BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Editor
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo
JORGE EDUARDO MORÁN

ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina

FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

B

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo
JORGE EDUARDO MORÁN

ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AJUFE
Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina

FUERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.
685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

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

Carlos Fernando Rosenkrantz

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de San Andrés. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue designado Ministro de la Corte en agosto de 2016 a propuesta del presidente Mauricio Macri. Fue presidente del Tribunal entre octubre de 2018 y octubre de 2021 por la Acordada 29/18. Fue Rector de la Universidad de San Andrés hasta su designación como Ministro de la Corte y ejerció como abogado en el estudio Bouzat, Rosenkrantz y Asociados.

Enrique Alonso Regueira

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

Fabián Omar Canda

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, con Diploma de Honor y Premio Editorial Ciencias de la Administración a la mejor tesina, año 1994. Profesor del posgrado en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor de las maestrías en Derecho Administrativo, en Derecho Empresarial y en Derecho de la Magistratura de la Universidad Austral; Profesor de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Buenos Aires; de la Universidad Nacional y de la Católica de Cuyo, de las Universidades Nacionales del Nordeste, del Comahue, de La Matanza y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Profesor de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Austral. Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.

Agustina Capponi

Es Abogada y Candidata a Magíster en Derecho LL.M. por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad de Buenos Aires. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Nidia Karina Cicero

Es Doctora en Derecho. Profesora Adjunta Regular y de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Universidad Católica Argentina, entre distintas unidades

académicas de Argentina. Autora de cuatro libros y numerosas publicaciones de la especialidad en el país y en el exterior. Sus líneas de investigación actuales son los aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la responsabilidad estatal y las nuevas tecnologías aplicadas a la enseñanza jurídica. Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, fuero en el que se ha desempeñado como Jueza y Secretaria de Primera Instancia.

ISAAC AUGUSTO DAMSKY

Es Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en universidades públicas de América Latina y Europa. Miembro del European Group of Public Law de la European Public Law Organization. Miembro Fundador y Titular de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro Honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Consejero Editorial Extranjero de revistas jurídicas de Derecho Público en México y Colombia. Autor de la obra *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil.*

MICAELA S. FIGUEREDO

Es Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y Magíster en Políticas Públicas por la Universidad Torcuato Di Tella. Directora General de la Secretaría de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Magistratura de la Nación.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

Es Doctor en Derecho. Profesor Regular Adjunto por concurso en la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de posgrado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en la Universidad del Museo Social Argentino. Profesor de diversos posgrados, seminarios y conferencista tanto en el país como en el exterior. Director Académico de la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales. Miembro de los Institutos de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho. Autor de cuatro libros y de numerosas publicaciones sobre temas relacionados con la especialidad, entre los que destaca su último libro *Las sanciones administrativas*, recientemente publicado por Ad Hoc. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas declarado por la Ley 4490 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

Es Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Académico visitante en la Universidad de Oxford, Reino Unido. Director de la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional del Comahue. Autor y coautor de diversos libros. El último de ellos: *Control de Convencionalidad en la Administración Pública: Aplicación de los Tratados Internacionales a la Actuación Administrativa* (Astrea, 2022).

JUAN MANUEL HUBEÑAK

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Integrante del Estudio Jurídico HBCS Abogados Consultores.

Walter Lara Correa

Es Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Profesor Adjunto Interino en la materia Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José Clemente Paz y en la materia Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Avellaneda. Profesor Titular en la materia Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Oeste. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Juez del Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10. walter.lara-correa@pjn.gov.ar.

Gala Ramos

Es Doctoranda en Derecho y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Investigadora. Prosecretaria Letrada de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Guillermo Scheibler

Es Abogado y Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (tesis en elaboración). Integra la carrera docente ininterrumpidamente desde 1995 y es Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo en dicha Facultad. Docente de posgrado en diversas facultades. Autor de numerosas publicaciones de su especialidad. Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde junio de 2008.

Pedro Aberastury

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

Federico Martin Amoedo

Es Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Participante en el proceso de construcción de consensos en la redacción del Proyecto de Ley de Ética Pública y Transparencia de la Provincia de Buenos Aires (Expediente PE-11/22-23-Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires). Integrante del Proyecto de Investigación El Control de la Discrecionalidad Administrativa en los Fallos de la Corte Suprema, a Veinte Años de la Reforma de la Constitución Nacional (acreditado bajo el Código 13/D020, Resolución CS. UNLZ. Nº 041/00).

Lautaro Ezequiel Pittier

Es Abogado. Profesor de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino y Director de Asuntos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de la Escuela de Abogacía de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio

Público de Abogados de Lomas de Zamora. Codirector de investigación Lomas CyT de "El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el Principio Internacional de Progresividad de los Derechos Humanos" y de "La enseñanza de los Derechos Humanos en la carrera de Abogacía de las Universidades Nacionales Argentinas".

ANALÍA CONDE

Es Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Área de Procesos Constitucionales y Tutelas Urgentes de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Secretaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

LUCIANO ENRICI

Es Juez del Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Isidro.

PATRICIO GARCÍA MORITÁN

Es Abogado. Magíster en Derecho y Economía. Realizó el curso de especialización en Derecho Administrativo Económico, así como diversos cursos de posgrado en cuestiones regulatorios y telecomunicaciones. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Autor de artículos de la especialidad y participante en jornadas y congresos. Socio del estudio Cassagne Abogados y miembro del directorio de diversas empresas vinculadas a la producción para la Defensa y la Seguridad.

FERNANDO GARCÍA PULLÉS

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y de posgrado en esa misma Facultad. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA) y vocal de su Comité Ejecutivo. Socio de García Pullés & Calatrava Abogados. Fue Subprocurador del Tesoro de la Nación y estuvo a cargo del organismo por decisión del Poder Ejecutivo. Conjuez de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

DIEGO ISABELLA

Es Abogado. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Con estudios de posgrado en la Universidad de Harvard. Profesor en la Universidad Católica Argentina de La Plata y en la Universidad de San Isidro. Director del Instituto de Derecho de Acceso a la Justicia de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Autor, director y coautor de publicaciones sobre la especialidad. Procurador General Adjunto de Dictámenes de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

MARÍA DE LOS MILAGROS MARRA

Es Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Jefa de Trabajos Prácticos de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Miembro de la Red "Mujeres para la Justicia". Jefa de Despacho - Relatora en la Vocalía IV de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Macarena Marra Giménez

Es Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Profesora Adjunta de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinadora del Área de Procesos Colectivos de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Replicadora de los talleres de perspectiva de género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Miembro de la Comisión Directiva de la Red "Mujeres para la Justicia" y del Centro de Estudios para una Justicia Colaborativa de la Universidad de Palermo. Jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 12.

Patricio M. E. Sammartino

Es Magíster en Derecho Administrativo, con diploma de honor. Profesor de grado y posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Austral y la Universidad Católica Argentina, entre otras. Director de la Escuela de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad. Fue Director de la Maestría en Abogacía del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Miriam Alejandra Santangelo

Es Especialista en Regulación de Servicios Públicos y Derecho Administrativo. Profesora de Régimen Jurídico del Gas y de Regulación de Servicios Públicos en la Maestría de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Docente en el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA), en el Ministerio Público Fiscal de la Nación y en el Observatorio de Tecnologías de la Información y la Comunicación, Estado y Gestión Pública. Miembro de la Gerencia de Asuntos Legales del Ente Nacional Regulador del Gas desde el año 1996. Autora de una gran cantidad de artículos sobre regulación de servicios públicos y Derecho Administrativo.

Cynthia V. Alvarez Tagliabue

Es Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública y Especialista en Derecho del Petróleo y Gas Natural por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Universidad del Museo Social Argentino. Abogada de la Planta Permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Directora de Sumarios del Ministerio de Defensa de la Nación.

Santiago R. Carrillo

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Profesor e Investigador en Proyectos de Ciencia y Técnica en la Universidad de Buenos Aires. Coordinador del Área de Procesos Colectivos de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Miembro de la Comisión para la Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires. Autor de numerosas publicaciones en la especialidad. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3.

Paula Monod Núñez

Es Abogada y Candidata a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública, Universidad de Buenos Aires.

FERNANDO GABRIEL COMADIRA

Es Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral de la que se egresó con Medalla de Oro al mejor promedio y premio a la mejor tesis de su promoción. Diplomado en Contrato Administrativo de Obra Pública por el FECIC. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Docente de Derecho Administrativo en las carreras de grado en la Universidad Austral y en la Pontificia Universidad Católica Argentina y de posgrado en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (en las materias "Contratos Administrativos" y "Control Judicial de la Administración Pública"), en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la carrera del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y en distintas especializaciones, cursos profundizados y diplomaturas. Autor de diversas publicaciones sobre la materia. Expositor en congresos vinculados con el Derecho Administrativo y Constitucional. Integra el Estudio Comadira - Abogados. Fue asesor legal en la Dirección General de Sumarios de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y asesor externo de la Subsecretaría de Energías Renovables de la Secretaría de Energía de la Nación y del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

CARLOS MARÍA FOLCO

Es Profesor de la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad de Belgrano. Director Académico de la Diplomatura en Naciones Unidas "Procedimiento Tributario Global" (Convenio IEFPA-UNITAR), Ginebra, Suiza; de la Especialización en Tributación y Fiscalidad Internacional, Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes; y de la Especialización en Derecho Tributario, Universidad Nacional del Litoral. Juez Federal de Ejecuciones Fiscales Tributarias.

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

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

FEDERICO THEA

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Cuenta con estudios de posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y un Máster en Derecho Público de la University College London como becario del British Council. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José Cemente Paz. Presidente del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Fue Director de Asuntos Jurídicos de YPF, Secretario Legal y Administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Nacional, Rector de la Universidad Nacional de José Clemente Paz, Secretario General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires y representante del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura provincial, con carácter de Consejero Titular. Autor de numerosos artículos académicos sobre su especialidad y libros como *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema*, *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (EdUnpaz, 2017) y *La Justicia Acusada* (Penguin Random House, 2020).

Luciano Marchetti

Es Magíster en Derecho Administrativo. Coordinador del Área de Procesos Constitucionales y Tutelas Urgentes de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Leandro Abel Martínez

Es Abogado y Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación de Docentes, Profesor Adjunto (i) de Derecho Constitucional y Subdirector de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo: lamartinez@derecho.uba.ar.

Gimena Olmos Sonntag

Es Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Judicial por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) –tesina pendiente de aprobación–; Maestranda en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de José Clemente Paz; Profesora Adjunta de la materia Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesora Asociada en las materias Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo II y Práctica Procesal Administrativa en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Funcionaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

ÍNDICE

Prolegómenos 31
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo 33
JORGE EDUARDO MORÁN

Fe en el derecho, fe en la política 35
CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ
Fe en el derecho, fe en la política 37
1. Derecho y política 37
2. Los jueces 38
3. Aplicación y creación del derecho 39
4. Ideales y realidades 40
5. Conjeturas 41
6. Fe en el derecho y fe en la política 44

UMBRAL

Garantías mínimas, tutela administrativa y migrantes 49
ENRIQUE ALONSO REGUEIRA
1. Las garantías mínimas 49
2. Principio de presunción de inocencia 52
3. El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación 52
4. El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa 53
5. El derecho a recurrir 54
6. Migrantes 55

Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA reformada según la Ley de Bases 61
FABIÁN OMAR CANDA
1. Valores, principios y reglas 61
2. Diseño de los principios fundamentales en la LNPA, reformada por la Ley 27.742 64
3. Los principios fundamentales en particular 65
3.1. Primer bloque: art. 1 bis párrafo primero de la LNPA 65

(i) Juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad 65
(ii) Principios de buena fe y confianza legítima 68
(iii) Principios de transparencia, simplificación y buena administración 71
3.2. Segundo bloque: art. 1 bis incisos a) a e) 74
(i) Principio de tutela administrativa afectiva 74
Derecho a ser oído antes del dictado del acto 76
Derecho a ofrecer y producir prueba 79
Derecho a una decisión fundada 79
(ii) Impulsión e instrucción de oficio, e informalismo a favor del administrado 80
(iii) Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia. Principio de eficiencia burocrática 82
4. Conclusiones 84

El plazo razonable de los procedimientos administrativos aduaneros. Proyecciones a partir de la Ley 27.742 89
AGUSTINA CAPPONI
1. Introducción 89
2. La garantía constitucional y convencional del plazo razonable y su recepción jurisprudencial hasta la sanción de la Ley 27.742 90
2.1. Marco normativo y conceptual 90
2.2. Interpretación de la CSJN 92
2.3. Conclusión parcial 95
2.4. Interpretación de la CNACAF 96
(i) Aclaraciones sobre los procedimientos aduaneros y su problemática 96
(ii) Sala I, "Race Logistic" 98
(iii) Sala II, "Abbot Laboratories" 98
(iv) Sala III, "Alba Compañía Argentina de Seguros" 99
(v) Sala IV, "Iveco Argentina" 100
(vi) Sala V, "Alba Compañía Argentina de Seguros S.A." 101
(vii) Conclusión parcial II 102
3. La recepción legal del plazo razonable como derecho aplicable a todos los procedimientos administrativos y su proyección sobre la materia.. 102
3.1. Conclusión parcial III 103
4. Justificaciones para la extinción de la acción para percibir tributos por afectación del plazo razonable 104
5. Reflexiones finales 107

¿Introduce la Ley de Bases una mirada de derechos humanos en el procedimiento administrativo? 109
NIDIA KARINA CICERO

1. Punto de partida 109
2. Previsiones incorporadas por la Ley de Bases que introducen una perspectiva de derechos humanos en el procedimiento administrativo 112
2.1. Principios generales 112
2.2. Otras previsiones 114
3. Luces y sombras 118
4. Epílogo 121
5. Bibliografía 122

El derecho de las personas a la participación pública en la Ley de Bases 125
ISAAC AUGUSTO DAMSKY
1. La ley y el derecho a participar 125
2. Razones para pensar al derecho a participar 127
3. La participación ciudadana como un Derecho Humano. Sus tres núcleos de protección 128
3.1. La formulación general del derecho a la participación 130
3.2. Derechos instrumentales interrelacionados con la participación 133
3.3. Progresividad, garantía mínima y mayor protección 135
3.4. En síntesis: el derecho a participar como un derecho en sí mismo . 136
4. Evocación del derecho a participar en un celebrado fallo de nuestra Corte Suprema 137
5. Epílogo 143

Impacto de la Ley de Bases en el procedimiento administrativo del Poder Judicial de la Nación 145
MICAELA S. FIGUEREDO
1. Introducción 145
2. La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación 146
2.1. La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación en la jurisprudencia 147
2.2. La aplicación directa de la LNPA en la actividad materialmente administrativa del Consejo de la Magistratura de la Nación 148
(i) La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación 151
3. Principales modificaciones en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación 153
3.1. Modificaciones relativas a los recursos administrativos 154
(i) Ampliación de plazos para la interposición del recurso jerárquico 154
(ii) Elevación del recurso y de las actuaciones 155
(iii) Trámite del recurso 156

(iv) Cómputo de los plazos hábiles: administrativos o judiciales 157
(v) Recaudos en la notificación para iniciar el cómputo de los plazos 157
(vi) Plazo para la resolución del recurso. Silencio 158
(vii) Recurso de reconsideración 160
(viii) Recurso interpuesto fuera de término 160
3.2. La vista de las actuaciones 160
3.3. El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo del Consejo 161
3.4. Plazos para la interposición del recurso directo ante la CSJN en materia disciplinaria de magistrados 162
4. Conclusiones 163

Descifrando enigmas en la reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos: silencio administrativo, poder discrecional y amparo por mora 165
ALFREDO SILVERIO GUSMAN

Principios fundamentales del Derecho Administrativo 173
PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en el ámbito del Poder Legislativo Nacional a partir de la sanción de la Ley de Bases 177
JUAN MANUEL HUBEÑAK
1. Breve introducción 177
2. El ámbito de aplicación de la LNPA a partir de la Ley de Bases 179
3. El ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de órganos y organismos del Poder Legislativo Nacional 183
4. La aplicación de las disposiciones de la LNPA a la actividad materialmente administrativa del Poder Legislativo Nacional luego de la sanción de la Ley de Bases 187
5. Reflexiones finales 205

Acerca del principio del plazo razonable y su reciente recepción expresa en la Ley de Procedimientos Administrativos 207
WALTER LARA CORREA
1. Introducción 207
2. Marco normativo 208
2.1. Vía interna 208
2.2. Vía internacional 208
3. La noción dinámica del plazo razonable 209
4. El fallo "Losicer" 210
5. ¿Es vinculante el precedente "Losicer" en el sistema argentino? 211

