduciarios en la nueva ley. 7. Comentarios al Artículo 6.- Intervención de organismos de la administración. 8. Conclusiones y comentarios finales sobre la aplicación de las nuevas herramientas. 8.1. La posición de Cassese sobre la aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional”. 8.2. La doctrina de la política de la diferencia de Iris Marion Young. 8.3. Colofón.

## I. INTRODUCCIÓN

En este estudio vamos a abordar los artículos 2 al 6 de la Ley 27.742, a la cual señalaremos con su número o “Ley de Bases” donde se establecen las herramientas para la viabilidad de las reformas que luego van a ser encaradas para la privatización y racionalización del sector público y los nuevos alcances de las actividades del Estado. Estas herramientas son esencialmente la delegación legislativa y la reforma de la administración pública ya centralizada, como descentralizada e incluso de vehículos financieros para la realización o financiamiento de diversos cometidos públicos, desde realización de obras públicas, hasta pago de subsidios a actividades calificadas como servicios públicos o de interés público.

Metodológicamente, vamos a partir de la letra de la ley, para su análisis y la necesaria inserción en el marco jurídico, ya de los precedentes como de las normativas que serán de implicancia directa en su interpretación.

El objetivo será analizar las herramientas que se diseñan para la viabilidad de las nuevas políticas de transformación y racionalización del Estado y las de privatizaciones de las haciendas públicas productivas y de servicios públicos.

Será una referencia obligatoria en este sentido la experiencia pasada de la Ley de Reforma del Estado y Privatizaciones 26.396, y sus complementarias las cuales son citadas e informan el nuevo régimen.

Finalmente se abordarán algunas variables de interpretación de los institutos en caso de colisión con otros derechos y las obligaciones que derivan del principio a la buena administración, el cual –junto con otros principios– es regulado como tal en la modificación a la LNPA 19.549, en el entendimiento que estas herramientas deben asegurar la vigencia efectiva de los derechos, en particular los considerados en Europa como derechos fundamentales y por el SIDH como derechos humanos.

## **2. ANTECEDENTES: LA IMPRONTA DE LA REFORMA DEL ESTADO DE LA LEY 23.696**

La Ley de Reforma del Estado (Ley N° 23.696), sancionada el 17 de agosto de 1989 durante el gobierno de Carlos Menem, fue un hito en la transformación económica del país, ya que estableció un marco jurídico para la privatización de empresas estatales y una reestructuración de sus funciones. Esta ley buscaba reducir el papel del Estado en la economía y enfrentar la crisis económica de fines de los 80 mediante el achicamiento del sector público y el fomento de la inversión privada.

Los aspectos más importantes de la Ley son:

- a) *Privatización de empresas estatales*: La ley autorizó al Poder Ejecutivo a privatizar empresas de servicios públicos, como YPF (petróleo), Gas del Estado, ENTEL (telecomunicaciones) y Ferrocarriles Argentinos, entre otras. Este proceso se justificaba en términos de eficiencia y modernización.
- b) *Desregulación económica*: La norma fomentó la liberalización de la economía y la reducción de regulaciones que se consideraban obsoletas o perjudiciales para la competitividad. La desregulación buscaba dinamizar el mercado y estimular la inversión privada.
- c) *Emergencia Administrativa y Financiera*: Se declaró el estado de emergencia en la administración pública, permitiendo al gobierno la reestructuración de organismos, reducción de personal y la renegociación de contratos estatales, como medida para recortar gastos.
- d) *Renegociación de deuda pública*: La ley también habilitó la renegociación de la deuda externa, brindando al gobierno flexibilidad para intentar solucionar el endeudamiento a través de acuerdos con acreedores.

La crisis de 1989, la hiperinflación de esa época y la necesidad de otorgar estabilidad económica, financiera e institucional fueron las causas que llevaron a la implementación de las medidas en el entendimiento que el “Estado mínimo” o “Estado de subsidiariedad”, la apertura total del mercado; así como la despublicatio de actividades y servicios públicos –otrora en cabeza del Estado como gestor o titular de la hacienda pública– y la prestación o satisfacción de necesidades generales, era la solución a los problemas económicos y financieros que acuciaban a nuestro país.

Esta impronta es claramente una base de sustentación de las nuevas reglas a aplicar por la Ley de Bases, y de hecho va a ser así enunciada expresamente en el texto de la ley.

### **3. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 2: LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. BREVES REFERENCIAS. LAS BASES DE LA DELEGACIÓN**

El artículo 2 de la Ley 27.742 reza:

“Artículo 2.— 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.”

Este artículo, como parte inicial del Título II, Reforma del Estado, Capítulo 1, “Reorganización Administrativa” de la Ley de Bases, establece las bases de la delegación legislativa a aplicarse, sujeto a un período de tiempo, esto es la emergencia de un año declarada conforme el Art. 1 de la misma Ley. Cabe destacar que las bases de la delegación en cabeza del Poder Ejecutivo se ordenan a cumplir con las bases de la delegación a saber:

- a) Mejorar el funcionamiento del Estado a través de una mejor gestión que cumpla con los principios de transparencia, eficiencia, eficacia y de calidad en la atención del bien común. En este punto del “Bien común” cabe destejarse atento este alcance de la política legislativa nos introduce parámetros muy claros con relación a que las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la satisfacción del bien común, como concepto que, en cada caso, puede ser definido, en tanto representa un concepto jurídico indeterminado que se ha sido reconocido por la CSJN<sup>1</sup>.

1 Ha sido aplicado en diversos precedentes por la CJSN como un estándar que implica la satisfacción de los derechos fundamentales de la ciudadanía, y que por ende, su tutela permite

- b) En segundo lugar, luce como política aplicar la reducción del Estado, al cual se considera sobredimensionado, siendo el foco reducir el gasto público y orientar el destino de los fondos. En este caso, resulta aplicable el criterio de responsabilidad en el gasto y las cuentas públicas, que obligan a la transparencia de la gestión, la rendición de cuentas y el obrar ético.
- c) El tercer parámetro se refiere al control interno de la administración, para garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas. Nuevamente aparece el criterio de transparencia como regla a tutelar y cumplir en las decisiones que se adopten. Por ende, la transparencia activa, la juridicidad de las decisiones y su apego al ordenamiento y los procesos administrativos, así como el respeto a los fines de la administración en términos de legitimidad, eficacia y eficiencia serán baremos a controlar, no siendo solamente un control de mera auditoría económica.