6. La recepción expresa del principio y su función de cohesión 212
7. Conclusión 213

Los principios en el marco de la nueva Ley de Procedimientos Administrativos. Interrogantes 215
GALA RAMOS
1. Introducción 215
2. La relevancia del procedimiento administrativo. El acceso a la justicia. 216
3. Principios del procedimiento administrativo. Interrogantes 218
4. Conclusiones 227

Breves apuntes acerca de aciertos, incertidumbres y sorpresas en materia de participación ciudadana en las recientes reformas a la Ley de Procedimientos Administrativos 231
GUILLERMO SCHEIBLER
1. Introducción 231
2. ¿Qué novedades aporta en la materia la Ley 27.742 (y su reglamentación)? 233
3. Aciertos 234
3.1. Adopción de algunos principios "amigables" a la participación 234
3.2. Adopción de una fórmula amplia de legitimación compatible con el art. 43 de la CN 234
3.3. Previsión expresa de los mecanismos de participación ciudadana.. 234
3.4. Otorgamiento de "rango legal" a ciertas garantías y recaudos que deben reunir los métodos participativos 235
4. Incertidumbres 236
4.1. ¿Es reemplazable la audiencia pública prevista legalmente? 236
4.2. ¿Y la materia ambiental? 237
4.3. El derecho de acceso a la información pública (Ley 27.275) 238
5. Sorpresa 239
6. Conclusiones 241

PRÁCTICA

El silencio de la Administración en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 247
PEDRO ABERASTURY
1. Introducción 247
2. Clases de silencio 249
2.1. El silencio negativo 251
2.2. El silencio como ambigüedad 254
2.3. Silencio positivo 255
3. La reglamentación del silencio positivo 257
4. Acto administrativo tácito o ficción jurídica 260

5. Revocación del acto estimatorio por silencio 263
6. Silencio estimatorio judicial 264
7. Conclusiones 265

El nuevo silencio administrativo como simplificación de trámites 267
FEDERICO MARTIN AMOEDO
LAUTARO EZEQUIEL PITTIER
1. Introducción 267
2. Desarrollo 268
3. Conclusión 273

Proyecciones del principio de tutela judicial efectiva en la reforma a la Ley 19.549, el dispositivo del art. 23 inc. b) ap. IV 275
ANALÍA CONDE

Cambios en las vías de hecho con motivo de la Ley 27.742 (Ley de Bases) 285
LUCIANO ENRICI
1. Introducción 285
2. Desarrollo 287
3. Los supuestos de vías de hecho incorporados por la Ley de Bases 290
4. Conclusiones 293

La vista de los expedientes administrativos y las modificaciones introducidas por la Ley de Bases 295
PATRICIO GARCÍA MORITÁN
1. Introducción 295
2. La vista y su fundamento constitucional 295
3. La evolución de la reglamentación de la vista en la normativa nacional 296
4. Algunos aspectos relevantes de la modificación introducida por la Ley de Bases 299
5. Conclusiones 304

¿Naturaleza y límites de la habilitación de la instancia tras la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo? 307
FERNANDO GARCÍA PULLÉS
1.Introducción 307
2. Los recaudos exigidos para habilitar la instancia judicial en el ámbito federal 308
3. Antecedentes de la habilitación de la instancia en el contencioso administrativo 310
4. El tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia 314
5. Las reformas a la Ley de Procedimiento Administrativo introducidas por la Ley de Bases 320

6. Los requisitos de la habilitación de la instancia, continúan siendo presupuestos o se han transformado en defensas disponibles 323
7. Los límites de los presupuestos de habilitación de la vía judicial 326
8. A modo de epílogo 327

Silencio administrativo y acceso a la justicia 329
DIEGO ISABELLA

Modificaciones de la Ley 19.549. Impacto en el marco de los procesos 337
MARÍA DE LOS MILAGROS MARRA
MACARENA MARRA GIMÉNEZ
1. Introducción 337
2. Ámbito de aplicación 337
3. Denuncia de ilegitimidad 340
4. Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales 341
5. Vías de hecho y fuerza ejecutoria de los actos 341
6. Efectos de la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo. 342
7. Impugnación judicial de actos administrativos 343
8. Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación (por vía de acción o recurso) 345
9. Amparo por mora de la Administración 347
10. Reclamo administrativo previo a la demanda judicial 348
11. Conclusión 350

El requisito esencial "procedimiento" en la LNPA reformada 353
PATRICIO M. E. SAMMARTINO
1. Primera parte: El "procedimiento administrativo" como requisito esencial del acto administrativo 354
1.1. Introducción 354
1.2. Los problemas del requisito esencial "procedimiento" en el nuevo esquema legal 354
1.3. La noción de procedimiento administrativo 357
(i) El procedimiento administrativo según el criterio estructural 357
(ii) El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva 360
(iii) La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho 362
1.4. Las funciones del procedimiento administrativo 365
(i) La clásica doble funcionalidad del procedimiento administrativo 365
(ii) El procedimiento como "cauce primario" de satisfacción y protección de los derechos sociales 366
(iii) El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal y sus excepciones 368

1.5. El procedimiento administrativo como requisito esencial del acto administrativo 370
(i) Configuración legal del requisito esencial "procedimiento" (art. 7º, inc. d, LNPA, modif. por Ley 27.742) 370
(ii) El elemento esencial "procedimiento" y la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva 372
(iii) La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN 374
(iv) La garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis inc. a) de la LNPA reformada 378
(v) Procedimiento administrativo y dictamen jurídico previo 380
(vi) Conclusiones 380
2. Segunda parte: Vicios en el procedimiento administrativo y amparo 381
2.1. Vicios en el elemento "procedimiento administrativo" y sus consecuencias 381
(i) Introducción 381
(ii) Regulación legal de los vicios en las formas. Los arts. 14, inc. b, ap. (iv) y 8º, segundo párrafo, de LNPA reformada 383
Vicio en la "forma" y sus consecuencias 384
Vicios en el procedimiento 390
(iii) "Grave violación del procedimiento aplicable" 406
2.2. Vicio en el procedimiento y amparo 421
2.3. Epílogo 422

Implicancias en los recursos directos contra el ENARGAS 423
MIRIAM ALEJANDRA SANTANGELO
1. Introducción 423
2. Funciones y facultades del ENARGAS 424
3. Facultades jurisdiccionales 426
4. Funciones sancionatorias 434
5. Otras funciones del ENARGAS. Recursos previstos en el artículo 70 de la Ley de Gas 436
6. Conclusiones 439
7. Bibliografía 440

SUSTANCIA

Ley de Bases: Modificaciones en materia de empleo público y derecho disciplinario 445
CYNTHIA V. ALVAREZ TAGLIABUE
1. Introducción 445
2. Los cambios en materia de Empleo Público 446
2.1. El régimen de estabilidad y el pase a disponibilidad 446
2.2. Movilidad del personal 451

2.3. Jubilación 452
(i) El caso de la jubilación del agente con tutela gremial 454
2.4. Prohibiciones: campañas electorales y/o partidarias 456
3. Los cambios en materia de Derecho Disciplinario 456
3.1. Sanciones 456
3.2. Prescripción 461
3.3. El derecho a huelga en el empleo público 463
4. Conclusión 464

Modificación al régimen de anulación de los actos administrativos: Del conocimiento del vicio al dolo del administrado 467
SANTIAGO R. CARRILLO
PAULA MONOD NÚÑEZ
1. Introducción 467
2. Escenario anterior a la reforma 468
3. El conocimiento del vicio 470
4. Ley de Bases: el dolo del administrado 471
5. Conclusión 472

Primeras reflexiones sobre la anulación, suspensión de oficio del acto administrativo estable y la acción de lesividad en Ley Nacional de Procedimientos Administrativos reformada por la Ley de Bases 475
FERNANDO GABRIEL COMADIRA
1. Introducción 476
2. Breves precisiones terminológicas y conceptuales 479
2.1. Alcance del término anulación y revocación 479
2.2. Concepto de nulidad en el campo del derecho administrativo: nuestra postura 480
2.3. Breve referencia al régimen de invalidez del acto administrativo ... 482
2.4. Alcance del término juridicidad y la insoslayable afirmación de los derechos humanos fundamentales en la escuela del Maestro Julio Rodolfo Comadira 484
3. Fundamento de la anulación de oficio del acto administrativo, de la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable y de la acción de lesividad 486
3.1. Las funciones jurídicas que asume el Estado están al servicio del bien común o interés público 486
3.2. La función administrativa satisface el bien común o interés público de manera directa e inmediata 488
3.3. La juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo del concepto de bien común o interés público primario 490

3.4. El restablecimiento del principio de juridicidad es, por consiguiente, un poder inherente a la función administrativa: la anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como poder inherente a la función de administrar 492
(i) La anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable como poder inherente en modo alguno implica que no pueda ser reglamentada 493
3.5. Síntesis 494
4. Anulación de oficio del acto administrativo: evolución jurisprudencial y legal del acto administrativo estable, "la denominada cosa juzgada administrativa" 495
4.1. La situación antes del dictado de la LNPA: el caso "Carman de Cantón" 495
4.2. La estabilidad del acto administrativo en la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases 497
(i) El acto administrativo "regular" 498
(ii) El acto administrativo "irregular" 499
4.3. La estabilidad del acto administrativo irregular en la LNPA luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases 503
(i) Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico actual: primera aproximación 504
(ii) La falta de estabilidad del acto administrativo irregular como principio general: el deber anulatorio de la Administración 504
(iii) Los derechos subjetivos que se estén cumpliendo o el cumplimiento total del acto como excepciones al deber de anulación oficiosa del acto administrativo irregular 505
(iv) Las excepciones a la estabilidad del acto administrativo: especial referencia al "dolo" del particular 507
Anulación que favoreciere al particular sin causar perjuicios a terceros o derecho otorgado expresa y válidamente a título precario 507
El dolo del particular como conducta habilitante de la potestad anulatoria de oficio inherente a la función administrativa 508
4.4. Procedimiento administrativo para la anulación de oficio del acto administrativo irregular 515
(i) Especial referencia al debido procedimiento previo al dictado del acto que dispone la anulación ejecutoria de un acto administrativo irregular 517
El dictamen jurídico previo 519

El respeto de la tutela administrativa efectiva (debido proceso adjetivo) 522
(ii) La anulación de oficio del acto administrativo irregular sin motivación o con insuficiente motivación acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto anulatorio. La cuestión en la LNPA según la Ley de Bases 528
4.5. Anulación de oficio y silencio administrativo 533
4.6. Síntesis 533
5. La suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable ... 534
5.1. La situación antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases 535
(i) La doctrina 535
(ii) La opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación 539
(iii) La jurisprudencia 539
5.2. La situación luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases 543
5.3. Análisis crítico del régimen jurídico actual: nuestra postura 544
6. La acción de lesividad: algunos aspectos conceptuales y procesales 546
6.1. Concepto 547
6.2. Objeto 548
(i) El acto administrativo estable 548
(ii) El silencio positivo y su consideración como "acto administrativo": la cuestión en la LNPA según la Ley de Bases . 548
6.3. Presupuestos de admisibilidad de la pretensión anulatoria del Estado 551
(i) El previo agotamiento de la vía administrativa: la "declaración de lesividad" 554
El agotamiento de la vía administrativa como garantía de los particulares 556
Naturaleza jurídica de la declaración de lesividad 557
(ii) ¿Existe plazo de caducidad y/o de prescripción para iniciar la acción de lesividad? 558
La cuestión antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA 559
La situación en el régimen jurídico actual de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases 560
Nuestra postura 561
6.4. Sujeto actor 563
6.5. Fuero competente 565
6.6. Sentencia: la cuestión en la doctrina, la jurisprudencia y en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases 566
(i) La opinión de la doctrina 569

(ii) La cuestión en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases 571
(iii) Nuestra postura: la retroactividad atenuada y su recepción por la LNPA y la jurisprudencia 571
7. La anulación de oficio en sede administrativa y la interposición de la demanda de lesividad como deber de la Administración 575
8. ¿Podría la Administración inaplicar la norma por considerarla inconstitucional? 581
9. Síntesis y conclusiones finales 586

Réquiem para la malhadada teoría de la subsanación 595
CARLOS MARÍA FOLCO
1. Introducción 595
2. La atribución de facultades materialmente jurisdiccionales a la Administración 600
3. La violación del debido proceso en sede administrativa 602
4. La doctrina de la subsanación 603
5. La Ley de Bases 606

Atenuar el presidencialismo reforzando sus poderes (una realidad distinta a la imaginada): Los decretos del presidente 609
GONZALO SEBASTIÁN KODELIA
FEDERICO THEA
1. Introducción 609
2. La división de poderes en la teoría política 611
2.1. División de poderes y distribución de funciones 612
2.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución 613
3. Organización y límites del Poder Ejecutivo 613
3.1. Prohibiciones constitucionales expresas 614
3.2. Función administrativa y facultad reglamentaria 614
3.3. Centralización, descentralización y doble fractura 616
4. Decretos delegados 618
4.1. La delegación legislativa 620
4.2. Decretos delegados antes de 1994 621
4.3. Decretos delegados después de 1994 623
4.4. Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa 624
4.5. La Disposición Transitoria Octava 628
5. Decretos de necesidad y urgencia 629
5.1. Regulación constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia 630
5.2. Requisitos sustanciales: las circunstancias excepcionales 631
5.3. El procedimiento constitucional y la Ley Reglamentaria 26.122 632
6. Irrazonabilidad de la Ley 26.122 y (des)control de constitucionalidad .. 634

La suspensión del acto en sede administrativa. El balance de perjuicios en la reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos 643
LUCIANO MARCHETTI
1. Introducción 643
2. Descripción del cambio normativo 643
3. Distribución de la carga del tiempo de la resolución del recurso administrativo 644
3.1. Principio general de la ejecutoriedad 644
3.2. Excepciones generales al principio de ejecutoriedad 645
3.3. Excepciones particulares al principio de ejecutoriedad 647
4. Dualidad intrínseca de la función administrativa 647
5. Balance de perjuicios 648
6. Implementación práctica del balance de perjuicios 650
6.1. Primer arbitraje 650
6.2. Segundo arbitraje 650
7. Conclusión 651

Ley de Bases, reforma del Estado y universidades nacionales 653
LEANDRO ABEL MARTÍNEZ
1. Las bases de la delegación legislativa 653
2. Las universidades nacionales frente a la reorganización administrativa y la intervención 655
2.1. La autonomía y la autarquía constitucional 655
2.2. Reorganización administrativa e intervención en la Ley de Bases .. 656
3. El principio de reserva de ley universitaria 658
4. El procedimiento administrativo 660
4.1. La anterior regulación 660
4.2. La nueva regulación 661
5. El control de la autarquía universitaria 663
5.1. La autarquía en la LES 663
5.2. El control interno y externo 664
5.3. El control interno según la doctrina de la PTN 667
5.4. El control de la autarquía plasmada en los estatutos universitarios. 670

El fracaso de la Ley - el Defensor del Pueblo 673
GIMENA OLMOS SONNTAG
1. Introducción 673
2. Definición 674
3. El Defensor del Pueblo 674
4. Las funciones asignadas al Defensor del Pueblo de la Nación 677
5. El comienzo de una verdadera debilidad institucional 677
6. Impacto de la falta de nombramiento del Defensor del Pueblo sobre la vigencia de los derechos humanos en Argentina 678

7. Omisión inconstitucional imputable al Poder Legislativo 678
8. La exhortación de la Justicia 679
9. Lo que en realidad pasa 682
10. Omisión inconstitucional y necesidad de reforma, a modo de conclusión 682

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 *skopéõ,* 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[1].

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

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

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

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

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

Como enseñaba Agustín Gordillo, las fuerzas individuales son limitadas[3] y todo trabajo útil y fructífero es un trabajo colaborativo, asociativo[4]. 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

Jorge Eduardo Morán
Presidente de la Cámara Nacional en lo
Contencioso Administrativo Federal.

La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal representa, por encima de todo, el esfuerzo colectivo de magistrados, funcionarios y empleados que, día tras día, contribuyen con dedicación a la ardua tarea de afianzar la justicia en nuestro país. Esta obra de divulgación es, a buen seguro, una prueba tangible de esa labor compartida, reflejando la riqueza de ideas, experiencias y perspectivas que conforman nuestra comunidad.

El camino recorrido por este fuero ha estado marcado por avances que no son producto de esfuerzos individuales, sino de una construcción colectiva comprometida de todos sus integrantes. Desde la incorporación de herramientas tecnológicas que optimizaron nuestro trabajo hasta la decisión de incluir la perspectiva de género en nuestra labor.

Recuerdo que, en el año 2010, esta Cámara fue la primera en establecer, de manera unánime y por acordada, la obligación de que juezas y jueces asistieran al curso dictado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dirigida entonces por la Dra. Carmen Argibay. Ese compromiso sentó las bases para un enfoque más inclusivo y equitativo.