Esta regulación nos introduce en la delegación legislativa, instituto que fuera siempre resistido en su aceptación expresa por parte de la CSJN, hasta que su recepción constitucional en el Artículo 76, tras la reforma de 1994. Antes de ello, en los célebres casos “Delfino” (1927)<sup>2</sup> y “Mouviel” (1957)<sup>3</sup> nunca se validó la idea de la delegación legislativa, distinguiendo entre la facultad de hacer la ley de aquella de definir pormenores y detalles, vedando la primera y habilitando la segunda de ellas. Incluso en el polémico caso “Cocchia”<sup>4</sup>, avanzara en una distinción en clases de reglamentos sin reconocer la existencia de la delegación legislativa.

---

incluso las limitaciones de los derechos económicos a saber por ejemplo en relación a que el bien común incluye el acceso equitativo a la salud y obliga al estado a destinar recursos y desarrollar políticas públicas que aseguren el acceso a medicamentos en el caso para personas con VIH/SIDA en autos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación” (2000); en relación a las condiciones de detención en cárceles de la Provincia de Buenos Aires, donde dentro del bien común se encuentran contenido el respeto a los derechos humanos, en autos “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” (2005); en tutela ambiental en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” (2008), en la promoción de la equidad entre las distintas jurisdicciones provinciales en autos “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2009); en relación a la tensión entre derecho de protección a la propiedad e interés general del medio ambiente en “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. c/ Estado Nacional – Secretaría de Minería s/ amparo” (2010); y más recientemente en relación al DNU241/2021 y la presencialidad escolar, donde se afirmó que el bien común no justifica una intervención excesiva que vulnere la autonomía local, aun en situaciones de emergencia.

2 “Delfino y Cía. s/ apelando de una multa interpuesta por la Prefectura Marítima, por infracción al art. 117 del reglamento del Puerto de la Capital”, 20 de Junio de 1927, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Id SAIJ: FA27000002.

3 “Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ desordenes” 17 de Mayo de 1957, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Id SAIJ: FA57000000.

4 “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, 2 de Diciembre de 1993. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Id SAIJ: FA93000519.

En efecto, la Corte traza en el caso “Delfino y Cía.” –citado arriba– la línea divisoria entre la reglamentación constitucional y la que excedía esa habilitación conferida al presidente de la Nación. “Existe –dijo la Corte– una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como en los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución”. La extensión del poder reglamentario deberá analizarse en cada caso concreto, a los fines de determinar si la misma excede los límites legislativos de la voluntad del Congreso expresada de un modo general en la ley con el objetivo de poner en ejecución sus reglas sin alterar su espíritu reglamentario. Al respecto dijo Bianchi –uno de los más grandes estudiosos del tema en nuestro país<sup>5</sup>– que a través de su vertiente en el derecho anglosajón se empieza a dar reconocimiento a una delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, sujeta a límites, a saber:

- a) No se puede delegar la competencia en bloque;
- b) Debe sujetarse a un “estándar inteligible”; y
- c) No se puede traspasar los límites y alcances de la delegación otorgada.

Ahora bien, más allá de la impronta americana, reconoce el autor citado que cuando Alberdi redacta la CN con el modelo americano introduce algunas modificaciones, siendo esencial la inserción en el artículo 99 inciso 2 que la reglamentación tiene un valladar, no puede alterar el espíritu de las leyes. Esta será la impronta originaria de interpretación del bastión que va a ser luego reconocido en la Constitución como las facultades materialmente legislativas que pasan a ser reconocidas en ejercicio excepcional del Poder Ejecutivo. El caso más claro de ese avance, antes de la reforma, será el ya citado caso “Cocchia”. Allí se discutió la validez constitucional de un decreto que con fundamento en el bloque de legalidad de ese entonces (ley de reforma del estado, régimen del MERCOSUR y plexo jurídico portuario nacional) derogó el régimen jurídico de los apuntadores marítimos, alcanzando así el correspondiente Convenio Colectivo de Trabajo (el cual sabemos se trata de un acto complejo superior a una ley común). En el caso, la CSJN reconoce validez en la norma y avanza en la distinción entre decretos de ejecución sustantivos y adjetivos, la cual va a ser una clave de bóveda para avalar el ejercicio de la potestad legislativa, sin reconocer expresamente la delegación.

5 BIANCHI, Alberto, “La delegación de funciones legislativas. Contribución para un estudio de los llamados reglamentos delegados”, 1987, E.D. 121, Universitas S.R.L., Id SAJJ: DACA870082; “La Delegación Legislativa” 1990, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, con estudio preliminar de Rodolfo Carlos BARRA;” La delegación legislativa: evolución y estado actual” FORUM. Anuario del Centro de Derecho Constitucional. 2015. Editorial EDUCA, ISBN 978-987-620-292-3; entre otros.

La discusión pierde toda virtualidad con la reforma de la Constitución Nacional, donde expresamente se regla la potestad en el Artículo 76. La norma que empieza negando la posibilidad de delegación, luego establece la misma para “materias de administración y de emergencia”.

La definición de los alcances de las materias no es feliz, ya que la administración es una materia propia de regulación del Poder Ejecutivo, siempre que no avance sobre derechos de los particulares, y por el otro la emergencia tiene su reglamentación como facultad otorgada al Poder Ejecutivo en el 99 inciso 3. Ahora bien, más allá de ello, la cuestión ahora estriba en deslindar si entonces cuando el PEN ejerce una potestad reglamentaria se trata de expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (Art. 99, inc. 2° de la Constitución Nacional) poniendo en ejercicio la ley o se trata de completar los alcances de la regulación de derechos en supuestos de emergencia y en materia de administración, esto es de su propia organización que se regula por Ley, por ejemplo el caso de creación de nuevas entidades con personalidad jurídica, regulación de actividades o su reforma entre otras cuestiones que claramente van a impactar en los derechos. Y esto deberá hacerse en el marco de las bases de la delegación, la temporalidad precaria para su aplicación y la debida proporcionalidad de los decisiones que se adopten a los fines expresados en la delegación. El control de esta actividad será previo en la diligencia debida a su aplicación que deberá hacer el propio PEN, como parte del proceso de integridad y juridicidad del dictado y luego sujeto al control del Poder Judicial para evitar desbordes y avasallamiento de derechos.

Hoy, como dicen Barra y Licht<sup>6</sup> resulta que “La delegación legislativa reglamentada por la Constitución es la transferencia temporal y precaria del ejercicio de competencia normativa que una ley hace a favor del Poder Ejecutivo para regular por decreto una determinada materia perteneciente al ámbito de competencia del Congreso, conforme a las bases establecidas en la ley delegante. El decreto delegado gozará de rango y contenido de ley.” Y por ello, de nuevo, las bases de la delegación resaltadas al inicio serán el norte del test de constitucionalidad y legalidad de la delegación efectuada.