De igual relevancia ha sido el énfasis en la capacitación y profesionalización continua de quienes integran este fuero. A través de la creación de cursos obligatorios y específicos diseñados tanto para quienes tienen formación en derecho como para aquellos que no, esta Cámara ha logrado crear espacios en los que no sólo se fomenta el aprendizaje, sino también el intercambio de experiencias y la construcción de un sentido de comunidad. Estos encuentros han permitido que sus participantes, sin importar su función o su futuro profesional, accedan a herramientas que enriquecen su labor cotidiana y fortalecen su vínculo con la misión de justicia.

El espíritu que anima esta obra, conformada por tres tomos, es el mismo que guía nuestra tarea diaria: una profunda vocación de servicio y un compromiso inclaudicable con la justicia. Buscamos así transcender los contornos estrictamente tribunalicios y desembarcar en la discusión académica, de la mano de la Facultad

de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de su Asociación de Docentes y de la Asociación de Jueces y Juezas Federales de la República Argentina.

Lo hacemos, además, con la ilustre participación del Sr. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, y de los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda.

Esta circunstancia refuerza una pluralidad de opiniones poco frecuente que, comprendida en forma integral, termina siendo una manera de modular el secreto que debe respetar todo juez contencioso. Ese fino hilo que divide y también armoniza la primacía del interés común y la protección del derecho individual, con la plena conciencia de que siempre tiene que hacer primar la prudencia y el sentido común, ya que las cuestiones sometidas a su juicio, muchas veces, tienen consecuencias para toda la sociedad. Es mi deseo que esta obra de divulgación inspire a quienes la lean, no sólo como un testimonio del esfuerzo conjunto, sino también como un llamado a continuar construyendo, desde nuestras respectivas funciones, una justicia que honre la confianza que la sociedad deposita en nosotros.

J.E.M.

Diciembre de 2024.

FE EN EL DERECHO, FE EN LA POLÍTICA

Carlos Fernando Rosenkrantz
Profesor Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires; Vicepresidente de
la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sumario: 1. Derecho y política. 2. Los jueces. 3. Aplicación y creación del derecho. 4. Ideales y Realidades. 5. Conjeturas. 6. Fe en el derecho y fe en la política*

Académico Romero, muchas gracias por su presentación. Me gustaría también expresar mi agradecimiento a los académicos que me honraron con el privilegio de incorporarme hoy a esta corporación.

Corresponde primero que evoque a Manuel Belgrano, patrón de la silla que voy a ocupar.

Belgrano es una excepción en un país al que le cuesta reconocer a sus coterráneos. La Argentina es un país dividido en el que el pasado nos desune tanto como el porvenir pero, sorprendentemente, como en muy pocas cosas, los argentinos estamos hermanados en nuestro respeto y admiración por la vida y por el legado de Belgrano. Por ello, me siento particularmente gratificado por ocupar la silla nominada en su honor.

Seguramente, todos aquí conocen los hechos más relevantes de la biografía de Belgrano. Enfatizaré entonces sus cualidades personales, que sustentan y justifican nuestro respeto y admiración.

Belgrano fue una persona con grandes inquietudes intelectuales, interesada en entender el mundo y el momento en el que vivía. Se preocupó mucho por su propia educación; estudio derecho en Salamanca, y también en España, economía con otros estudiantes en lo que llamaban, justamente, la Academia. Se preocupó también, y mucho, por la educación de otros, entre ellas la de las mujeres.

* El presente trabajo constituye una nueva publicación, con expresa autorización del autor, del discurso pronunciado en el Acto de Incorporación del Académico Carlos Fernando Rosenkrantz, en sesión pública extraordinaria, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 29 de junio de 2022. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XLIXX, Parte I, Doctrina, Año 2022, https://www.ancmyp.org.ar/categoria.asp?id=749.

Como un adelantado de su época, sobre las mujeres decía que, al igual que a los hombres, había que "inspirarles amor al trabajo, base de toda la riqueza".

Fue valiente defensor de las ideas en las que creía, incluso al costo de ser ridiculizado por sus pares, como cuando defendió una monarquía encabezada por el descendiente del Inca. Fue también valiente como militar, como cuando en Tacuarí rechazó la oferta de Cabañas, de rendición o cuchillo, o como cuando en Vilcapugio se negó a abandonar el peligro antes que los demás.

Fue humilde al punto de que, no obstante haber alcanzado el cargo de Brigadier general, aceptó ocupar cualquier puesto que le tocase en la lucha por su causa, e incluso servir como subordinado de alguien a quien respetaba mucho como San Martín aunque era de un grado militar menor al suyo.

Fue disciplinado en el cumplimiento de sus obligaciones. Su testamento da cuenta de la importancia que otorgaba a honrar sus deudas; su comparecencia ante el tribunal que juzgó su actuación al frente del Ejercito del Norte da cuenta de su sujeción a las normas que regían la vida militar.

Fue puntilloso en el cuidado del erario público. Son ejemplares las rendiciones de cuentas de su misión diplomática a Europa, su disposición a combatir aun sin paga y su comprensión del estado calamitoso de las finanzas nacionales.

Fue magnánimo en la victoria. Así perdonó a los prisioneros de la batalla de Salta que jurasen no empuñar las armas contra Buenos Aires.

Fue resiliente en la derrota. Tal como cuenta José María Paz en sus memorias, al día siguiente del desastre de Ayohuma formó a los restos del ejército para rezar el rosario, mostrando, más allá del gesto religioso, que nada se había alterado en términos de orden y compromiso con la causa.

Fue increíblemente generoso. A diferencia de lo que cabía esperar en esa época de un hombre de su condición, vivió toda su vida escaso de recursos. La única recompensa sustanciosa que recibió la concedida con motivo de las batallas de Tucumán y Salta fue donada con el cargo de construir cuatro escuelas que, entre otras cosas, debían enseñar a los alumnos los "rudimentos de los derechos y los deberes de los hombres en sociedad".

Pero por sobre todas las cosas, fue constante en su amor al país y en su militancia por el bien común.

Nosotros lo respetamos y admiramos pero también fue respetado y admirado por sus coetáneos. Gregorio Aráoz de Lamadrid declaró que "su capacidad, su política, la pureza de su patriotismo y su rectitud y vigilancia, le atrajeron el respeto y el amor del ejército y de todos los pueblos". Fray Cayetano Rodríguez sentenció "cuanto más lo tratas, has de descubrir en él bellas cualidades. Dios reserva a los hombres para las circunstancias". Paz, que combatió con Belgrano en el Ejército del Norte, escribió que "poseía un juicio recto, una honradez a toda prueba, un entusiasmo decidido por la disciplina y un valor moral que jamás se

ha desmentido" y que dio a la patria excelentes militares como San Martín pero, además, le suministró buenos ciudadanos. Manuel Antonio Castro, fundador de la Academia Teórica Práctica de Jurisprudencia de Buenos Aires, quien lo asistió durante el Éxodo Jujeño, aseveró: "Belgrano era valeroso en la guerra, complaciente en la paz, sincero en sus palabras, simple en sus acciones, fiel en sus amistades, exacto en sus deberes, reglado en sus deseos y grande aún en la pequeñez".

Respetando la tradición de esta Academia, corresponde ahora la evocación de mi antecesor, el Dr. Alberto Rodríguez Galán.

El Dr. Rodríguez Galán nació en Buenos Aires en 1922, se recibió en el Colegio Nacional Mariano Moreno y cursó los estudios de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde también obtuvo el título de doctor con una tesis sobre la Reforma Constitucional de 1860 que fue recomendada para el Premio Facultad. Fue discípulo de Jorge Eduardo Coll y de Eduardo Busso, a quienes recordaba y agradecía por su aporte a su educación. Admiró a Alberdi y a Sarmiento, a quienes les atribuía el mérito de haber sido "hacedores de los valores que sus obras sostuvieron como principios, para la adopción de la forma de estado federal".

Fue profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, miembro de esta Academia y de las academias de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia de Ciencias de Buenos Aires, ministro de Educación y Justicia de la Nación, Procurador del Tesoro y Presidente del Rotary Club.

Fue un académico ilustre que publicó extensamente trabajos sobre Derecho Constitucional, Historia Institucional y Ciencia Política. Actuó siempre con convicción y responsabilidad, intentando lograr el equilibro que domina las pasiones en la apasionada época que le tocó vivir.

Tenía fe en el país y fe en la Constitución a la que concebía, al igual que Juan María Gutiérrez, como "la Nación Argentina hecha Ley". Tenía fe en el país aun cuando, decía, "era consciente de las terribles contradicciones que nos consumen". Creía, con razón, que más allá de estas contradicciones era preciso afirmarse "en los valores permanentes de la Patria" y, como exhortaba en sus discursos, en la necesidad de "buscar la paz y el orden interior que Alberdi señaló como la religión argentina".

FE EN EL DERECHO, FE EN LA POLÍTICA

1. DERECHO Y POLÍTICA

En toda sociedad, para regular la convivencia y la cooperación hacen falta reglas que establezcan con precisión qué es lo que debemos, que es lo que no debemos y qué es lo que podemos hacer. El desiderátum es que dichas reglas sean adoptadas por unanimidad. Si fuera unánime, lo adoptado sería sin duda expresión de la voluntad común por lo que, en principio, nadie podría quejarse.

Pero la unanimidad es, en los hechos, imposible. Estamos caracterizados por diferencias de todo tipo y sostenemos concepciones distintas, a veces radicalmente distintas, acerca de lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer. Esta diversidad, en un régimen democrático y constitucional, hace necesaria la política. En un régimen democrático y constitucional las reglas que establecen lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer son determinadas por la política mediante el voto mayoritario.

Votamos, directamente o por nuestros representantes, y mediante el voto nos imponemos una constitución que nos constituye como comunidad política, establecemos los procedimientos para adoptar futuras decisiones y consagramos los derechos y deberes ciudadanos cuya vigencia consideramos ineludible. El voto mayoritario es el sustituto operativo de la unanimidad pues nos permite resolver con autoridad la diversidad característica de la modernidad.

Ahora bien, en virtud de que el objetivo último de una democracia constitucional es el autogobierno colectivo para la realización de la justicia, el voto no puede ser la expresión de intereses sectarios o de meras preferencias. Si lo fuera, el voto y la política no tendrían ningún poder legitimador del orden social. Sería, como dijo alguna vez Jorge Luis Borges, un mero "abuso de la estadística". Para legitimar acabadamente el orden político el voto debe ser un acto que apruebe el escrutinio público de la moralidad. En otras palabras, en el caso ideal quienes participen de la decisión común deberían estar inspirados por consideraciones morales, esto es, por razones que nadie puede razonablemente rechazar.

2. LOS JUECES

Por cierto, para convivir y cooperar unos con otros no solo necesitamos reglas que establezcan qué debemos, qué no debemos y qué podemos hacer sino también hacen falta arreglos institucionales que se encarguen de aplicar o hacer efectivas estas reglas. Por eso, toda democracia constitucional necesita jueces.

El primer imperativo de la judicatura es, entonces, respetar las reglas creadas por la política, incluyendo las reglas que la política, en momentos especiales, incorpora a la Constitución con el objetivo de proteger a los ciudadanos, y como Ulises y las sirenas, de protegerse de sí misma. Este imperativo no es siempre fácil de honrar. En primer lugar, en muchas circunstancias el corpus de reglas que una sociedad juridifica para organizar la convivencia y la cooperación es imperfecto, por lo que su aplicación a los casos concretos no está en modo alguno exenta de dificultades y controversias.

Más aun, estas dificultades y controversias, que han existido siempre, se han exacerbado en la modernidad. Esto se debe a que las constituciones y las legislaciones contemporáneas consagran algunos de sus imperativos mediante estándares de comportamiento cuyo contenido normativo no puede ser elucidado

por un mero análisis textual por lo que la operación característica de aplicación de normas generales a casos particulares para la cual los jueces están primariamente entrenados –la subsunción– se dificulta en muchas oportunidades hasta un punto muy difícil de superar pues los jueces necesitan "interpretar" cuando no hay acuerdo acerca de la mejor manera de hacerlo.

No voy a articular aquí la teoría de la interpretación que yo creo más plausible. Solo quiero enfatizar que la interpretación hace ineludible la necesidad de una teoría, aunque la teoría no se explicite en las decisiones judiciales. Dicha teoría es eminentemente normativa y la única que yo creo compatible con los ideales de una democracia constitucional que respeta la división institucional del trabajo entre la creación y la aplicación del derecho, es la teoría que da sentido a la tradición interpretativa de la jurisdicción en cuestión. Cómo identificarla es, sin duda, una tarea muy demandante. Las tradiciones interpretativas no son hechos duros que todos podemos ver y reconocer con facilidad. Por ello, siempre hará falta primero un análisis de las decisiones judiciales pasadas que aplican los estándares juridificados a casos concretos. Luego será indispensable la determinación del *rationale* subyacente que explica tales decisiones judiciales y, a partir de este material que constituye la historia jurisprudencial de la comunidad en cuestión, hará falta su compaginación y ajuste de acuerdo a la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho.

Mucho más se debería decir para tener una idea clara de la fisonomía de una teoría de la interpretación jurídica suficientemente sofisticada como para permitir aplicar los estándares jurificados por la política. Aquí solo quiero agregar que el test ácido de corrección de toda teoría de la interpretación es si es capaz de explicar las decisiones en los casos canónicos de la jurisdicción en cuestión, o al menos la mayoría de ellos.

3. APLICACIÓN Y CREACIÓN DEL DERECHO

De todos modos, más allá de las dificultades en la aplicación del derecho provocadas por la necesidad ineludible de interpretar y, por lo tanto, de recurrir a una teoría de la interpretación, dos cuestiones son claras. Primero, que en la aplicación del derecho los jueces no pueden hacer lo mismo que hacen los representantes de la voluntad popular al crear derecho. Este es un punto de fundamental importancia. La diferencia entre las funciones de los legisladores y de los jueces, entre otras cosas, se manifiesta centralmente en que los representantes de la voluntad popular, a la hora de sancionar las reglas que han de servir para organizar la convivencia y la cooperación, no están inhibidos de recurrir a sus propias convicciones acerca de lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer. Es más, esperamos que hagan eso, aunque en una democracia constitucional ideal, como ya sugerí más arriba, el voto las decisiones de los representantes

de la voluntad popular deben estar inspirados por razones morales. Los jueces, en cambio, tienen un mandato distinto –contrario diría– al de los representantes de la voluntad popular. Al resolver los casos que se les presenta, los jueces están inhibidos de recurrir a sus propias convicciones morales. Como he dicho en otras oportunidades, los jueces deben exhibir la más difícil de todas las independencias: no se trata únicamente de ser independientes de los demás –de las presiones ejercidas por terceros, o de la necesidad de aprobación popular, por ejemplo– sino que deben ser independientes de sí mismos, o más precisamente, de todo aquello que no sea el derecho aplicable al caso. Si los jueces actuasen de otro modo, si se permitiesen decidir los casos motivados por sus propias convicciones sustantivas, serían indistinguibles de los políticos –serían políticos en togas– y el gobierno terminaría siendo un gobierno de jueces.

La segunda cuestión clara, que en alguna medida es consecuencia de lo anterior, es que el derecho es una práctica informada por el *ethos* de la imparcialidad. Ello es así, en parte, debido a que los jueces están constreñidos por mecanismos procesales que reglan la búsqueda de la verdad legal. Deben decidir los casos en procesos adversariales diseñados para que la razón y solo la razón, aunque más no sea la razón jurídica, tenga la mayor probabilidad de prevalecer. Pero principalmente este *ethos* es consecuencia de la inhibición de los jueces de recurrir a sus propias convicciones morales para resolver los casos. En otras palabras, lo que estoy tratando de decir es que la imparcialidad judicial es un producto de la independencia judicial. Si los jueces no son independientes de otros y de sus propias convicciones sustantivas no hay imparcialidad posible. Es por ello que la independencia debe ser la virtud cardinal de la judicatura.

4. IDEALES Y REALIDADES

Lo que he dicho hasta aquí no es nada novedoso. Si tiene algún mérito es que pone de relieve que la tarea de los jueces es categorialmente diferente a la tarea de los representantes de la voluntad popular; que existe una distinción funcional entre *demos* y *foro*, y que la política y el derecho son dos actividades sociales muy diferentes entre sí. Si fuéramos forzados a condensar en una frase esta distinción, habríamos de decir que mientras la buena política debe ser animada por consideraciones de moralidad, el buen derecho debe ser solo animado por consideraciones de legalidad.

Ahora bien, el mundo no funciona como requiere el ideal de la buena política y el buen derecho. Es justamente en esta distancia entre ideales y realidades donde surge el problema al que quiero apuntar y que constituye el verdadero tema de mi disertación.