Entre los precedentes sobre los contornos y controles de los futuros decretos delegados que se dicten al amparo de la norma comentada, es importante destacar la doctrina del caso “Colegio Público de Abogados”<sup>7</sup> donde se discutía la

6 BARRA, Rodolfo y LITCH, Miguel N, “Los Decretos Delegados” TR LALEY AR/DOC/1641/2016

7 Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo, 4 de Noviembre de 2008, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Id SAIJ: FA08000278

constitucionalidad del decreto delegado 1204/01, por el que se pretendía relevar a los abogados del Estado Nacional de la obligación de inscribirse en la matrícula fijada por el Colegio de Abogados de la Capital y de pagar un derecho fijo en actuaciones judiciales establecido por la ley de creación de ese ente. (delegación contenida en el 1 inc. “f” de la Ley 25.414 “con el objetivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados Decisión de la CSJN: 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. A mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado.

Las peculiaridades del ejercicio de la legislación delegada también son abordadas en el caso “Camaronera Patagónica”, en el cual se discutió la constitucionalidad de dos resoluciones<sup>8</sup> del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura de la Nación, por las cuales se habían establecido derechos de exportación a determinadas mercaderías producidas por la actora (empresa dedicada a la captura, procesamiento y exportación de pescados) y un régimen de estímulos a la exportación para exportadores que hubieran dado cumplimiento a todas las obligaciones fiscales de tributos y cargas nacionales, resultando que la actora estaba fuera del régimen por mantener a una deuda con el Fisco Nacional en concepto de derechos de exportación implementados por la primera de las resoluciones que cuestionaba.

La cuestión era la materia sobre la cual avanzaban las resoluciones, que eran materia impositiva, ya que las retenciones y derechos de exportación componen el elenco de materias tributarias, y por ende conforme establece la CN en su art. 17 “sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4”, esto es

8 Resolución 11/02 y de la Resolución 150/02

la materia tributaria. Y por ello la CSJN en forma unánime va a declarar la inconstitucionalidad de ambas resoluciones. Dice al respecto Gelli<sup>9</sup> que para la mayoría de la Corte Suprema los tributos “y con particular relevancia... las gabelas sobre el comercio exterior” tienen una doble finalidad: *a)* de recaudación, para proveer de recursos al Tesoro público y *b)* de “valioso instrumento de regulación económica”. Esa finalidad de los tributos unida a la realización del bien común, económico y social, es relevante, en la doctrina de la Corte Suprema, en materia de derechos de exportación y eventuales y necesarias delegaciones acotadas. El Tribunal se refiere a los límites posibles entre un baremo máximo y mínimo, es decir entre escalas, tablas o índices precisos. Este tipo de delegación resulta admisible porque “los derechos aduaneros están íntimamente ligados a las continuas fluctuaciones que presenta el comercio internacional y, por esa razón, en esta materia es indispensable contar con herramientas que permitan adecuar, en forma ágil, los instrumentos estatales de política económica a efectos de que, entre otros objetivos, puedan protegerse la producción local, los precios en el mercado interno o las condiciones de competitividad de nuestros bienes en el exterior”.

No obstante, como señala Gelli, existe un límite que es no afectar de ninguna manera el principio de legalidad o reserva de ley que garantizan los art. 4° y 17 de la Constitución Nacional ya citados; por lo cual debe existir una clara política legislativa, que en el caso se traduce en que el Poder Legislativo haya establecido los elementos esenciales que integran el tributo: “el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones”<sup>10</sup>.

En conclusión, el artículo establece la posibilidad de una regulación delegada que se verá en la práctica concreta de su aplicación si cumple con los límites constitucionales y pretorianos impuestos.

#### **4. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 3. ALCANCES DE LA MODIFICACIÓN Y REORDENAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El artículo 3 de la Ley 27.742 establece, a saber:

“Artículo 3.— Facultase al Poder Ejecutivo nacional a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso *a)* del artículo 8° de la ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente:

*a)* La modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario; y

9 GELLI, María Angélica “El caso Camaronera Patagónica y sus efectos” TR LALEY AR/DOC/2290/2014

10 Cf. considerando 3° de la mayoría de fundamentos en “Camaronera Patagónica S.A.”, con cita a “Video Club Dreams” Fallos 318: 1154 (1995) y “Famyl S.A.”, Fallos 323: 2256 (2000), entre otros y Considerando 5° de la concurrencia del juez Zaffaroni.

b) 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 recursos.

Quedan excluidos de las facultades del presente artículo las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo, Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan.”

El artículo habilita al PEN a instrumentar en la administración centralizada y descentralizada una amplia gama de medidas que podríamos incluir dentro del concepto de racionalización y reforma administrativa. En efecto, se habilita a la modificación o eliminación de las competencias funciones o responsabilidades de las administraciones alcanzadas así como a la reorganización modificación o transformación de la naturaleza jurídica o estructura de las entidades la centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia de estas competencias funciones o responsabilidades a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el caso de las transferencias a las provincias o a la CABA, se establece la necesidad de un acuerdo previo que garantice la asignación de los recursos.

La reorganización administrativa o racionalización va a implicar entonces una mirada desde la eficacia y la eficiencia respecto a la aplicación efectiva de los recursos administrativos para atender las necesidades que fundamentan la existencia de la función administrativa o Función Pública. Finalmente cabe destacar que se va a excluir de esta facultad a las universidades y en los demás poderes constituidos, como resultan el Poder Judicial y el Poder Legislativo, así como el Ministerio público y los entes que de ellos dependan.

Vamos a entender por reorganización administrativa el proceso de modificar y estructurar la organización preexistente, para la conformación de una entidad u organización administrativa donde la optimización de su funcionamiento, la eficiencia y la eliminación de la duplicidad de roles permitan redistribuir las funciones y asignar en forma adecuada los recursos. La reorganización tiene por objeto generar un vehículo que se adapte a las nuevas necesidades que se van a presentar frente a la política de reforma del Estado y privatización.

Por su parte, la racionalización administrativa se focaliza en reducir los costos y aumentar la efectividad de la administración pública. Cuando hablamos de racionalización nos vamos a enfocar en eliminar procesos innecesarios, reducir la denominada burocracia como sinónimo de ineficiencia y mejorar la productividad de la gestión pública. Todo ello deberá hacerse manteniendo la calidad y el cumplimiento de los objetivos previstos por la administración.