¿Qué sucede en la actualidad? En virtud de transformaciones profundas en todas las latitudes y en muy diferentes grados, el derecho y la política, en lugar de

complementarse, han comenzado a competir entre sí. Se empiezan a mezclar las funciones características de cada una de estas dos prácticas sociales y a confundir las atribuciones y las responsabilidades de los participantes en cada una de ellas. Se corre así el gran riesgo de perder una distinción esencial para la posibilidad de realizar el ideal de toda democracia constitucional, que no es otro que el autogobierno colectivo para la realización de la justicia.

Este fenómeno de confusión entre las funciones características de la política y el derecho tiene dos manifestaciones paradigmáticas. En primer lugar, comienza a producirse lo que podríamos llamar "la judicialización de la política". Se trata de la expectativa general de que las reivindicaciones que tradicionalmente eran, en un estado democrático y constitucional, atendidas por los representantes de la voluntad popular y resueltas mediante el voto, sean llevadas ante los tribunales para ser decididas por los jueces.

En segundo lugar, de modo especular, aparece una tendencia en algunos jueces a moralizar y, por ello, a politizar su quehacer, aunque no en el sentido de que adoptan posiciones partidarias sino en el sentido de que, para resolver los problemas que pueden surgir en la aplicación de los estándares juridificados en la Constitución y en la legislación acuden a la franquicia que en un estado democrático y constitucional solo tiene la política democrática: en lugar de razonar en términos únicamente jurídicos, algunos jueces trascienden el derecho en búsqueda de –por ponerlo de algún modo– la solución aceptable todas las cosas consideradas, en especial las exigencia de la moral, para el caso que deben resolver.

Antes he dicho que en nuestras sociedades existe una diversidad de concepciones acerca de lo que debemos, lo que no debemos y lo que podemos hacer. Esta diversidad, obviamente, también se encuentra entre los jueces. Por lo tanto, cuando los jueces trascienden el derecho en búsqueda de la solución moralmente aceptable, la diversidad se cristaliza y, con ello, se socava el derecho. Al trascenderse el derecho en busca de lo moralmente aceptable sucede que, en última instancia, los casos son resueltos del modo en que cada juez elige modelar los estándares de comportamiento que integran el sistema jurídico a la luz de sus propias convicciones. Y ello hace imposible la aspiración de que las reglas y principios que sirven para resolver los casos pueden ser atribuidas a la voluntad de una comunidad política determinada. Llamemos a esta actitud "la pulsión por trascender del derecho".

5. CONJETURAS

Es difícil determinar por qué la pulsión por trascender el derecho y la judicialización de la política están teniendo lugar. Ciertamente, estos dos fenómenos no ocurren como consecuencia de un plan diabólico armado para la usurpación antidemocrática o para la rebelión anticonstitucional. Es más bien el producto de un cambio cultural.

Si se observan primero las cosas desde el punto de vista de la política, el cambio cultural parece estar ocurriendo porque se deja de ver la política como un *locus* con aptitud legitimadora. La aspiración de que los representantes de la voluntad popular voten guiados por concepciones de la justicia plausibles y como conclusión de una deliberación moral, de modo tal que lo que decidan no pueda ser razonablemente rechazado por nadie, es vista como una quimera.

Para ser franco, no tengo en absoluto claro por qué la política está perdiendo esa aptitud legitimadora. Hay varias teorías disponibles. En los ámbitos académicos de los Estados Unidos, por ejemplo, hay una convicción bastante extendida que se ha desarrollado en el contexto de la teoría de la agencia. De acuerdo con esta convicción, los representantes de la voluntad popular, como muchos otros, son antes que nada buscadores de renta: están más interesados en su reelección y en otros beneficios asociados a sus cargos, cuya obtención les exige satisfacer intereses focales y abstenerse de preocuparse por el bienestar general. Esta actitud obviamente imposibilita que la política sea vista como el lugar propicio para la articulación de decisiones que puedan ganar aceptabilidad general.

Una explicación diferente es provista por Fernando Atria, uno de los académicos latinoamericanos que más se ha ocupado de estas cuestiones. Atria sostiene que la capacidad racionalizadora –o legitimadora, diría yo–, que una vez tuvo la política, está cuestionada en todas las latitudes. No por los incentivos de los políticos, como sugeriría la teoría de la agencia, sino por la dificultad de las instituciones democráticas para hablar en nombre de todos. La idea de que la discusión pública –dice Atria– puede hacer probable la "emergencia de la voluntad general ha devenido ininteligible". En el mejor de los casos, la política moderna –afirma– solo puede expresar la voluntad de la mayoría. Ahora bien, si la voluntad de la mayoría reemplaza a la voluntad general –Atria nos recuerda que Rousseau la consideraba su opuesta–, la legislación democrática no podría nunca ser el producto del ejercicio de la libertad de todos, porque, dado que solo es mayoritaria, no podría expresar nada que pueda concebirse como aceptable para todos y, en virtud de ello, nunca podría legitimarse frente a todos.

Sea como fuere –como dije, no tengo claro cuál es la causa–, lo que sí sé es que la necesidad de resolver problemas antes reservados a la política, ahora considerada impotente en nuestras sociedades, está siendo redireccionada hacia los tribunales.

Por qué algunos tribunales están respondiendo a esta necesidad redireccionada es también un interrogante difícil de responder. En mi opinión, una combinación de circunstancias está haciendo posible que allí, en los tribunales, se encuentre un lugar considerado propicio para superar la dificultad que se cree padece la política para expresar la voluntad general.

La primera circunstancia que parece relevante para una explicación de la cuestión es la siguiente. Como ya mencioné, las constituciones y legislaciones contemporáneas consagran sus imperativos mediante estándares de comportamiento cuyo contenido normativo no puede ser elucidado por un mero análisis textual. Ello ha determinado, como también he sugerido, que la aplicación del derecho sea mucho más dependiente de teorías interpretativas de lo que sucedía con anterioridad. Y, como ha enfatizado entre nosotros Andrés Rosler, parte del problema que vemos en la aplicación del derecho está en algunas de esas teorías interpretativas, o para ser más justos, quizá en el modo de entenderlas por parte de algunos de los jueces.

En efecto, tanto en el mundo jurídico anglosajón como en el continental se han popularizado algunas posiciones que de algún modo u otro habilitan a los jueces a incorporar en sus deliberaciones jurídicas sus propios ideales políticos y morales. Ronald Dworkin es probablemente el filósofo jurídico más importante de los últimos 50 años, y sin dudas el más influyente en el mundo anglosajón. Algunos han entendido que su teoría de la interpretación jurídica permite que los jueces, al menos para resolver los casos difíciles (que son aquellos donde el texto constitucional o legal aplicable no es suficientemente concluyente) pueden recurrir a la solución que ofrece la mejor teoría política o moral respecto de lo que está en cuestión que sea, al mismo tiempo, consistente con la historia jurisprudencial de la sociedad de que se trata, para luego, a la luz de esa teoría moral y de esa historia jurisprudencial, resolver dichos casos. Yo no estoy seguro que esta sea la manera correcta de entender a Dworkin pero sí que ese ha sido el modo en algunos académicos y jueces la han entendido y en sus términos ella permite que los jueces accedan al privilegio de la política que, como dije antes, consiste en la franquicia de decidir lo que se debe lo que no se debe y lo que se puede hacer a la luz de consideraciones morales.

Del otro lado del Atlántico, en Alemania, Robert Alexy, un teórico muy prestigioso y enormemente influyente en Europa continental, inspirado en la idea de que la Constitución es un orden objetivo de valores, ha sostenido, quizá más claramente que Dworkin, una teoría que habilita a los jueces a que al decidir recurran a las consideraciones morales. Alexy ha afirmado –como recordó Juan Antonio García Amado– que los derechos constitucionales son la consecuencia de que la Constitución reconoce mandatos de optimización, es decir, exigencias de que se promueva al máximo posible un estado de cosas colectivo moralmente ideal. Ahora bien, un modo de entender las ideas de Alexy es que los mandatos de optimización dan lugar a que los jueces conjeturen sobre cuál es la situación moralmente ideal, socialmente hablando, y sobre cómo lograrla del mejor modo posible y a la luz de dicha conjetura resuelvan los casos que se les presenten.

Nuevamente, lo sugerido por estas interpretaciones de Dworkin y Alexy, que reitero no necesariamente es la mejor interpretación de sus respectivas posiciones pero que así se ha entendido por algunos académicos y jueces, es exactamente lo que

los jueces *no* deben hacer. De acuerdo con lo que esquemáticamente sugerí antes, los jueces no pueden resolver los casos en base a sus convicciones morales ideales sino que deben adecuarse a las tradiciones de interpretación de su comunidad, lo que requiere dar cuenta de su historia jurisprudencial y en todo caso recurrir a la moralidad positiva, interna o inmanente del derecho y su ambición de univocidad.

Las propuestas de Dworkin y de Alexy –que así descriptas, reitero, son una invitación a aplicar la moral ideal al decidir los casos creo que pueden figurar como una de las causas de la pulsión judicial por trascender el derecho.

Creo que otra causa que contribuyó a esta pulsión, más allá de la popularidad que han adquirido las teorías interpretativas mencionadas, es la frustración social por la incapacidad de los regímenes democráticos y constitucionales para conseguir las reformas necesarias para construir sociedades más justas. Sé que es difícil probar esta conjetura sin análisis empíricos. Pero parece natural la verdad del siguiente argumento contra fáctico: si todos los jueces invariablemente se abstuvieran de recurrir a sus propias convicciones morales para decidir y se limitasen a aplicar las reglas y principios convertidos en derecho por los representantes de la voluntad popular conforme a su texto y a las tradiciones de interpretación comunitaria y, en todo caso, solo recurrieran a la moral positiva, interna o inmanente del derecho, la política no se estaría judicializando. Si los jueces hicieran eso, la presión ciudadana por el cambio se habría dirigido adónde tiene que hacerlo en una democracia constitucional, es decir, a la política. Y la política, más tarde o más temprano, impedida de derivar esa presión a los tribunales, reaccionaría resolviendo las cuestiones recurriendo a la voluntad de los ciudadanos de la comunidad en cuestión.

6. Fe en el derecho y fe en la política

Es obviamente relevante identificar el fenómeno, que parece estar extendiéndose, en virtud del cual la política, como el Rey Midas, politiza todo lo que toca. Es relevante también identificar el fenómeno paralelo por el que la política se retira de donde debería estar, dejando un espacio que ahora es ocupado por algunos jueces. Pero más relevante aun es identificar cómo lograr que la política y el derecho conserven su autoridad e imperio en sus respectivos dominios. El desafío consiste en determinar qué es lo que debemos hacer para lograr que la política no invada el territorio del derecho ni el derecho invada el territorio de la política. Y esto es algo que nos debe importar a todos, incluso a quienes están por el momento satisfechos por el juego conjunto de la pulsión de los jueces por trascender el derecho y la judicialización de la política. Nos debe importar no solo porque el ideal de la democracia constitucional es que las sociedades deben gobernarse, aun con sus tropiezos, mediante la voluntad de sus ciudadanos, sino también porque la judicialización de la política y la pulsión por trascender el derecho es un cuchillo de dos filos: si bien en ciertas circunstancias puede

contribuir a realizar una sociedad más justa, en muchas otras puede ser la coartada ideal para tornarla más reaccionaria.

Entonces ¿cuál es el antídoto para que los jueces, en la tarea de resolver casos, se abstengan de recurrir a sus convicciones morales, por plausibles que puedan ser, y para que la política se haga cargo, dentro del marco de la Constitución y la ley, de tomar las decisiones que corresponden a los representantes de la voluntad popular?

Estoy convencido de que la receta que buscamos no pasa por in- tentar reducir el desacuerdo acerca de lo que debemos, lo que podemos y lo que no debemos hacer que nos caracteriza. Alguien podría pensar en efecto que, si redujéramos el desacuerdo, la pulsión de los jueces por trascender el derecho sería menos problemática en la medida en que, con acuerdos morales generalizados, esa trascendencia sería una manera más de realizar valores comunes. El verdadero antídoto es otro y consiste, creo yo, en recuperar la fe en el derecho.

Recuperar la fe en el derecho requiere estar dispuesto a conceder al derecho, a las razones jurídicas, la aptitud –salvo circunstancias muy extremas– de servir de justificación última y categórica de las decisiones judiciales. Recuperar la fe en el derecho requiere ver el derecho como un orden autónomo y unívoco, como un discurso normativo que genera obligaciones que no son tales por ser instrumentales para la realización de valores externos al derecho sino por su carácter jurídico, propiedad categorialmente distinguible de otros discursos normativos. Requiere que, al pensar en nuestros derechos y deberes como ciudadanos y al resolver los casos como jueces, como sostuvo Joseph Raz en su análisis de la idea de "autoridad", tomemos a las razones jurídicas como "perentorias", esto es, no solo como poseedoras de la autoridad de indicar lo que debe ser hecho sino, además, como un imperativo que nos intima a excluir de nuestra consideración toda otra razón para hacer algo diferente.

Si recuperamos la fe en el derecho, juntos podremos realizar valores. En primer lugar, podremos realizar el valor de la cooperación a lo largo de nuestras vidas pues, como decía Cicerón, el derecho permite hablar a todos los ciudadanos todo el tiempo con una sola voz. Esta aptitud, que garantiza la univocidad del derecho, es de enorme importancia en las sociedades modernas caracterizadas por el desacuerdo moral, pues nos permite evitar la fragmentación normativa. Ello, a su vez, nos habilita a hacer cosas unos con otros, confiar unos en otros, para así cambiar y mejorar no solo individualmente sino también como comunidad. Pero, además, si recuperamos la fe en el derecho, en nuestras relaciones como ciudadanos podremos ser capaces de generar el valor aristotélico de la *philia politiké,* esto es, la amistad cívica que puede desarrollarse entre aquellos que se sujetan a las normas que se dan a sí mismos. Este valor es también de gran relevancia pues, como ha destacado John Finnis, la posibilidad de vivir en una comunidad

que se autogobierna y de la que se forma parte es sin duda uno de los elementos constitutivos de nuestro bienestar.

Por otro lado, para que los jueces se abstengan de recurrir a sus propias convicciones al momento de juzgar y la política se haga cargo de adoptar las decisiones que le corresponden es necesario también que nuestras sociedades recuperen la fe en la política. Es preciso que acepten que el ideal del autogobierno requiere que las transformaciones sociales sean hechas por los representantes de la voluntad popular; que para transformar nuestras sociedades no son aceptables los atajos de ningún tipo; que no podemos dejar de lado el derecho para lograr lo que nos gusta; que los jueces no son los vehículos del cambio y que no debe alejarnos de estas convicciones la impaciencia que puede generar el hecho de que muchas veces, en las democracias constitucionales, el cambio, en la medida en que requiere mayorías consistentes en el tiempo, es dificultoso.

Recuperar la fe en la política requiere recuperar la confianza en que las democracias constitucionales, con todas sus imperfecciones, son los esquemas mejor diseñados para que nuestras sociedades, en la búsqueda de la realización de la justicia, cambien endógenamente. Los cambios endógenos son los únicos sustentables porque son los únicos aptos para generar los hábitos necesarios para perdurar en el tiempo. Requiere además que la política internalice que, para ocupar nuevamente el *locus* de aptitud de legitimación, sus decisiones deben ser motivadas por consideraciones morales, esto es, consideraciones que todos, después de la debida reflexión, no podamos razonablemente rechazar.

Muchas gracias.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de San Andrés. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue designado Ministro de la Corte en agosto de 2016 a propuesta del presidente Mauricio Macri. Fue presidente del Tribunal entre octubre de 2018 y octubre de 2021 por la Acordada 29/18. Fue Rector de la Universidad de San Andrés hasta su designación como Ministro de la Corte y ejerció como abogado en el estudio Bouzat, Rosenkrantz y Asociados.

UMBRAL

GARANTÍAS MÍNIMAS, TUTELA ADMINISTRATIVA Y MIGRANTES

Enrique Alonso Regueira
Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

Que nunca oíste la hojarasca crepitar.
Spinetta, 1976.

Sumario: 1. Las garantías mínimas. 2. Principio de presunción de inocencia. 3. El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación. 4. El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. 5. El derecho a recurrir. 6. Migrantes.*

1. Las garantías mínimas

El art. 8.2 de la Convención establece una serie de garantías mínimas a las que tiene derecho toda persona inculpada de un delito, a lo largo del proceso penal. Sin embargo, la Corte entiende que corresponde extender su alcance respecto de cualquier determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Puntualmente, en el caso "Baena" (2001), expresa que "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; [la persona] tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes"[1].

Este precedente ha establecido una doctrina que, por algún tiempo, se ha entendido como de futuro incierto por ser tan "altamente controversial" que incluso

* El presente trabajo es una reversión de Alonso Regueira, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs,* 1º ed., Buenos Aires, Lajouane, 2024, Capítulo IV, pp. 131-139 y 156-178.

1 Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá" (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párr. 125.

ha dividido a integrantes de la Corte[2]. Sin embargo, termina por consolidarse en el Caso "Tribunal Constitucional (Camba Campos)" (2013), en donde se ratifica que "a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias [la persona] tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal"[3].

2 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. 87 y 88.

3 "La Corte Interamericana, como también la Comisión en el ejercicio de sus funciones, ha planteado el razonamiento de manera consistente en un conjunto de supuestos que no dejan duda acerca de la creación de un verdadero estándar jurisprudencial en la materia" (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, con cita del caso "Tribunal Constitucional Vs. Perú" [Fondo, Reparaciones y Costas], 31/01/2001, Serie C No. 71, párr. 70).

De esta manera, el sistema interamericano "se ha pronunciado sobre el proceso de titulación de tierras de un pueblo indígena, el proceso administrativo sancionatorio de carácter laboral (Cf. Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 2 de febrero de 2001 y 'Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 27 de noviembre de 2008), uno relativo a la cancelación de nacionalidad (Cf. Corte IDH, caso 'Ivcher Bronstein Vs. Perú' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 24 de septiembre de 1999), procesos seguidos por [autoridades] electorales sobre la inscripción de candidatos (Cf. Corte IDH, caso 'Caso Yatama Vs. Nicaragua' [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 23 de junio de 2005), los que determinan la situación migratoria de un extranjero (Cf. CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/ll.116. 22 de octubre de 2002), procesos disciplinarios de fuerzas armadas o policiales (CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos OEA/Ser.L/V/ll.5. 31 de diciembre de 2009), procedimientos decisorios de entrega de información pública (Corte IDH, caso 'Claude Reyes y otros Vs. Chile' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 19 de septiembre de 2006), la inhabilitación política (Corte IDH, caso 'López Mendoza Vs. Venezuela' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 1 de septiembre de 2011), las labores de una comisión decisoria sobre prestaciones económicas (Corte IDH, caso 'Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay' [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 13 de octubre de 2011) y hasta a un procedimiento de juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República para destituir [integrantes] del Tribunal Constitucional (Cf. Corte IDH, 'Tribunal Constitucional Vs. Perú' (Fondo), ya cit.). En este sentido, no cabe una lectura restrictiva o literal de las 'garantías judiciales' del artículo 8 de la Convención centrada exclusivamente en los procesos judiciales, sino que su interpretación remite a su aplicación en 'todas las instancias procesales' (Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987)" (Salmón - Blanco, ya cit., pp. 84 a 86).

"Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas"[4].

Por consiguiente, también "pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance"[5].

La jurisprudencia interamericana efectúa algunas precisiones respecto de la incidencia de tales garantías mínimas en el proceso disciplinario. Sin perjuicio de que algunas de ellas tendrán un desarrollo más detallado, cabe recordar que el citado artículo también recepta como garantías, la invalidez de obtener una confesión bajo coacción (art. 8.3), la imposibilidad de ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos por los que la persona ha sido absuelta por sentencia firme (art. 8.4)[6] y la garantía de que el proceso penal sea, por principio, público (art. 8.5).

4 "La Corte se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la aplicabilidad del artículo 8.2 de la Convención Americana, entre otros, en el marco de dos casos relacionados con un juicio político y la destitución de [integrantes] del Tribunal Constitucional del Perú por el Congreso, y un juicio político contra vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano, así como en el ámbito del desarrollo procesos administrativos y laborales conducidos por el Poder Ejecutivo en contra de funcionarios públicos y ciudadanos. Además, en el caso 'Vélez Loor Vs. Panamá', la Corte aplicó el artículo 8.2.h respecto a la revisión de una sanción administrativa de privación de libertad, considerando que el 'artículo 8.2.h de la Convención [...] consagra un tipo específico de recurso que debe *ofrecerse* a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad, como garantía de su derecho a la defensa'. En estas sentencias, la Corte no ha limitado la aplicación del artículo 8.2 de la Convención Americana a procesos penales, sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral; así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias 'el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal'" (Corte IDH, caso "Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 03/05/2016, Serie C No. 311, párrs. 73 y 74, con cita de casos "Tribunal Constitucional Vs. Perú" (Fondo), ya cit. párr. 70; "Tribunal Constitucional (Camba Campos), ya cit., párr. 166; "Baena", ya cit.; "Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas), 06/02/2001, Serie C No. 74; "Vélez Loor Vs. Panamá" (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23/11/2010, Serie C No. 218, párr. 178 y "Mohamed Vs. Argentina" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2012, Serie C No. 255).

5 Corte IDH, casos "Maldonado", ya cit., párr. 175; "Urrutia Laubreaux Vs. Chile" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/8/2020, Serie C No. 409, párr. 102 y "Cuya Lavy y otros Vs. Perú" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/09/2021, Serie C No. 438, párr. 152.

6 El "Tribunal advierte que la falta de especificación relativa a qué sanciones previas se consideraron y aplicaron como circunstancias agravantes y la imposición de la sanción más grave posible, muestra un apartamiento del deber de motivación, que además significó una vulneración al principio *ne bis in idem*, en tanto se habría aplicado la circunstancia agravante contenida en el literal c) del artículo 30 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, referida a la

2. Principio de presunción de inocencia

Este principio "constituye un fundamento de las garantías judiciales, lo que también resulta aplicable a los procesos sancionatorios como expresión del *ius puniendi* del Estado. La presunción de inocencia implica que la persona imputada no debe demostrar que no ha cometido la conducta que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio de la persona acusada. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en la persona acusada. Por otro lado, el respeto del principio de presunción de inocencia implica que [las personas encargadas de juzgar] no inicien el proceso con una idea preconcebida de que la persona acusada ha cometido la conducta que se le imputa"[7].

3. El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación

Respecto de lo prescripto en el art. 8.2.b de la Convención, explica que "el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada implica que las personas evaluadas tengan conocimiento, de forma precisa, de los criterios generales de evaluación utilizados por la autoridad competente para determinar su permanencia en el cargo. Lo anterior, [...] es indispensable para el ejercicio del derecho a la defensa"[8].

En definitiva, "este derecho implica que se haga una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa", por lo que "el Estado debe informar [a la persona interesada] no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos"[9].

"De ahí que [la persona imputada] tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. Como parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención, el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación se aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el art. 8.1 de la Convención,

---

ejecución del hecho 'en presencia del personal', es decir, tomando en cuenta para dicha agravante la misma conducta objeto de reproche, como lo era la falta de respeto hacia otros miembros de la institución policial" (Corte IDH, caso "Mina Cuero Vs. Ecuador" [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], 07/09/2022, Serie C No. 464, párr. 103).

7 Corte IDH, caso "Mina Cuero", ya cit., párr. 96. En similar sentido, ver caso "Maldonado", ya cit., párr. 85.

8 Corte IDH, caso "Cuya Lavy", ya cit., párr. 153.

9 Corte IDH, caso "Mina Cuero", ya cit., párr. 85.

a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza. Ahora bien, cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuales son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan"[10].

Pueden encontrarse casos en los que la Corte constata un incumplimiento de esta garantía ante la ausencia de una "información que fuera clara respecto de la motivación del proceso de destitución, así como una mínima referencia a la relación existente entre los hechos respecto de los cuales se aplicaría la sanción disciplinaria y la norma supuestamente infringida"[11]. También, cuando la persona encartada "en ningún momento previo a la imposición de la sanción" fue informada "del inicio de un proceso disciplinario en su contra, de las normas presuntamente infringidas ni se le brindó un análisis claro y concreto respecto a la aplicación de dichas normas"[12].

4. El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

Esta garantía, reconocida en el art. 8.2.c de la Convención, "obliga al Estado a permitir el acceso de la persona al conocimiento del expediente llevado en su contra e implica que se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de la persona en el análisis de la prueba. Además, los medios adecuados para presentar la defensa comprenden todos los materiales y pruebas utilizados, así como los documentos exculpatorios". Asimismo, en relación con los procesos de evaluación de funcionarias y funcionarios públicos, la Corte establece que esta garantía "implica que la persona evaluada tenga derecho a conocer las razones por las cuales las autoridades competentes consideran que hay incompetencia o incumplimiento, a ofrecer argumentos orientados a desvirtuar la postura de las autoridades antes de una decisión definitiva y, en general, a ofrecer pruebas sobre la idoneidad de su desempeño"[13].

10 Corte IDH, casos "Maldonado", ya cit., párr. 80 y "Urrutia", ya cit., párr. 113.

11 "[N]o resultaba claro el motivo específico por el cual la señora Maldonado estaba siendo objeto de un proceso disciplinario; en consecuencia, no contó con información detallada de las razones por las cuales podría ser destituida de su trabajo" (caso "Maldonado", ya cit., párrs. 82 y 83).

12 Corte IDH, caso "Urrutia", ya cit., párr. 115.

13 "[Las] presuntas víctimas no tuvieron oportunidad de conocer el informe emitido por la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales del CNM y por lo tanto no pudieron desvirtuar dicho el informe ni presentar pruebas de descargo, por esta razón este Tribunal considera que el Estado es responsable de la violación de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a tener el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contenidos en los artículos 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención" (Corte IDH, caso "Cuya Lavy", ya cit., párrs. 154 y 158).

Por último, se observa que este derecho se encuentra muchas veces entrelazado con el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación explicitado en el acápite anterior.

A modo de ejemplo, puede recordarse el caso "Mina Cuero" (2022), en el que "la Corte advierte que "no consta en las actuaciones una notificación escrita en virtud de la cual se haya comunicado a la presunta víctima los motivos específicos por los que se iniciaba el procedimiento administrativo en su contra ni su eventual configuración legal, es decir, las causales normativas que determinarían la probable comisión de infracciones disciplinarias por parte del señor Mina Cuero. En consecuencia, la falta de una notificación que cumpliera tales exigencias impidió a la presunta víctima ejercer adecuadamente su derecho de defensa, en tanto desconocía los hechos específicos frente a los cuales debía formular su estrategia defensiva". También considera allí que el hecho de que se citara a audiencia declaratoria a la presunta víctima con un día de antelación, aun cuando ella "compareció a la audiencia asistid[a] por un abogado defensor particular, y propuso como prueba el testimonio de una prima, a quien no se le permitió declarar, esto no determina que se haya concedido al interesado del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa"[14].

En el caso "Maldonado" (2016), por su parte, se observa que "no obstante, la señora Maldonado contó con el tiempo y la posibilidad de defenderse a nombre propio y a pesar de haber sido asistida por los defensores de su elección, los medios para la preparación de su defensa no fueron adecuados como consecuencia de la falta de la claridad respecto del motivo específico por el cual se iniciaba el proceso de destitución en su contra. Lo anterior constituyó una vulneración adicional al derecho a la defensa de la señora Maldonado, contenido en el artículo 8.2.*c*) de la Convención Americana. Esta falta de información constituyó una violación a la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, contenida en el artículo 8.2.*b*) de la Convención Americana"[15].

5. El derecho a recurrir

En lo atinente a esta garantía (art. 8.2.*h*), la Corte considera que "la resolución que notifica la sanción disciplinaria adoptada, al igual que aquella que notifica el inicio de la investigación y los cargos, debe establecer los recursos a que tiene derecho el interesado, el plazo de su interposición y la autoridad competente para su conocimiento". Pues, "el acceso a las garantías judiciales exige que la persona que pueda verse afectada en sus derechos comprenda plenamente los recursos disponibles y cómo accionar". "[La] materia sancionatoria

14 Corte IDH, caso "Mina Cuero", ya cit., párrs. 86, 87 y 90.

15 Corte IDH, caso "Maldonado", párr. 84 y, en similar sentido, caso "Urrutia", ya cit., párr. 117.

es generalmente técnica y si no se conocen los recursos al alcance de la persona sancionada, su desconocimiento se puede convertir en una barrera del acceso a los medios de impugnación previstos en el ordenamiento interno"[16].

6. Migrantes

El caso de los procesos de expulsión de migrantes es de destacar, debido a la especial atención y detalle con la que la Corte Interamericana aborda el tema. Sobre todo, en el caso "Habbal" (2022), que entendemos como paradigmático, ya que las consideraciones allí expuestas reúnen prácticamente todos los puntos que hemos analizado en diferentes acápites de este trabajo.

Allí, se explica "que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona, independientemente del estatus migratorio, puesto que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna". De tal modo "el Estado debe respetar las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos migratorios de expulsión, las cuales son coincidentes con aquellas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana". Dichos "procedimientos no pueden resultar discriminatorios, y además las personas deben contar con las siguientes garantías mínimas: *a*) ser informadas expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: *i*) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y *ii*) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; *b*) en caso de decisión desfavorable, deben tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y *c*) ser formal y fehacientemente notificadas de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley"[17].

Por lo demás, especifica que "si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten". Sobre estas consideraciones "se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes

16 Corte IDH, caso "Mina Cuero", ya cit., párr. 92 y, en igual sentido, caso "Nissen Pessolani", ya cit., párr. 86.

17 Corte IDH, caso "Habbal y otros Vs. Argentina" (Excepciones Preliminares y Fondo), 31/08/2022, Serie C No. 463, párrs. 59 y 60.

y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos, los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos"[18].

De esta forma, establece "las garantías específicas que deben cumplirse en todo proceso migratorio que involucre personas menores de edad, en relación con los siguientes aspectos: (*i*) el derecho a ser [notificadas] de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (*ii*) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por [autoridades especializadas]; (*iii*) el derecho de ser [oída] y a participar en las diferentes etapas procesales; (*iv*) el derecho a ser [asistida] gratuitamente por [personas traductoras] y/o intérpretes; (*v*) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (*vi*) el derecho a ser [asistida] por [...] representante legal y a comunicarse libremente con [tal] representante; (*vii*) el deber de designar a [tutoras o tutores] en caso de [ellas estén no acompañadas o separadas]; (*viii*) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe [su] interés superior [...] y sea debidamente fundamentada; (*ix*) el derecho a recurrir la decisión ante un [...] tribunal superior con efectos suspensivos; y (*x*) el plazo razonable de duración del proceso"[19].

Por último, aunque quizás escape al objeto de este trabajo, es interesante destacar que la Corte Interamericana también ha establecido criterios a los fines de valorar, más allá de la tutela administrativa efectiva adjetiva, el debido proceso objetivo o la juridicidad y razonabilidad de las decisiones que se adopten sobre la materia[20].

En tal sentido, reconoce que "en materia migratoria, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecerá excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la [persona niña] de [una o ambas personas progenitoras] sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la [primera] *per se* no supera

18 En cuanto a este aspecto, al analizar la responsabilidad del estado argentino, la Corte interamericana "advierte que la Resolución 1088 omitió considerar el impacto que la expulsión podría tener en Monnawar Al Kassar, Hifaa Al Kassar y Natasha Al Kassar, y en esa medida no evaluó el interés superior de las niñas ni fundamentó adecuadamente dicha decisión conforme a este principio. Asimismo, la Corte advierte que la decisión omitió considerar las circunstancias particulares del niño Mohamed Al Kassar, hermano e hijo de las presuntas víctimas, respectivamente, quien en la época de los hechos tenía menos de un año de vida y había nacido en Argentina. Si bien la Resolución 1088 no ordenó la expulsión del niño Mohamed Al Kassar, la autoridad omitió analizar cómo la expulsión de su madre y sus hermanas afectaría su vida familiar. En ese sentido, el Tribunal considera que, aun cuando el niño no era parte del proceso, la autoridad migratoria debió tomar en cuenta el impacto que la expulsión tendría en Mohamed Al Kassar, y exteriorizar dicho razonamiento" (Ibidem, párrs. 65 y 77).

19 Ibidem, párr. 66.

20 Sobre el control de juridicidad, legalidad y razonabilidad de la Administración, ver ALONSO REGUEIRA, ya cit., en particular, los capítulos II y IV y V.

la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de [las segundas]. Por consiguiente, para determinar la convencionalidad de cualquier medida migratoria que pueda implicar la separación de los niños o niñas de su familia, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (*a*) idoneidad, (*b*) necesidad y (*c*) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática"[21].

En definitiva, "cualquier [autoridad administrativa] o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de [una o ambas personas progenitoras] debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, de acuerdo a los parámetros previamente señalados, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño"[22].

Por último, cabe traer a colación el análisis específico que ha efectuado la Corte Interamericana respecto del alcance del derecho a la libertad personal en procedimientos migratorios de expulsión, respecto de los cuales se debe respetar, por supuesto, el principio de legalidad penal receptado en el art. 9 de la Convención[23].