Cabe destacar que estos institutos tienen su antecedente directo en la Ley 23.696, la cual a los fines de modernizar la administración pública, reducir el impacto del Estado e incorporar al sector privado en la gestión de actividades de interés

general o de apertura al mercado, implementó un rediseño del aparato estatal para hacerlo más eficiente y funcional, eliminando dependencias redundantes, fusionando organismos, y delegando algunas competencias a niveles locales o privados.

Uno de los aspectos más destacados de la transformación del rol del Estado fue reducir su intervención directa en la economía y promover una administración orientada a resultados.

La Ley 23696 expresamente destacará en los artículos 1 al 5, además de la emergencia que no es objeto de este estudio, los principios generales de la reforma; esto es la mejora de la eficiencia y efectividad del Estado mediante la reducción de su tamaño y la “despublicatio” y privatización de las haciendas públicas productivas. Asimismo, de los artículos 16 al 20 de la ley citada veremos también las disposiciones sobre reorganización de la administración pública, el reordenamiento administrativo y la eliminación de estructuras y organismos redundantes. Al igual que la Ley de Bases, los artículos citados permitieron al Poder Ejecutivo nacional suprimir, fusionar o reformar organismos públicos con el objetivo de mejorar su eficiencia administrativa y reducir el gasto del Estado.

En forma complementaria debe tenerse en cuenta la política que de modernización y desburocratización del Estado de aplicación a partir del año 2016. En este sentido se han introducido reformas para el logro de un Estado “inteligente”. Al respecto se sostuvo que “... la estructura de los Estados y sus Administraciones ha crecido a un ritmo sostenido en muchos países. Ello se debe, en parte, a la necesidad de hacer frente a diversas demandas sociales que suponen mayores y más complejas respuesta para brindar nuevos y mejores servicios a la ciudadanía. Existen, sin embargo, funciones obsoletas, superpuestas o superpobladas que deben ser revisadas, no solo por el gasto excesivo que insumen, sino también porque el mantenerlas presupone un obstáculo inmenso para la ya muy difícil coordinación de una organización del tamaño del Estado nacional. Numerosos estudios han demostrado que el tamaño *per se* de los Estados poco indica sobre los niveles de eficiencia alcanzados. Un reciente informe de la OCDE (2015) muestra que en aquellos Estados que son considerados “modelos”, como los países escandinavos –donde la mayor parte de los servicios básicos son prestaciones estatales–, el empleo público representa un 30% del total, liderando esta lista países como Noruega, Dinamarca y Suecia”<sup>11</sup>.

## **5. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 4. LAS SOCIEDADES DEL ESTADO. LA ETAPA PREPARATORIA DE LA ESTATALIDAD A LAS VARIABLES DE GESTIÓN PRIVADA**

Establece el artículo 4º de la ley comentada, a saber:

11 CLUSELLAS, Pablo y otros. “Un gobierno inteligente : el cambio de la Administración Pública de la Nación Argentina 2016-2019. 1a Ed . ISBN 978-987-783-101-6. CABA Argentina.

“Artículo 4°.— Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso *a*) del artículo 8° de la Ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente:

- a*) La modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario; y
- b*) 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 recursos.

Quedan excluidos de las facultades del presente artículo las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo, Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependen.

El Poder Ejecutivo nacional no podrá disponer la disolución de los siguientes organismos: el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán” (ANLIS); la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT); el Instituto de la Propiedad Industrial (INPI); el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA); el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM); la Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN); la Comisión Nacional de Actividades Espaciales (CONAE); la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA); la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU); la Comisión Nacional de Valores (CNV); el Instituto Nacional Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI); la Unidad de Información Financiera (UIF); el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG); la Administración de Parques Nacionales (APN); el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA); el Instituto Antártico Argentino (IAA); el Instituto de Investigaciones Científicas y Técnicas para la Defensa (CITEDEF); el Centro de Investigación Tecnológica de las Fuerzas Armadas (CITEFA); el Instituto Geográfico Nacional (IGN); el Instituto Nacional de Prevención Sísmica (INPRES); el Servicio de Hidrografía Naval (SHN); el Servicio Meteorológico Nacional (SMN); el Instituto Nacional del Agua (INA); el Servicio Geológico-Minero Argentino (SEGEMAR); el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP); el Centro Nacional de Alto Rendimiento Deportivo (CENARD); la Superintendencia de Seguros de la Nación; la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; y la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación, y aquellos organismos vinculados a la cultura.

En los casos de reorganización, modificación o transformación de la estructura jurídica, centralización, fusión o escisión de los organismos relacionados con la ciencia, la tecnología y la innovación, se garantizará el financiamiento para la continuidad de las funciones de dichos organismos en el marco del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2030”.

El artículo avanza en la reducción del denominado “Estado Empresario” que ya fuera objeto de estas medidas en los años 90. Las facultades son amplias también, aunque se destaca que no se incluyó la habilitación legal de disolución de las empresas y sociedades del Estado, entendiéndose que serán objeto de liquidación en caso de privatización.

En el origen del Estado empresario luce el concepto de descentralización como esencial para entender la creación de entidades a cargo de actividades tales como la prestación de los servicios públicos o bien la explotación de actividades comerciales o consideradas a cargo del sector privado. Como expresa Rey Vázquez<sup>12</sup>: “Dentro del complejo que constituye la Organización administrativa del Estado, la realidad de la Argentina en el presente siglo evidencia el uso cada vez más frecuente de la tipología societaria, y a su vez, de la Sociedad Anónima, lo que impone especial atención cuando con él se pretendiera eludir (en forma consciente o no) la aplicación imperativa de normas de Derecho Público inherentes a la organización y actuación estatales”. Expresa además siguiendo a la CSJN que: “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal en los casos en que resulta autónoma). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal”.<sup>13</sup>

Ahora bien, es claro que el objetivo de la Ley 27.742, como lo fuera la 23.696 hace 25 años atrás, es operar transformaciones en el sector estatal ya aquel a cargo de las funciones públicas esenciales, buscando su eficiencia en la reducción de sus alcances, así como también en la transformación de las empresas públicas para su privatización o concesión a privados.

El límite está en la prohibición expresa de disolución expresa de entes y organismos que tienen como objeto la ciencia, la tecnología, la cultura y la especialización de sus funciones. Ahora bien, estos podrán ser fusionados, escindidos,

12 REY VAZQUEZ, Luis Adolfo “la organización administrativa descentralizada: el caso de las empresas y sociedades estatales” AFDUC 16, 2012, ISSN: 1138-039X, pp. 977-992.

13 Del autor citado, CSJN, 12-05-1988, “La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A. v. Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 311:750; también en Revista El Derecho, 129-266, con nota de Alberto B. BIANCHI, *Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa*.

modificados en sus funciones y actividades para el alcance del objeto de la reducción del Estado.

Ahora bien, el test de constitucionalidad y legalidad en cada caso será si las actividades que hagan a la satisfacción de necesidad esenciales que justifican la existencia del Estado y el pasaje del estado de naturaleza al de la sociedad organizada bajo una estructura de gobierno, se mantienen intangibles y asequibles cuando las mismas sean privatizadas. Esto es cual es el alcance del derecho regulatorio que acompañe las privatizaciones, desburocratización y racionalización del espectro público y que Estado será el resultante de tales medidas es la pregunta a responder, sin que la misma implique el abandono de lo más importante que tiene un Estado y sus funcionarios actuantes que es la tutela de los derechos fundamentales que legitiman su existencia.

Al respecto, dice Esteve Pardo que el derecho regulatorio se adscribe a servicios de interés general, sectores económicos estratégicos necesarios para la vida y existencia de las personas y comunidades en el mundo actual, tales como el transporte, la energía, las telecomunicaciones, los servicios postales, el mercado de valores, el abastecimiento del agua y el sistema cloacal, las comunicaciones, los servicios de salud, etc.<sup>14</sup>. Agregamos que la lista variará según el grupo analizado, la cultura y el avance en las necesidades a satisfacer de una sociedad. La regulación de las actividades económicas y servicios de interés general ostenta hoy un mercado componente económico y prestacional, para el autor citado. Por ello se expresa que la actividad reguladora pasa por los siguientes alcances: (i) la faz económica, (ii) el análisis de los riesgos, sobre todo los de tipo tecnológicos y que resultan de la aplicación científica y (iii) finalmente se constituye hoy como una actividad de garantía que abandona el criterio de “titular” de la actividad para configurarse en garante del acceso, satisfacción y goce de la actividad privada sin afectación de los derechos humanos y que debe tutelar los riesgos eventuales que pueden suceder. La regulación no será atributo de la titularidad de una actividad, sino obligación que resulta para los sujetos en competencia que prestan la misma a los particulares y por ende aparece el concepto de “autorregulación” o “regulación autorregulada”.

Desde este prisma se deberá analizar si el Estado se resitúa, pasando de “prestador” a “responsable del cumplimiento de la regulación” y el garante de la satisfacción de la necesidad de interés público. Este es un desafío que la nueva Ley deberá superar en su implementación para que sea exitosa.

Debemos destacar que la Ley 27.742 también viene a resignificar el DNU 70/23, el cual reguló en su Capítulo II la Transformación de empresas del Estado

14 ESTEVE PARDO, José “Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos” Colección Derecho de los servicios públicos y de la Regulación. Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2021.

en Sociedades Anónimas (ver artículos 48 a 52) y por ende deberá ser entendido ahora con los alcances de la nueva ley.

Finalmente entendemos que en estas herramientas deberán ser adecuadamente implementadas con la aplicación de eficientes reglas informáticas y digitales<sup>15</sup> que permitan mantener la atención de necesidades públicas. En ello será también tributo a la integridad y *compliance*<sup>16</sup> que debe regir en las actividades estatales y son otrora objeto de control.

## **6. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 5. DESTINO DE FONDOS FIDUCIARIOS EN LA NUEVA LEY**

El artículo 5 de la Ley 27.742 establece:

“Artículo 5.— Autorízase al Poder Ejecutivo Nacional a modificar, transformar, unificar, disolver o liquidar los fondos fiduciarios públicos de conformidad con las siguientes reglas, y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición aplicable.

En el caso de que, por decisión fundada de la autoridad competente, se resolviera liquidar y disolver un fondo fiduciario público y discontinuar con el programa o finalidad para la cual fue creado:

- a) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de un impuesto coparticipable, aquella se considerará eliminada y el tributo volverá a ser distribuido de conformidad con el régimen establecido por la Ley 23.548 y sus normas complementarias y modificatorias;
- b) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de un tributo no coparticipable, aquella se considerará eliminada y el tributo volverá a ser destinado al Tesoro Nacional; y
- c) Si el fondo fuera financiado por una asignación específica de aportes o recargos obligatorios creados a tal fin, tanto la asignación como los aportes o recargos obligatorios se considerarán eliminados.

Queda excluido de las facultades de este artículo: el Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas, creado por la Ley 25.565 y ampliado y modificado por Ley 27.637.”

Este artículo de la Ley viene a modificar una herramienta de gran aplicación como fuente de apalancamiento de inversiones para la realización de obras de

15 Ver asimismo LI, W. - SADIGH, D. - SASTRY, S. S. - SESHIA, S. A. (2014). “Synthesis for Human-in-the-Loop Control Systems”. In Abraham, E. - Havelund, K. (Eds.), *Tools and Algorithms for the Construction and Analysis of Systems* (pp. 470-484). Springer. Desde otra óptica, los muy valiosos aportes de VALENTINI, Daniela B en “Receta electrónica y teleasistencia. Irrupción de las TIC en el sector salud”, disponible en <https://www.hammurabi.com.ar/valentini-receta-electronica/>

16 STORTONI, Gabriela “Compliance y Derecho Administrativo. Una visión desde el Derecho Argentino. 2019. En <https://www.worldcomplianceassociation.com/1653/articulo-compliance-y-derecho-administrativo.html>

infraestructura, prestación de servicios o sostenimiento de necesidades de sujetos vulnerables.

Su alcance ha sido objeto de reglamentación por el Decreto 695/2024 el cual establece que “Artículo 1°.— El Ministerio de Economía propondrá al Poder Ejecutivo Nacional, según corresponda, la modificación, transformación, unificación, liquidación o disolución de los fondos fiduciarios públicos de conformidad con las reglas establecidas en los incisos *a)*, *b)* y *c)* del artículo 5° de la Ley 27.742 y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición que resulte aplicable. El proceso de liquidación de los fondos fiduciarios disueltos se sujetará a las disposiciones determinadas de esta reglamentación y sus normas complementarias que en el futuro se dicten. No podrán incluirse en las actas de transferencia respectivas, cláusulas que aprueben la gestión fiduciaria o que declaren la renuncia de derechos o acciones del Estado Nacional respecto del fiduciario o de terceros.” Por su artículo 2 faculta al Ministerio de Economía a dictar las normas complementarias que resulten necesarias para la implementación de lo dispuesto en el artículo citado.