En cuanto a este punto, recuerda que "dado que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger

21 En "aquellos supuestos en que la [persona niña] tiene derecho a la nacionalidad –originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna– del país del cual [una o ambas personas progenitoras] pueden ser [expulsadas] a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta claro que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre [ellas]". De modo que, "la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de [una o ambas personas progenitoras] por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar [las personas progenitoras] a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo" (Corte IDH, caso "Habbal", ya cit., párrs. 70 y 71).

22 Ibidem, párr. 72, en el cual estima "esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de [las personas niñas] de tener la oportunidad de ser [oídas] en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus [personas progenitoras]. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión [de las personas progenitoras] podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la [personas niña] el derecho a ser [oída] es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior".

23 Puede profundizarse sobre esta cuestión en Alonso Regueira, ya cit., Capítulo V, Apartado II, pp. 179-188.

los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos". En consecuencia, estima que "son arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines"[24].

De tal modo, "del artículo 7.3 de la Convención se desprende que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad". [Por lo que] "se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Así, no se debe equiparar el concepto de 'arbitrariedad' con el de 'contrario a ley', sino que además debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad"[25].

Por consiguiente, "para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario: *a*) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona

24 Respecto a la imposición de medidas de privación de libertad, señala que, "si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación". Aunado a ello, "que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior". En este sentido, considera que "existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño". En suma, que "la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención" (Corte IDH, caso "Habbal", ya cit., párrs. 61 y 69).

25 Asimismo, recuerda que "el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado". En ese sentido, afirma que "este artículo tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: '[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales'. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad (artículo 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) . Así, cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma" (Ibidem, párrs. 62 y 63).

procesada a ese hecho, *b*) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y *c*) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas"[26].

Enrique Alonso Regueira

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

26 En esta lógica, la Corte también señala que "son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas" (Ibidem, párr. 64).

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LNPA REFORMADA SEGÚN LA LEY DE BASES

Fabián Omar Canda
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sumario: 1. Valores, principios y reglas. 2. Diseño de los principios fundamentales en la LNPA, reformada por la Ley 27.742. 3. Los principios fundamentales en particular. 3.1. Primer bloque: art. 1 bis párrafo primero de la LNPA. (i) Juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad. (ii) Principios de buena fe y confianza legítima. (iii) Principios de transparencia, simplificación y buena administración. 3.2. Segundo bloque: art. 1 bis incisos a) a e). (i) Principio de tutela administrativa afectiva. Derecho a ser oído antes del dictado del acto. Derecho a ofrecer y producir prueba. Derecho a una decisión fundada. (ii) Impulsión e instrucción de oficio, e informalismo a favor del administrado. (iii) Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia. Principio de eficiencia burocrática. 4. Conclusiones.

1. Valores, principios y reglas[1]

Como introducción al tema, trataremos de distinguir estos conceptos.

En nuestro parecer, los valores constituyen el techo ideológico, el ambiente en el cual nos movemos. Si lo quisiéramos expresar mediante una imagen geográfica, sería el mapa que nos permite saber dónde estamos y hacia dónde queremos ir. Los valores nos convocan.

Una vez que somos convocados teniendo en claro cuáles son las ideas centrales sobre las que se afirma el sistema (en el caso que nos ocupa, podría mencionarse el Estado social, constitucional y convencional de Derecho[2], la dignidad

1 Agradezco especialmente al profesor Santiago Lauhirat la colaboración prestada en la búsqueda de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales para la realización del presente trabajo.

2 Para un estudio del Estado constitucional y convencional de derecho como eje central sobre los que se asientan los sistemas jurídicos latinoamericanos en el marco del nuevo constitucionalismo y la realización del control de convencionalidad en los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos puede consultarse Bazán, Víctor. (2017). "Estado constitucional y convencional y protección de derechos humanos: Control de convencionalidad y diálogo

humana[3], entre otros), los principios nos indican el camino[4]. Nos guían. Son las grandes autopistas o avenidas por las que nos hemos de conducir para llegar a buen destino. No son normas acabadas[5], pues sólo cuentan con el enunciado y no con el nexo copulativo (normalmente: "deberá" o "podrá ser") ni con el predicado. Resultan, consecuentemente, mandatos de optimización[6] que exigen la realización de una ponderación entre el valor que el principio encierra con otro principio que engloba, a su vez, un valor distinto (por ejemplo, informalismo o confianza legítima versus juridicidad) para verificar cuál prima en el caso en concreto. Adviértase que decimos "cuál prima en el caso concreto", lo que no significa que el valor desplazado resulte excluido por ilegítimo. Por eso, como mencionamos antes, los principios son mandatos de optimización que se han de realizar, "en la mayor medida de lo posible"[7], sin excluirse unos a otros.

---

jurisdiccional". En: Temas Socio Jurídicos, Vol. 36, No. 72; pp. 13-37. Para un análisis de la redefinición del principio juridicidad en el derecho administrativo del Estado constitucional vigente en la república después de 1994 como consecuencia, entre otras cosas, de la convencionalización de nuestro ordenamiento jurídico, merece verse, SAMMARTINO, Patricio, "Acto administrativo y control de constitucionalidad", en STORTONI, Gabriela, SAMMARTINO, Patricio (coords.), *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 2022, p. 49 y ss.

3 En palabras de Häberle, "la dignidad es la premisa cultural antropológica del Estado Constitucional". HÄBERLE, Peter, "Derecho constitucional común europeo", en PÉREZ LÚÑO (coord..), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, p. 222.

4 Explica Cassagne que: "La realización de los fines del Estado, en el marco de la ejecución práctica del Derecho (cuya dimensión moral es indiscutible), lejos de llevarse a cabo mediante los postulados teóricos del positivismo (ni del garantismo constitucionalista positivo que pretende sucederlo), se concreta a través del principialismo". CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la de Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2023, p. 61.

5 Al respecto, el juez Lorenzetti explica que: "Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, prima facie, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada. Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación". CSJN, "Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 344:1151, 20/05/2021; "Cosani, Carmen Esther c/ provincia de Santa Fe s/ amparo", 19/12/2024, CSJ 001258/2019/RH001.

6 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. del alemán, LIMA, Palestra, 2007, pp. 458 y ss. En concreto, la distinción entre principios y reglas reside en que los primeros son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, mientras que las segundas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. reimp.), p. 86.

7 Sostener que el cumplimiento de los principios debe realizarse en "la mayor medida de lo posible" supone que para determinar si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con

En cambio, las reglas nos indican con mayor precisión cuáles son los pormenores y detalles necesarios para arribar a ese correcto puerto final: las calles o arterias secundarias. Son normas acabadas en sentido kelseniano[8]: cuentan con un antecedente, un nexo copulativo y un consecuente o predicado (dado "A" debe ser "B"). En cualquiera de estos tres componentes puede haber conceptos determinados (por ejemplo, numéricos o el verbo "deberá") o indeterminados (por ejemplo "idoneidad", "oferta más conveniente" o el verbo "podrá")[9].

Los principios no se suelen normativizar pero, en ciertas ocasiones, como sucede con la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), tal normativización tiene lugar.

La idea de plasmar en una norma general los principios fundamentales es plausible: el legislador aspira a que en todo procedimiento esos principios se vean reflejados y sean cumplidos. Este es el espíritu de la LNPA desde su sanción en 1972[10]. Un criterio centrípeto, antes que un criterio centrífugo. Es decir, un procedimiento general con principios básicos que sean también de aplicación en los procedimientos especiales[11].

En la práctica, son de gran utilidad para el ejercicio de las funciones estatales. Al legislador le indican cuáles son las ideas directrices para hacer la ley[12],

---

acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*..., op. Cit. p. 91.

8 KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 54 y ss.

9 Destacan Atienza y Ruiz Manero que "... en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas". ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "*Sobre principios y reglas"*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*,* núm. 10 (1991), pp. 101-120, https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1.

10 Puede leerse en la Exposición de motivos de LNPA suscrita por Young, Escola y Cozzi que: "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 7647 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)".

11 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 4, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, p. IX-9.

12 Para un estudio acerca de cómo impactan los principios en la legislación en el marco de desacuerdos, puede consultarse WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. por José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 225 y ss.

al juez para emitir la sentencia[13] y a la Administración para dictar el acto administrativo[14]. Tengamos presente que en la mayoría de los casos no se cuenta con reglas cerradas y acabadas que permitan resolver el caso (judicial) o dictar el acto (administrativo). Es entonces cuando se acude a los principios generales. De allí, pues, su gran incidencia hermenéutica[15].

2. DISEÑO DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN LA LNPA, REFORMADA POR LA LEY 27.742

En el texto originario de la LNPA, los principios se hallaban insertos en el art. 1º denominado "Ámbito de aplicación". En el texto actual, la Ley 27.742 agregó un nuevo artículo (1º *bis*) que refiere específicamente a los principios y a los requisitos o directrices comunes y generales a todo procedimiento administrativo.

El diseño de este artículo es particular. A los efectos de nuestro estudio, es dable identificar dos bloques. El primero está constituido por los principios mencionados en el primer párrafo del artículo. Encontramos, en este párrafo, principios generales del derecho (como ser el sustantivo principio de juridicidad) y principios propios del procedimiento administrativo (verbigracia, transparencia, simplificación administrativa, entre otros). El segundo bloque se compone de los principios reflejados en los incisos *a*) a *e*), en los que se tratan los principios clásicos la LNPA (por ejemplo, el de impulsión e instrucción de oficio) junto a otros novedosos (v. gr. el de eficiencia burocrática) e inclusive algunos de los ya mencionados en el párrafo primero del artículo (como el de tutela administrativa efectiva).

Seguidamente, nos ocuparemos secuencialmente de cada uno de ellos.

13 La CSJN tiene dicho que "... el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por la recurrente". CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios, 22/04/2008, Fallos 331:819.

14 Sobre este punto, el juez Rosatti consideró que la observancia de los recaudos esenciales previstos en los arts. 7 y 8 de la LNPA del acto administrativo se encuentran directamente vinculados con la necesidad de resguardar principios, derechos y garantías constitucionales. CSJN, "Roa Restrepo, Henry c/ EN- Mº Interior OP y V- DNM s/ recurso directo DNM", 06/05/21, Fallos 344:1013.

15 De hecho, en el ámbito del Código Civil y Comercial se fijan como herramientas de interpretación jurídica de las leyes a los principios y valores jurídicos. Específicamente, se establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (art. 2º).

3. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR

3.1. *Primer bloque: art. 1 bis párrafo primero de la LNPA*

(i) Juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad

El concepto de "juridicidad"[16] significa que el derecho es heterónomo. Es decir, que obliga a todos, inclusive, por cierto, al propio Estado que crea las normas[17]. Así, la Administración Pública queda vinculada a la legalidad en sentido amplio o,

16 En "Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires", los jueces Rosatti y Highton refieren expresamente al *principio de juridicidad* cuya fuente es el art. 19 de la Constitución Nacional como "... medida de todos los derechos y deberes, de las acciones y de las omisiones". Específicamente, indican que este principio fundamental "... se complementa con el conocimiento generalizado de tales diferencias del orden jurídico vigente, ya que, si el derecho no se conoce, no se conocen los límites entre lo jurídico-permitido y lo jurídico-prohibido, presupuesto insoslayable para garantizar la convivencia. Resulta evidente que en un sistema democrático la peor carencia que puede tener una comunidad es la ignorancia del derecho que la rige". En esta línea, expresaron que "... el art. 19 expresa una decisión de establecer 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 y, consecuentemente, para no sufrir una sanción jurídica". En cambio, el voto concurrente del juez Maqueda y el voto disidente del juez Lorenzetti refieren al *principio de legalidad* anclado en el art. 18 de la Constitución Nacional que requiere "... que exista una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido...". CSJN, "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", 04/09/18, Fallos 341:1017 (el resaltado nos pertenece).

En fallos posteriores, el juez Rosatti, en votos particulares, ha insistido con la articulación del principio de juridicidad como medio para dirimir "... la tensión entre las atribuciones del poder público por un lado y los derechos individuales por el otro..." y también como principio al cual se encuentran sometidas las competencias de las autoridades públicas que se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado en el marco de un sistema republicano de gobierno. Cfr. CSJN, "Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio", para decidir sobre su procedencia", 22/12/2020, Fallos 343:2184. CSJN, "Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/09/22, Fallos 345:951; "Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios", 18/11/2021, Fallos 344:3476; "Seccional Cuarta s/ investigación s/ impugnación", 06/08/24, Fallos 347:905. En suma, bajo la voz "principio de juridicidad" o "principio de legalidad", la CSJN quiere significar que el Estado debe someterse al derecho.

17 Resulta conocida la reflexión de Prosper Weil acerca de que: "La existencia del Derecho Administrativo es, en cierto modo, milagrosa. La actividad de los particulares está regulada por un derecho que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado. Pero resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se violente a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras". WEIL, Prosper, *El Derecho Administrativo*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 9.

en otras palabras, a la juridicidad[18]. A ello no es ajeno el procedimiento administrativo, como *iter* o camino formal para el dictado de un acto administrativo[19]. El órgano estatal que lleva adelante y resuelve el procedimiento debe ceñirse a la legalidad, pues es ésta la que le atribuye competencia administrativa para hacer algo.

La relación de la Administración Pública con la legalidad es positiva: sólo puede hacer lo que la norma jurídica le autorice a hacer[20]. Adviértase la diferencia con la relación que guarda el ciudadano con el orden jurídico, quien goza de libertad ontológica[21] y sólo no puede hacer aquello que la norma le prohíba (esto es, la vinculación negativa de conformidad con el art. 19 de la Constitución Nacional).

Esta aptitud legal de la Administración Pública para actuar, debe surgir de lo expreso y de lo razonablemente implícito en las normas, leído esto último a la luz de la teoría de la especialidad[22].

18 Con relación al principio de juridicidad, Comadira enseñaba que: "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 con el procedimiento previsto para formación y sanción de las leyes- sino también, al sistema jurídico entendido como unidad. Desde esta perspectiva, parece, entonces, más preciso, terminológica y conceptualmente, referirse no a la *legalidad* sino a la *juridicidad* en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender. Así, el principio de *juridicidad* implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho (...) a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales (...) a la ley formal, a los reglamentos (...) a los precedentes administrativos, en la medida en que su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos...". COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor*, Derecho administrativo argentino*, Editorial Porrúa México, Ciudad de México, 2006, p. 53 y 54.

19 Barnés encuadra a la histórica LNPA como una norma que "... cumple sobradamente con las exigencias de la primera generación de procedimientos (actos administrativos como producto estrella)". BARNÉS, Javier, "*El procedimiento administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada",* en POZO GOWLAND, Héctor, HALPERÍN David, AGUILAR VALDEZ, Oscar, LIMA, Fernando Juan y CANOSA, Armando (dirs.) *Procedimiento Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012, , p. 243.

20 Al respecto, la CSJN ha sostenido que: "... es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (...) 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 (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación". CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional Ley 26855 s/medida cautelar", 18/06/2013, Fallos: 336:760.

21 LINARES, Juan Francisco, "La competencia y los postulados de la permisión*"*, *Revista Argentina de Derecho Administrativo* Nº 2, Buenos Aires, 1971, p. 14. Ver también, LINARES QUINTANA, Segundo V.*, Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, tomo 4, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 104.

22 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Los criterios para delimitar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado", en AA. VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos

Desde el punto de vista del particular o ciudadano, el principio de juridicidad implica que el Estado no puede avanzar sobre la sustancia constitucional de sus derechos (v. gr., no debe dañar el núcleo del derecho de propiedad) y debe proveer lo necesario para que los derechos garantizados por la Constitución y las normas infra constitucionales se realicen (v. gr. derecho de los usuarios y consumidores o derecho ciudadano al goce un ambiente sano, debiendo asegurar dicho goce el Estado).

El principio de juridicidad, de naturaleza sustantiva y pilar esencial del Estado de derecho, se compone del respeto estatal a la legalidad formal y a la razonabilidad[23]. Esta última, a su vez, debe mostrarse proporcional y adecuada[24], con lo cual podemos decir que existe un vínculo muy estrecho entre juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad[25]. Estos tres principios, umbilicalmente unidos, constituyen –junto al de dignidad humana y a los principios de participación democrática, publicidad de los actos de gobierno y división de poderes– piedras basales sustantivas del Estado de Derecho[26].

Aires, Ediciones Rap, 2005, pp. 31 y ss.. Por su parte, en materia de competencia administrativa, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que: "Lo permitido al órgano no consiste únicamente en lo autorizado en forma expresa, sino también lo tácito incluido en la permisión expresa. El alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar, sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que la regule; en segundo, el contenido razonablemente implícito, que se infiere de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes que derivan de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados, los dos últimos, a la luz de la especialidad". Cfr. Dictámenes PTN 270:169; 274:64; 279:297, entre otros.