Cabe recordar que el fideicomiso se incorporó a la legislación argentina en el año 1995. El artículo 1° de la Ley 24.441 establece que habrá fideicomiso cuando “una persona transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato como beneficiario y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. Así los bienes fideicomitados formarán un nuevo patrimonio, separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Estos bienes pueden comprender inmuebles, muebles registrables o no, dinero, títulos valores y otros derechos, pero deben estar sin duda, individualizados.

El fideicomiso, como vehículo financiero para sostener actividades particulares y blindar su aplicación al fin específico establecido, no siendo alterado por su destino a rentas generales, puede seguir siendo una herramienta eficiente siempre sujeta a controles<sup>17</sup>, ya que desde la misma Ley 24.156 de Administración

17 Esta obligación que también ha sido establecida en la Ley 25.725 del presupuesto para el año 2003, donde se estableció la obligación del Jefe de Gabinete de Ministros de presentar informes cuatrimestrales al Congreso sobre el flujo y uso de los fondos fiduciario, detallando transferencias realizadas, obras ejecutadas y/o programadas; obligación que se va a repetir en la Ley 25.827 correspondiente al presupuesto para el año 2004 y la Ley 25.917, referida al Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal, que establece que las leyes de Presupuesto General de las administraciones Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Administración Nacional contendrán la autorización de la totalidad de los gastos y la previsión de la totalidad de los recursos, de carácter ordinario y extraordinario, afectados o no, de todos los organismo centralizados, descentralizados y fondos fiduciarios. Luego, la ley 25.967 del presupuesto para el año 2005, que repite la obligación prevista en la ley del año 2003. En igual sentido la Ley 26.078 del presupuesto para el año 2006, que reduce el plazo de presentación de los informes, siendo ahora obligatorio para el Jefe de Gabinete de Ministros la presentación al Congreso de informes trimestrales sobre el flujo y uso de

Financiera incluye a tales fondos sujetos a su control, ya por SIGEN como por la AGN. Entiendo que este supuesto deberá ser analizado con prudencia y con criterios de eficacia, ya que le derogación lisa y llana de fondos con destinos específicos al desarrollo de actividades productivas o sostenimiento de derechos fundamentales pueden ser medidas de impacto negativo a largo plazo, desalentando inversiones en un caso, o afectando derechos convencional y constitucionalmente reconocidos en otros.

Con la norma, se ratifica la política de derogación de varios fondos fiduciarios ya alcanzados por el DNU 70/2023. No obstante se mantiene vigente el Fondo Nacional de la Energía Eléctrica con destino al Plan Federal de Transporte Eléctrico, y los que están bajo la administración del Consejo Federal de Energía Eléctrica y el Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas, creado por la Ley 25.565 y ampliado y modificado por Ley 27.637.

## **7. COMENTARIOS AL ARTÍCULO 6. INTERVENCIÓN DE ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

El artículo 6 de la ley comentada establece:

“Artículo 6.— Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a intervenir, por el plazo previsto en el artículo 1º de la presente ley, los organismos descentralizados, empresas y sociedades mencionadas en los incisos *a*) y *b*) del artículo 8º de la ley 24.156, con exclusión de las universidades nacionales, los órganos u organismos del Poder Judicial, Poder Legislativo, Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan; la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT); el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET); el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); la Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud “Dr. Carlos G. Malbrán” (ANLIS); la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU); la Unidad de Información Financiera (UIF); el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG); el Servicio Nacional de Sanidad y

---

fondos fiduciarios, con el detalle de las transferencias realizadas y las obras ejecutadas y/o programadas. También destacamos el decreto 906 del año 2004 sobre los Fondos Fiduciarios, pues crea el Consejo consultivo de inversiones de los fondos fiduciarios del Estado Nacional, en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Este Consejo tiene la capacidad de instruir sobre la inversión de las disponibilidades líquidas sin aplicación temporaria de los fondos fiduciarios del Estado Nacional en: 1. Instrumentos financieros emitidos por entidades públicas o privadas, cuyo destino directo o indirecto sea la financiación de obras de infraestructura emprendidas total o parcialmente por el Estado Nacional, los gobiernos provinciales y municipales y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que los citados instrumentos sean susceptibles de negociación en los mercados secundarios.

Calidad Agroalimentaria (SENASA); la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y las instituciones de la seguridad social.

El interventor ejercerá las competencias del órgano de administración y dirección y actuará: (i) conforme a lo ordenado en el acto de intervención dictado por el Poder Ejecutivo nacional; y (ii) bajo la supervisión y control de tutela del ministro bajo cuya jurisdicción el ente actúa.

En caso de intervención en sustitución de las facultades de las asambleas societarias, los síndicos en representación del sector público nacional serán designados por el Poder Ejecutivo, según la propuesta del ministro referido en el párrafo anterior, cuando así corresponda.

Deberá realizarse, al inicio y al final de toda intervención, una auditoría de gestión del organismo respectivo.”

La intervención administrativa es un instituto que ha sido utilizado en diferentes etapas de la organización administrativa argentina, y que requiere de una habilitación legal específica o delegación cuando se trata de organismos con personalidad jurídica diferenciada.

Al respecto, cabe destacar lo expresado por Barraza quien sostiene que “... en nuestro ordenamiento jurídico existen dos tipos de intervención, una llamada política y otra denominada administrativa. La primera busca mantener la unidad política de un Estado, conforme a las disposiciones que surgen de la Constitución Nacional y de las prescripciones legales. En particular con la intervención política se intenta mantener el imperio de los arts. 5° y 6° de la Carta Magna. En segundo término, existe una intervención administrativa, que busca principalmente que se cumpla el principio organizativo y su funcionamiento”. Sigue diciendo Barraza que “... La intervención tiene por objeto, en primer lugar, controlar. Es también concebida como un medio de control de los órganos superiores para con los inferiores<sup>18</sup>.”

Desde otro ámbito, dice Cassagne que su procedencia no requiere de norma expresa, aun cuando se trate de un poder que emana de la zona de reserva del Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 1°, Constitución Nacional). Empero, la decisión de intervenir un órgano o entidad no puede ser arbitraria ni discrecional, debiendo obedecer a causas graves que originen una situación anormal que no sea posible corregir con el empleo de los medios ordinarios y propios del poder jerárquico<sup>19</sup> Compartimos el criterio, siempre que no se trate de organismos creados por Ley, y sin delegación de funciones en organismos administrativos o cuando se otorguen

18 BARRAZA, Javier I. “La intervención administrativa y las facultades del interventor - Algunas consideraciones respecto de un pronunciamiento judicial” TR LALEY AR/DOC/16484/2001

19 CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I, p. 245, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1996.

facultades de intervención que impliquen alterar derechos fundamentales. Será un análisis de cada caso concreto. Los alcances de las facultades que otorga la ley analizada son amplias ya que sustituye las que tuvieron los organismos que se intervienen. En todos los casos como dice Villegas Basavilbaso, citado por Barraza, “el interventor –delegado del órgano subrogante– no gobierna; solamente administra, y dentro de la competencia del órgano intervenido. No tiene, aunque las instrucciones lo establezcan, atribuciones para modificar, suspender o alterar el régimen legal del órgano intervenido”<sup>20</sup>.

## **8. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS FINALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS HERRAMIENTAS**

En este estado del comentario, y sin pretender agotar las cuestiones, sino abrir el tema al debate intelectual genuino, estos procedimientos se destacan deberán ser sometidos a límites que surgen del mismo régimen, y que coinciden con principios del derecho público establecidos ya de hace varias décadas, como la juridicidad, la confianza legítima, la tutela administrativa efectiva, entre otros. Estos principios son introducidos en forma expresa por el Artículo 25 de la Ley de Bases, que modifica la LPA incorporando el artículo 1 *Bis* de la LPA. Y así establece los siguientes principios fundamentales a saber:

- a) Juricidad
- b) Razonabilidad
- c) Proporcionalidad
- d) Buena fe
- e) Confianza legítima
- f) Transparencia
- g) Tutela administrativa efectiva
- h) Simplificación administrativa
- i) La buena administración

Voy a detenerme en este caso en el “Principio de Buena Administración” que aparece por primera vez en el régimen jurídico argentino positivado. Este principio se vincula con un concepto que deviene del SIDH<sup>21</sup> como es la Diligencia Debida Reforzada, de atender con mayor dedicación los sujetos más desvalidos y

20 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, t. II, p. 314 y sigtes., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

21 STORTONI, Gabriela Andrea “Los derechos humanos en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional” En: Revista de derecho público: 25 años de la reforma constitucional de 1994 - I / Tomás Hutchinson, Director. Vol. 2019-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2019. 195-228-678 p. ISSN: 978-987-30-0012-6; y “Las emergencias en los Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional”. Publicado en Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 11 - Septiembre 2024. IJ-V-DCCCLV-508, entre otros sobre temas de derechos fundamentales.

que, incluso, no requiere de una ley especial que obligue a actuar ya que el deber de prevenir el daño se impone al Estado y los sujetos de la sociedad.

Ha dicho al respecto la CIDH en el caso “Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana”<sup>22</sup> que “El Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención.” En este sentido, el Tribunal ha entendido que “Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana.” Establece la Corte que “[L]os Estados son responsables de regular [...] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad.” Por lo que estos tienen, tal como se planteó en el caso “González Lluy y otros”<sup>23</sup> “...El deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.” De manera tal que, “Ciertas actividades, como el funcionamiento de bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas, [...] están en la obligación de [ser reguladas] de manera específica.” Además “[D]el acceso a medicamentos [que] forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.”

Entonces entendemos que todo esto se renueva con el Principio y Derecho a la Buena Administración, como bien lo ha expresado el Catedrático Rodríguez Arana Muñoz<sup>24</sup> en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dice a saber:

- que el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 viene a darle una nueva visión al derecho administrativo, con centralidad en la persona.
- Desde allí las instituciones se justifican y existen en la medida que sirven al interés general.
- Así, resalta, que la administración no es patrimonio de los dirigentes sino del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable debe saber y practicar que tiene que rendir cuentas continuamente a la ciudadanía.

22 CIDH “Caso Nadège y otros Vs. Rep. Dominicana. (2012). Ver en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_251\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf)

23 CIDH “González Lluy y otros c/Ecuador. 2015. Ver en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2181>

24 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas; ED. Thomson-Aranzadi, 2006. ISBN 84-9767-813-3. “Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano” A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012. Entre otras publicaciones del autor.

- Por eso las nuevas constituciones incorporan el derecho a la buena administración pública, porque el Estado y las administraciones justifican su existencia en la protección de la persona, la protección y la promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales.

Se destaca que aun cuando el “derecho a la buena administración” no aparece reglamentado, no podemos decir que el mismo no sea operativo, siguiendo señeras sentencias de la CSJN, y del que entendemos se derivan, necesariamente, los siguientes principios a tutelar:

- Juridicidad
- Servicio objetivo a los ciudadanos
- Principio promocional de los poderes para erradicar las barreras para la satisfacción de los derechos inherentes a la persona humana
- Principio de racionalidad, que implica la motivación y argumentación para justificar la acción
- Principio de igualdad de trato, prohibiéndose toda discriminación injustificada
- Principio de eficacia
- Principio de publicidad
- Principio de seguridad jurídica, previsibilidad y certeza normativa
- Principio de proporcionalidad
- Principio de transparencia
- Principio de responsabilidad
- Principio de debido proceso

Entonces entre la tensión valorativa de las nuevas herramientas aportadas y la aplicación de los principios invocados podremos tener diversas formas de interpretación. Veamos algunas.

### 8.1. *La posición de Cassese sobre la aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional”*

Es claro que el denominado “margen de apreciación nacional” en Argentina, tiene una fórmula vernácula y propia y se aparta de las reglas de la Corte Europea especializada, siendo una restricción de la aplicación de la decisión de la Corte IDH, con fundamento en que la decisión se aparta de los contenidos pétreos no delegados en los ordenamientos internacionales de ninguna índole, esto es ya sean humanitarios o económicos. La regla de selección aparece entonces a cargo de los jueces del superior tribunal, pudiendo en el caso entender si alguna cuestión resulta de decisión local y por ende, eyecte la aplicación de una resolución o convención interjurisdiccional a nivel del SIDH, por ejemplo.

En el caso del análisis, entiendo que se darán dos cuestiones: la primera que es el análisis mismo del control judicial sobre la implementación de las medidas delegadas y la emergencia por un lado y el control de su aplicación con el fin de

erradicar los flagelos que han llevado a la emergencia, sin vulneración de los derechos fundamentales por cierto que son el valladar. En efecto, dentro del régimen jurídico doméstico aplicable, entiendo que el “margen de apreciación nacional” no podría justificar decisiones que restrinjan derechos humanos indisponibles y esenciales como la vida, la salud, la dignidad humana por citar algunos ejemplos, por las reglas de la proporcionalidad, progresividad, no regresión y razonabilidad inscriptas por la CSJN y que se encuentran en la misma Constitución (arts. 28, 75 inc. 22 y sstes.)