23 CSJN, "Sola Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público", 25/11/1997, Fallos: 320:2509; "Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación s/ nulidad de resolución", 08/04/08, Fallos 331:735; "Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN- DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 [805462/95]) y otro s/ recuso directo para juzgados", 24/09/2020, Fallos: 343:990, entre muchos otros.

24 Para un análisis comparativo del principio de razonabilidad y proporcionalidad, puede verse BARNES, Javier, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*"* publicado en *Cuadernos De Derecho Público*, 1998, Recuperado a partir de https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/509 . En el ámbito nacional, no puede dejar de verse COVIELLO, Pedro J.J, "El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el derecho público argentino", REDA, Nro. 75, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 14-17.

25 Son principios *mamushka* en el sentido de que la juridicidad comprende a la razonabilidad y ésta a la proporcionalidad. En efecto, la juridicidad se compone de la legalidad y la razonabilidad. Mientras que la razonabilidad comprende la proporcionalidad y la adecuación de lo que se decida. Sobre este último punto, Cassagne explica que "... el juicio de proporcionalidad constituye un aspecto o faceta del principio de razonabilidad, ya que este principio tiene un contenido mayoral abarcar la interdicción de arbitrariedad, la violación de la igualdad y, sobre todo, la no afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales (su verdadero sentido), que corresponde atribuir al art. 28 de la CN". CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 14 edición actualizada y ampliada, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2024, p. 122.

26 Incluso, distintos jueces de la CSJN han referido a la existencia de un componente ambiental de nuestro Estado de Derecho. En efecto, se ha indicado que: "La Constitución Nacional

(ii) Principios de buena fe y confianza legítima

La buena fe es predicable en toda relación *ius* administrativa y respecto de ambas partes, pues tanto la Administración Pública como el ciudadano deben actuar con arreglo a ella[27].

Dicho esto, es preciso enfatizar que el principio de buena fe se ha desarrollado sobre todo en materia contractual[28]. En síntesis, en toda relación contractual administrativa debe primar la buena fe entre las partes contratantes.

La confianza legítima, en cambio, implica que el ciudadano espera que el Estado se conduzca con arreglo a las pautas con las que se ha manejado

---

tutela al ambiente de modo claro y contundente y la Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho". CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", 26/04/16, Fallos 339:515, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda; "EDENOR S.A. y otros c/ Buenos Aires, provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/9/22, Fallos 345:951, voto del juez Rosatti.

27 Este principio es mencionado también cuando se desarrolla en el párrafo segundo del art. 1º bis inc. *c*), el principio de celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia, expresándose que "tanto la administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos".

28 Sobre este punto, la CSJN, desde antiguo, tiene dicho que: "Los contratos son ley para las partes, y deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Código Civil), principio aplicable, también en el ámbito del derecho administrativo". CSJN, "SP SA - Relevamientos Catastrales SA - Recovery SA UTE c/ Municipalidad de la Ciudad de Córdoba s/cobro", 02/03/16, Fallos 339:236; "YPF SA c/ Construcciones Saddemi SA s/ incumplimiento de contrato" 13/05/08, Fallos 331:1186; "Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/ proceso de conocimiento", 14/06/05, Fallos 328:2004; "Sebastián Maronese e Hijos S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Instituto Provincial de la Vivienda)", S. 3. XXXVII. 16/11/04; "Destilería Argentina de Petróleo S.A. (D.A.P.S.A.) c/ U.B.A. s/ proceso de conocimiento", 01/09/03, Fallos 326:3135; "José Cartellone C.C.S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato obra pública", 12/08/03, Fallos 326:2625; "La Providencia S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios", 04/07/03, Fallos 326:2081; "Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario", 07/12/2001, Fallos: 324:4199; "Lunmar Naviera S.A.C. c/ YPF S.E. s/ cobro de pesos", 01/06/2000, Fallos: 323:1321, entre otros.

En este sentido, en materia contractual, el Máximo Tribunal ha sostenido "... que es exigible a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a sus actos anteriores– se ha suscitado en la otra parte". CSJN, "Instituto de Vivienda del Ejército c/ Indeco S.A. Y Crivelli S.R.L. y otros s/ contrato de obra pública", 31/03/2009, Fallos: 332:674; "Actuar Agrupación Consultores Técnicos U Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo", 18/07/2002, Fallos: 325:1787; "Juan María de Vido e Hijos S.C.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ nulidad de resolución", 09/06/1988, Fallos: 311:971, entre otros.

usualmente[29], es decir, generando en el ciudadano la legítima confianza de que

29 Explica Coviello que este instituto nace a mediados del siglo pasado en Alemania con el caso tradicionalmente denominado de "la viuda de Berlín", fallado por el Tribunal Administrativo Superior de Berlín como una reacción contra la rígida aplicación del principio de la legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad de actos que habían conferido beneficios a los particulares que obraban de buena fe. COVIELLO, Pedro J.J., "La confianza legítima en la reforma a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Apuntes introductorios a su estudio", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, julio 2024 - Número 7, 31/07/24, Cita Digital: ED-V-DCCCXXXVI-153. En este contexto, Maurer sostiene que el principio de protección de la confianza es un derivado del principio del Estado de Derecho, del principio de seguridad jurídica y de los derechos fundamentales. MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 67.

Por su parte, en el ámbito europeo, en el art. 10 del Código Europeo de la Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo en el año 2001, se establece el principio de "Legítimas expectativas, consistencia y asesoramiento" cuyo contenido es el siguiente: "1. El funcionario será coherente en su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual; este fundamento deberá constar por escrito. 2. El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado. 3. Si fuera necesario, el funcionario asesorará al público sobre cómo debe presentarse un asunto que entra dentro de su ámbito de competencia, así como sobre el modo en que se debe actuar mientras se trate ese asunto".

En materia jurisprudencial a nivel nacional, la CSJN, en materia de empleo público, ha tenido en cuenta, a fin de determinar la validez jurídica de la actuación estatal, si dicha conducta tuvo aptitud para generar en el trabajador una "legítima expectativa" de permanencia laboral que merecía la protección del art. 14 bis de la Constitución Nacional contra el despido arbitrario. CSJN, "Ramos José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) A.R.A. s/ indemnización por despido", 06/04/2010, Fallos: 333:311; "Iribarne Rodolfo Antonio c/ Estado Nacional (Honorable Senado de la Nación) y otro s/ empleo público", 22/05/2012, Fallos: 335:729; "Kek, Sergio Leonardo y otros" c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa", 25/03/2015, Fallos: 338:212.

Por fuera del empleo público, la aplicación del instituto de la confianza legítima puede observarse en la disidencia del juez Moline O'Connor en "Revestek S. A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ ordinario", 15/08/1995, Fallos: 318:1531, quien consideró que "... la situación de la actora puede catalogarse, al haber efectuado las citadas operaciones, como de legítima confianza en el cumplimiento por parte del Estado de las pautas cambiarias que había fijado en la Circular RC 929, situación que no puede jurídicamente ser desatendida cuando en forma sorpresiva se modificó marcadamente la política cambiaria hasta entonces vigente. No es que el Estado, como gestor del bien común, se encuentre inhibido o constreñido –antes se apuntó– a no modificar su política económica por el respeto a los derechos adquiridos. Sin embargo, no lo es menos que, en un estado de derecho, no puede desligarse de la obligación de reparar –en la medida que el interés comunitario lo exija– los perjuicios que la alteración de una política o medida establecida haya provocado sobre los derechos adquiridos por los particulares". Más cerca en el tiempo, la confianza legítima fue aplicada por el juez Maqueda en su disidencia parcial en "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa", 29/10/2013, Fallos: 336:1774. En dicha oportunidad, el aludido magistrado razonó que: "Si desde finales de los años ochenta y en más importante medida durante el período 2000-2007, el grupo actor obtuvo una posición en el mercado de las comunicaciones audiovisuales que fue convalidada por el Estado Nacional,

va a actuar de un modo no intempestivo, previsible. En este sentido, el particular cuenta no con un derecho sino con la expectativa de que la Administración Pública se conducirá de una determinada manera, como lo ha venido haciendo. Esto merece una explicación de naturaleza histórica, pues el Estado ha ido asumiendo cada vez mayores tareas de regulación, fiscalización y control. Muchas veces lo ha hecho para posibilitar el goce de derechos garantizados por la propia Constitución. Así se pasó de una primaria pretensión de abstención estatal –poder de policía en sentido estricto, limitado a la seguridad, salubridad y moralidad– a una pretensión de prohibición de abstención, en la cual el Estado no sólo vigila y no se entromete en el goce de los derechos de primera generación, sino que el ciudadano espera que aquél asegure el goce de los derechos de segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tanto en su faz individual como colectiva). Se pasa así de un criterio de policía en sentido estricto a otro en sentido amplísimo, en el cual el Estado vela también por el bienestar económico y social de la ciudadanía[30].

Consecuentemente, la organización administrativa cuenta con un cúmulo de atribuciones y competencias que, si se decide utilizar de consuno e indiscriminadamente, puede sorprender ilegítimamente a la ciudadanía. La Administración Pública ha generado con su obrar una legítima confianza en los ciudadanos, que no debe defraudar. En el caso, por ejemplo, en que decida modificar su conducta o comenzar a aplicar a rajatabla alguna legislación hasta ese momento olvidada o muy novedosa, deberá conceder un período de transición para no traicionar la confianza legítima –expectativa– que en ella se ha depositado. Y esto se aprecia, sobre todo, en las relaciones de naturaleza extracontractual[31].

---

que dictó una serie de actos que autorizaron al grupo a aumentar su tamaño y alcance, existe un derecho subjetivo digno de protección jurídica de quienes, a partir de la expresa conformidad del Estado, realizaron inversiones económicas y desarrollaron un proyecto periodístico con la legítima confianza de que su derecho se mantendría por los plazos legalmente fijados en las licencias que le fueron concedidas".

30 Sobre el particular, desde hace más de cien años, la CSJN viene sosteniendo la inexistencia de derechos ilimitados, lo cual sería afirmar una concepción antisocial y, además, la posibilidad de fundar una restricción a esos derechos no solo para asegurar el orden, la salud y la moralidad colectiva sino también proteger los intereses económicos. Ver por todos, CSJN, "Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta. Cooke, A.J. c/ Naveira, José R. Urrutia, Nicolás c/ Dellepiane, Héctor y otro", 28/04/1922, Fallos 136:161. En doctrina, para ampliar, puede verse, LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

31 Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse que el Máximo Tribunal ha descartado que una modificación o reforma legislativa, por sí sola, fundada en criterios de oportunidad constituya una lesión a la confianza legítima del particular. CSJN, "Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA. c/ Mendoza, provincia de s/ acción declarativa", 09/05/2006, Fallos: 329:1586.

(iii) Principios de transparencia, simplificación y buena administración

Estos tres principios propios del procedimiento administrativo resultan novedosos, ya que no estaban previstos en el texto anterior de LNPA. La transparencia es lo contrario a la opacidad. En el modelo weberiano[32], la opacidad significaba que la Administración no debía dar a conocer a la ciudadanía su trabajo interno so riesgo de que éste pudiese ser cuestionado, debilitándose así la realización del interés público. En esta línea, se suponía que obrar de forma transparente, dando a conocer cómo se llegaba a la toma de decisiones públicas, implicaba una posible traba u obstaculización en la realización del bien común.

En la actualidad, el razonamiento es claramente al revés: la transparencia en el obrar administrativo coadyuva a la mejor realización del interés público. En línea con ello, principios como el de máxima divulgación[33] del obrar estatal nutren a institutos tales como el del "acceso a la información pública"[34] o el del "control

32 WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Decimoséptima reimpresión, FCE, Ciudad de México, 2008, p. 1047 y ss.

33 El art. 1º de la Ley 27.275 define a los principios de "Transparencia y Máxima Divulgación" como "toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas. El acceso a la información pública sólo puede ser limitado cuando concurra alguna de las excepciones previstas en esta ley, de acuerdo con las necesidades de la sociedad democrática y republicana, proporcionales al interés que las justifican".

34 Sobre este punto, el Máximo Tribunal ha reconocido que: "El derecho de acceso a la información se rige por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas". CSJN, "Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986", 07/03/2019, Fallos: 342:208. Acerca de este precedente, puede verse el comentario "Acceso a la información pública y decretos secretos: A propósito del fallo Savoia", efectuado por Fabián O. CANDA y Santiago LAUHIRAT en el Diario Administrativo Nro 231, 26.03.2019, https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/03/Canda-y-Lauhirat-Administrativo-26.03.19-1.pdf. Más cerca en el tiempo, la CSJN invocó el principio de máxima divulgación para hacer lugar a un pedido de acceso a la información pública formulado contra un ente público no estatal en el precedente "Mihura Estrada, Ricardo y otros s c/ CPACAF s/ amparo ley 16.986", 18/03/21, Fallos 344:344.

En el plano interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó que "... en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones". Cfr. CIDH, caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 92; De allí que "toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información, y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información", caso "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Araguaia') Vs. Brasil". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 230.

de la gestión pública" por órganos y entes con competencia técnica para ello[35] o el del simple pero poderoso principio de publicidad de los actos estatales[36].

Por su parte, el principio de simplificación administrativa significa que el obrar de la administración debe ser lo más llano posible y no un galimatías que implique para el ciudadano un verdadero calvario para su tránsito. Se trata de amesetar las montañas y rellenar los cráteres del trámite administrativo[37].

El principio de buena administración tiene su origen en el derecho europeo[38] y funciona como un cajón de sastre en tanto toda actuación ilegítima o

35 En ese sentido, la CSJN realzó la actuación de la entonces Fiscalía de Investigaciones Administrativas de cara "... al riguroso control de la actividad administrativa, en tanto la existencia de órganos de control eficiente sobre la tarea desarrollada por los funcionarios es una de las características definitorias del principio republicano de gobierno, [lo cual hace a] la necesidad de fortalecer en la práctica de las instituciones de la administración la organización en torno al principio de transparencia que neutralice la lógica corporativa que ha constituido a lo largo del tiempo un rasgo distintivo del sistema". CSJN, "FIA (EXPTE 23330/1581 y otros) y otro c/ EN-Mº Economía-AFIP- Resol IG 08/06 y otras s/ proceso de conocimiento", 17/06/2021, Fallos: 344:1411.

36 El juez Rosatti sostuvo que: "La publicidad de las normas no solo apunta a que la ley sea conocida por los habitantes, en este recaudo descansa, asimismo, otro derecho constitucional de singular trascendencia, que excede lo estrictamente individual y se proyecta en el plano social, como es el acceso a la información pública, pilar fundamental del sistema republicano de gobierno y, con ello, de la transparencia y control de la gestión pública por parte de la sociedad civil". CSJN, "Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio", 22/12/2020, Fallos: 343:2184.

37 Acerca de por qué los gobiernos deberían ser más sencillos desde un punto de vista de la economía del comportamiento aplicada a las políticas públicas, puede consultarse, SUNSTEIN, Cass, *(más) Simple. El futuro del gobierno*, Marcial Pons, Madrid, 2014. En dicho trabajo, el profesor de Harvard defiende, en materia de la regulación estatal, el uso de los "nudges" como mecanismos sencillos, baratos y respetuosos con la libertad que pretenden ahorrar dinero, mejorar la salud y alargar la vida de las personas.

En el ámbito nacional, Perrino vincula la simplificación administrativa con "... la mejora del funcionamiento de la Administración pública, entendida como entidad servicial, a la que se quiere despojar de antiguos componentes burocráticos para depurar sus instrumentos de actuación y potenciar y mejorar sus técnicas de gestión a fin de ejercer más eficaz y eficientemente las tareas que le atribuye el ordenamiento jurídico. De tal modo, se trata de generar una nueva cultura en la función administrativa fundada en un conjunto de valores y pautas de comportamiento que tiene como centro a la persona y la correlativa servicialidad de la Administración Pública". PERRINO, Pablo, "Las reformas al procedimiento administrativo nacional: simplificación administrativa y reducción de cargas a los administradores", *Revista Jurídica Argentina La Ley* / Número: marzo 2018 lxxxii (41-60) (Revista (serie))

38 En el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se reconoce dentro del Capítulo V "Ciudadanía" el derecho a una buena administración. Dentro de este derecho se incluyen el derecho al tratamiento imparcial y equitativo, la garantía del plazo razonable, el derecho a ser oído con carácter previo a la adopción de una medida que afecte desfavorablemente al individuo, el derecho de acceso al expediente, el deber de motivación de las decisiones, derecho a la reparación por los daños causados por las instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, el derecho a la utilización de alguna de lenguas del tratado y de recibir una contestación

gravemente inoportuna que no encuadre en alguno de los anteriormente principios

---

en esa misma lengua. Dicha redacción fue criticada por Schmidt-Assmann con fundamento en que: "La significación real de tal derecho podría antojarse un tanto vaga, dado que la misma no separa con precisión los parámetros jurídicos de los metajurídicos (...) Su avance y construcción seguirán adelante y no debieran agotarse en las exigencias propias de la política administrativa (*good governance*). En todo caso, el artículo 41 de la Carta no es una disposición programática, sino una auténtica norma jurídica. Las referencias que contiene el aparatado 1º del precepto ("imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable") son de tal amplitud que requieren una mayor precisión más allá del caso concreto (...). El art. 41 CDFUE subraya, de esta forma, por un lado, la apertura y elasticidad de la teoría de las fuentes del Derecho, ante las posibilidades que ofrece la cultura administrativa. Pero, además, pone de manifiesto la necesidad de una 'densificación', si se pretende que esas consideraciones se conviertan en realidad". SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La dogmática del derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021, p. 115 -117.