Por ello, mi posición frente a la aplicación al caso, del “margen de apreciación nacional” es de prudencia. Es importante entonces dejar sentado que la aplicación debería ser por la regla de la deferencia del sistema domestico sobre aquellos aspectos no consensuados a nivel internacional y sobre los cuales se debatan cuestiones de trascendencia global, que (en *loop*) va de lo local a lo internacional y viceversa. En estos aspectos no procedería la deferencia por lo nacional en un marco tan amplio como el definido por nuestro cimero tribunal, cuando de medidas que se adopten afecten derechos humanos sobre los cuales existe una declaración de tutela convencional.

Creo que es un instituto que requiere una definición adicional de la CSJN, que no erosione el SIDH, ya que ello llevaría a la posible vulneración de derechos fundamentales indisponibles, además de configurar responsabilidad internacional.

## 8.2. *La doctrina de la política de la diferencia de Iris Marion Young*

Como expresa Iris Marion Young, a quien voy a recurrir para la búsqueda de una interpretación conforme, entiendo que la situación nos enfrenta a la aplicación de una interpretación de los DDHH desde la política de la diferencia, en tanto, los mismos son valladares a las violaciones, atropellos y brutalidades que afectan la dignidad humana.

Desde la política de la diferencia se entiende que existe un círculo vicioso de explotación, marginalización, empobrecimiento, imperialismo y violencia, que los DDHH y las sociedades de las naciones preocupadas en su defensa vieron a erradicar.

Desde esa política de la diferencia partiremos siempre desde un conocimiento situado, ya que como dice la autora no es posible la solución imparcial o de generalidad (y agregó abstracción) para la aplicación de la mejor solución a un conflicto administrativo<sup>25</sup>.

25 YOUNG, Iris Marion. “Justicia y Política de la diferencia” 1990, Princeton University Press. Princeton and Oxford. ISBN 978-0-691-23516-5. Ed. 2022, USA. Dice la autora en relación con lo expuesto, que ““El ideal de imparcialidad es una ficción idealista. Es imposible adoptar un punto de vista moral no situado, y si un punto de vista está situado, entonces no puede ser universal, no puede separarse de todos los puntos de vista y comprenderlos. es imposible razonar

Los tratados internacionales de DDHH, por ello, vienen a desafiarnos en lo doméstico, en la aplicación concreta de cada uno de nuestros institutos iusadministrativistas, poniendo al valor dignidad humana en primer plano, y luego en discusión todos lo demás (ya sean leyes, principios, doctrinas, acciones, etc.) que los socaven o anulen, por lo cual la elección de la norma que mejor proteja la diferencia del más desvalido en el conflicto que la emergencia plantea será una interpretación conforme.

Por ello considero que:

- La delegación deberá ser controlada en su base, límites, estándares y alcances en cada caso: decisiones proporcionales y de equidad hacen a la buena administración.
- La reforma administrativa debe ajustarse al plazo y la razonabilidad de las medidas adoptadas.
- Hay amplias facultades delegadas en el sector centralizado y descentralizado de la Administración Pública, salvo los supuestos excluidos por la norma.
- Las facultades en materia de empresas públicas por la Ley de Bases no alcanza a su disolución.
- Juridicidad y buena administración: necesaria aplicación de los Tratados de DDHH y la debida diligencia: el necesario equilibrio entre racionalidad, eficacia y eficiencia y derechos humanos de los sectores más vulnerables.

Estamos hablando de buena administración, de derechos humanos, de necesidad de proteger a la persona en este escenario, y privilegiar su dignidad por sobre todas las cosas. Esta base no es otra cosa que hacer las cosas bien y si se hacen bien, se trata de una “Buena Administración” en la función pública. Con esa base es dable entender que un país tiene buenos cimientos y el crecimiento de su economía, su progreso, su convivencia segura y empática, y; por ello poder convertirse en un buen lugar para disfrutar de los beneficios de la libertad, la igualdad, la fraternidad, para nosotros y las futuras generaciones podrán estar garantizados.

### 8.3. *Colofón*

De ese elenco, claramente se eleva un valor a tutelar en emergencia y las nuevas herramientas que se ponen en juego y es la “dignidad” de la persona humana como el eje de sus normativas, positivamente de obligatorio cumplimiento. Es claro que nuevas cuestiones interpelan a nuestro sistema legal, resultando que

---

sobre cuestiones morales sustantivas sin comprender su sustancia, lo que siempre presupone algún contexto social e histórico particular; y uno no tiene ningún motivo para emitir juicios morales y resolver dilemas morales a menos que el resultado importe, a menos que tenga un interés particular y apasionado en el resultado. Como señala Bernard Williams, la diferencia entre la reflexión fáctica o científica y la reflexión práctica o moral es precisamente que la primera es impersonal mientras que la segunda no lo es”

la dignidad de la persona humana es la piedra basal donde se erige el derecho administrativo, y se desplaza del lugar de prevalencia a la “prerrogativa”. Y deberemos discutir si será que se troca por una tensión valorativa de derechos fundamentales en crisis como expresa Balbín<sup>26</sup>. O por el contrario se trata de también nuevas formas de aplicar los principios que derivan de las convenciones y nos ordenan a aplicar formas de interpretación del derecho y la justicia, donde no hay crisis de derechos en pugna, sino prelaciones. Y a esto no está exento el régimen de la nueva conformación del Estado.

---

GABRIELA ANDREA STORTONI

Es Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Especialista en Derecho de la Integración por la Universidad Austral. Becaria en Transporte Urbano y Planificación por Japan International Cooperation Agency (JICA), Reino de Japón. Doctoranda en Estudios de Género por la Universidad Tres de Febrero. Fue profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas y actualmente es profesora de posgrado en diversas casas de estudios en temas de su especialidad y en materia de derechos humanos y perspectiva de género. Directora de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Directora del Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

26 BALBIN, Carlos “Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”. Ed. Astrea. Bs As. Bogotá. Porto Alegre.2020. ISBN 978-987-706-348-6



Compuesto, armado, impreso y encuadernado  
en los talleres de GRÁFICA SUR EDITORA S.R.L.  
México 1448 C1097ABD Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Diciembre de 2024

*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.*



LAJOUANE®

ISBN 978-987-46364-1-6



9 789874 636416