En el ámbito provincial, la Ley mendocina de Procedimientos Administrativos 9003 también enuncia este principio de la siguiente manera: "El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común".

En lo relativo al ámbito jurisprudencial, el Máximo Tribunal, en el marco de una solicitud de avocación para que se deje sin efecto una acordada dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca mediante la cual se ordenó llamar a concurso de oposición en una secretaría civil de un juzgado federal de Viedma, consideró que la decisión de la Cámara se encontraba justificada en tanto el concurso aparecía como una "medida de buena administración" que lejos de afectar el derecho a la carrera de los agentes lo estimula y constituye un criterio objetivo de evaluación. CSJN, "Vázquez, Horacio Hernán y otra s/ aco. 7/95 Cám. Fed. Gral. Roca s/ avocación", 19/03/96.

También en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede encontrarse alguna aplicación del principio de buena administración como parámetro para analizar una omisión de una autoridad pública en relación a la existencia o no de una política pública y la satisfacción del derecho involucrado (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 2, "Fundación Madres de Plaza de Mayo v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 08/06/10), vinculado con el derecho a la carrera de los agentes públicos (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, "Basez, Aldo Patricio c. GCBA s/amparo" (art. 14 CCABA), 17/02/12) y como obstáculo para reconocer la estabilidad en el empleo público sin la realización de concurso público previo (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, "Vilker, Norma D. v. GCBA", 26/09/12).

Por su parte, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en relación con el instituto de la vista del expediente administrativo con el principio de la transparencia incardinado en el "principio y derecho a la buena administración" que debe presidir el obrar público. SCPBA, "Müller, Gustavo Gastón c/Provincia de Buenos Aires y otro s/pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 10/12/14. En materia de derecho administrativo ambiental, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba destacó que la buena administración debería procurar una efectiva evaluación del impacto ambiental entendida como "... el procedimiento de examen sistemático al que se somete una acción o actividad con el fin de conocer los efectos ambientales, colateralmente significativos, y con sustento en los resultados obtenidos, conceder o no su

mencionados, es indicativa de un mal ejercicio de la administración y queda abarcada por este principio.

También aparece mencionado en este primer bloque del primer párrafo del art. 1 *bis* de la LNPA el principio de tutela administrativa efectiva. El desarrollo del contenido de este principio se efectúa en el inc. *a*) subsiguiente, del que nos ocuparemos seguidamente.

3.2. *Segundo bloque: art. 1 bis incisos a) a e)*

(i) Principio de tutela administrativa afectiva

La primera gran diferencia que notamos con el anterior texto de la LNPA es que este principio aparece tratado en primer término, es decir en el inciso *a*). En el texto originario estaba regulado en el inciso *f*), es decir el último de los incisos, luego de enunciarse los principios de impulsión e instrucción de oficio, eficacia e informalismo a favor del administrado. Eso denota la importancia capital que, como expresión procedimental del derecho constitucional de defensa, la tutela administrativa efectiva tiene dentro del marco de la reforma introducida por la Ley 27.742 de Bases.

La segunda importante diferencia radica en la denominación del principio. Antiguamente, se enunciaba como "debido proceso adjetivo". Ahora, como "tutela administrativa efectiva". Este concepto tiene raigambre en el derecho internacional de los derechos humanos y en su recepción por el derecho judicial del Máximo Tribunal[39]. Es plausible que un instituto con asiento en los pactos

---

aprobación y, en un segundo momento, controlar el desarrollo de la actividad autorizada, exigir las adecuaciones técnicas necesarias, otorgar un tiempo prudencial para realizar los cambios estructurales del emprendimiento y, ordenar, de resultar imprescindible, el cese temporario y no definitivo, del establecimiento, empresa o industria". Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, "Benatti, Víctor Hugo c/Municipalidad de Villa Allende s/recurso de casación", 16/02/12.

Por último, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I, en la causa "Negrette, Susana del Carmen c. Poder Ejecutivo de la Prov. de Mza. s/ a. p. a.", 19/10/12, consideró a la buena administración como un pilar que debe estar presente a la hora de deslindar las responsabilidades de los agentes públicos.

39 CSJN, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986", 14/10/2004, Fallos: 327:4185. En dicha oportunidad, la Corte Federal encuadró la tutela administrativa y judicial efectiva en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A criterio de la CSJN, dicha garantía 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" y, además, 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 -procedimiento- conducido en legal forma y que concluya

internacionales de derechos humanos sea de recibo en la legislación procedimental nacional[40].

La tercera gran diferencia estriba que se agrega como cuarto momento de la tutela administrativa efectiva el derecho a que todo procedimiento tramite y se concluya en un plazo razonable. Esto es importante por un doble orden de razones. De un lado, recepta un instituto que al igual que el principio de tutela administrativa afectiva tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos[41] y que la Corte Federal ha hecho suyo a partir del precedente "Losicer"[42].

---

con el dictado de una sentencia -decisión- fundada". Más cerca en el tiempo, la CSJN mencionó al principio de la tutela administrativa efectiva con ese mismo el alcance en "Flores, María José c/ EN - M Público de la Defensa s/ amparo ley 16.986", 09/02/23, Fallos 346:12, "Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN - M Seguridad -PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg", 28/10/21, Fallos 344:3230, disidencia del juez Rosatti).

40 Sobre este tema de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del procedimiento administrativo, CANDA, Fabián O., "Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de 'tutela administrativa efectiva'. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional", *El Derecho Administrativo* 2015-732 (2015).

41 En el ámbito interamericano un elemento central en el análisis de la Corte IDH es la garantía del plazo razonable que debe ser respetada por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 727, párr. 124; caso "Ivcher Bronstein Vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 104; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126; caso "Palamara Iribarne Vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 1358, párr. 164; caso "López Álvarez Vs. Honduras". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 1489; caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 126; caso "Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') Vs. Venezuela". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 18210, párr. 46; caso "Fernández Ortega y otros. Vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 17511; caso "Rosendo Cantú y otra Vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 21612, párr. 159; caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 21713, párr. 165; caso "Vélez Loor Vs. Panamá". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 21814, párr.108 y 141; caso "Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay". Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 23415, párr. 118; caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 26816, párr. 166.

42 CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708)", 26/06/12, Fallos 335:1126. En este caso, la CSJN descartó que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse como un obstáculo para la aplicación de los

De otro, la LNPA reformada preceptúa que el derecho a un plazo razonable es aplicable respecto de todo procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ha ocurrido en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Federal donde se ha aplicado exclusivamente a procedimientos de naturaleza sancionatoria, que comparte ciertas notas, si bien moduladas, con el proceso de naturaleza penal merced a la índole del acto represivo con el que puede finalizar[43].

Al analizar los momentos clásicos del derecho de defensa en sede procedimental –derecho a ser oído, ofrecer y producir prueba, derecho a una decisión fundada–, también advertimos modificaciones.

Derecho a ser oído antes del dictado del acto

En relación con el primer momento de la tutela administrativa efectiva, se expresa que los administrados tienen "derecho a exponer sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o intereses jurídicamente tutelados". Anteriormente, el texto legal aludía a los intereses legítimos.

La locución "interés jurídicamente tutelado" constituye un concepto jurídico indeterminado que, con relación al concepto "interés legítimo", viene ampliar el radio de tutela o protección del ciudadano en sede administrativa[44]. El reem-

---

principios vinculados con la defensa en juicio, ya que la vigencia de las garantías enunciadas en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos 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. En este sentido, y refiriéndose al "plazo razonable", la Corte Federal concluyó que es una garantía exigible en toda clase de proceso donde debe tenerse en cuenta "... a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento". Con posterioridad a "Losicer", la CSJN replicó este criterio en "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ BCRA s/ RESOL 178/93", 19/11/2013, Fallos: 336:2184, Banco de la Provincia de Misiones SEM (EL) y otros c/ BCRA - resol. 516/12 (EX 100829/89 SUM FIN 872)", 14/06/19, CAF 018935/2013/CS002, "Banco de San Juan S.A. y otros s/ infracción ley 19.359", 21/12/22, Fallos 345:1519.

43 Merece recordarse la jurisprudencia de la Corte Federal en punto a que "... los principios y reglas del derecho penal son aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas, siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento jurídico específico y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales de que se trate, por lo que corresponde estar a las disposiciones de ese cuerpo normativo". CSJN, "Alpha Shipping S.A. c/ Provincia de T.D.F. A E I A S s/contencioso administrativo - medida cautelar", 07/03/2023, Fallos 346:103; "CNV c/ Telefónica Holding de Argentina S.A. s/ organismos externos", 26/06/12, Fallos 335:1089.

44 La expresión "interés jurídicamente tutelado" puede verse en el derecho judicial de la CSJN en la causa "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", 24/10/00, Fallos 323:3229.

Esta ampliación de legitimación que legislador quiere instaurar se compadece con la doctrina autoral que, como forma de superación de las fórmulas de derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, postulaba que debe reconocerse la legitimación "... toda vez que el administrado

plazo entonces del concepto de interés legítimo por el de interés jurídicamente tutelado, constituye una primera gran diferencia entre el texto anterior y la reforma actual.

La redacción insiste en que el momento adecuado para oír al ciudadano es *antes* del dictado del acto[45]. Se vuelve a enfatizar en el texto legal que no es neutro el momento u oportunidad en el que el ciudadano se expresa. Vuelve, así, el legislador a sentar posición en que el derecho de defensa debe ser ejercido con carácter previo al acto que se refiere a los derechos o intereses jurídicamente tutelados. La reiteración en la redacción del texto legal no es baladí, pues por obra de la teoría jurisprudencial de la subsanación[46], se entendió que esta deficiencia quedaba subsanada al ser escuchado en oportunidad del ulterior recurso administrativo o acción judicial que se presente contra el acto.

Por otro lado, se incorpora el instituto de la audiencia pública, como modalidad para que sea oído el ciudadano. Computamos esta incorporación como positiva. Por un lado, atañe a un instituto que busca realizar el principio democrático de participación por vías distintas a la mera colocación del voto en un acto eleccionario de autoridades[47]. Por el otro, se trata de una incorporación vinculada

---

pueda exigir una determinada conducta de la Administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de exclusividad o de concurrencia, esté regulada por normas de acción o de relación o, en fin, se entienda que resulte de normas tuitivas de garantías sustanciales o instrumentales. Determinado un qué jurídicamente debido procede, entonces, su exigibilidad judicial". COMADIRA, Julio Rodolfo (Laura MONTI - Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 454.

45 Ver, CANDA, Fabián, "El derecho a ser oído en el procedimiento administrativo", EDA, 2012-689.

46 Para un abordaje crítico sobre la teoría de la subsanación, me remito Canda, Fabián; "El debido proceso adjetivo. La llamada 'Teoría de la subsanación'"; TAWIL, Guido S. (dir.*), Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 145 y ss. No se nos escapa que, recientemente, la CSJN reafirmó el valor del dictamen jurídico previo al dictado del acto administrativo sosteniendo que su "... ausencia no se purga por el hecho de que la decisión administrativa que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos" CSJN, "Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ 359207/7902016 s/ recurso directo a cámara", 21/11/24, Fallos: 347:1802.

47 En clave de democracia deliberativa, la CSJN ha reputado que la participación ciudadana con carácter previo a la adopción de una decisión pública constituye un factor de previsibilidad, un elemento legitimidad para el poder administrador, una garantía de razonabilidad y de disminución de las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos: 339:1077. Para un estudio acabado sobre este tema, puede consultarse, SACRISTÁN, Estela, "Participación en el procedimiento administrativo. Las audiencias públicas", en AA. VV., *Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Astrea y Ediciones Rap, Buenos Aires, 2015, ps. 23/35.

con la adecuada protección de los derechos de incidencia colectiva. En nuestra realidad, la falta de celebración de audiencias públicas dio lugar a la nulidad de actos administrativos de alta relevancia institucional, como ser la autorización para la tala de bosques[48] o el acto que dispuso un aumento tarifario en el servicio público de gas natural[49].

Por eso resulta llamativo que se prevea la posibilidad de sustitución de la audiencia específicamente prevista en un marco legal por algún otro mecanismo[50]. Esta redacción ofrece flancos para la crítica, pues si bien la audiencia como modo de participación para la protección de los derechos de incidencia colectiva no posee rango constitucional[51], cuando ella está prevista en una norma especial anterior no podrá ser derogada por una norma general, aunque sea esta última posterior en el tiempo, como lo es la Ley general de Procedimientos Administrativos.

Finalmente, lo resuelto en una audiencia pública no es vinculante para las autoridades administrativas, "sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes así planteadas" en oportunidad del dictado del acto. Esta previsión busca conjurar la realización de audiencias estando ya

48 CSJN, "Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso", 05/09/2017, Fallos: 340:1193.

49 CSJN, Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos: 339:1077.

50 Cassagne entiende que "las audiencias públicas –provenientes del Derecho norteamericano– como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse –al menos en nuestro país– para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, lo que trastoca la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa,... es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores". CASSAGNE, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional*..., op. cit., p. 57/58. Adviértase que el autor citado propicia el reemplazo de las disposiciones normativas que prevén la obligatoriedad de audiencias públicas por otras disposiciones especiales.

51 En este sentido, el Máximo Tribunal reconoció que "... las audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Sin embargo, no son la única alternativa constitucional, en tanto el artículo 42 -como se expresó- no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso. De la redacción del artículo 42 se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios –expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico– participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración cuando, como en el caso, al fijar tarifas, puedan proyectar los efectos sobre los derechos e intereses de aquellos". CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos: 339:1077

la decisión tomada de antemano. Es decir que se trata de evitar escuchas *pour la galerie* y para cumplir sólo formalmente con el procedimiento"[52].

Derecho a ofrecer y producir prueba

En este punto no se ha modificado la redacción original. Es menester recordar que la prueba constituye el alma del procedimiento y del proceso administrativos. Asimismo, en el procedimiento –a diferencia de lo que sucede en el proceso civil y comercial– se busca la verdad jurídica objetiva, allende la verdad que pueden presentar las partes interesadas[53].

En la práctica, la Administración Pública se suele cerrar en un primer momento sobre sí misma, produciendo la prueba de informes y dictámenes para verificar la objetividad de la verdad planteada por la parte interesada. Si no concuerda con ella, habrá de producir la prueba pertinente para llegar a esa verdad jurídica objetiva. Todo ello, señala el precepto legal, con el control del ciudadano, siendo un derecho de éste el de presentar alegatos y descargos una vez concluido el procedimiento administrativo.

Derecho a una decisión fundada

En este caso, la redacción también es similar a la del texto legal anterior. Sin embargo, nos interesa puntualizar dos aspectos. Por un lado, agrega que el acto debe valorar la prueba producida, es decir, que en los considerandos del acto estatal se deberán explicitar las razones probatorias que llevaron a adoptar el criterio seguido en la parte resolutiva de la resolución. Ello marca un *plus* en la motivación, pues se exige que se exterioricen los razonamientos que, fundados en las reglas de la sana crítica[54], condujeron al dictado del acto estatal.

52 Esta solución legal ya había sido adelantada por la CSJN en el aludido precedente "CEPIS". En efecto, el Máximo Tribunal consideró que el derecho a la participación de los usuarios se proyectaba también en el momento decisorio "... pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan". CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos: 339:1077.

53 Señala Comadira que: "En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial 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. Éste debe, por ende, adecuar su accionar a la verdad jurídica objetiva y superar, incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no". COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino...,* op. cit. p. 845.

54 El art. 62 del Decreto 1759/72 modificado por el Decreto 695/24 establece que: "En la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el artículo 386 del Código Procesal Civil y

De otra parte, esta reafirmación del deber de motivación como componente esencial de la tutela administrativa efectiva cobra una especial relevancia, pues el vicio en la motivación como causal de nulidad absoluta no aparece expresamente previsto en el art. 14[55]. Aunque sea casi de Perogrullo, todo acto administrativo debe estar motivado, pues constituye una garantía republicana esencial para poder ejercer útilmente el derecho de defensa. En caso contrario, no se conocen las razones para atacar el acto; en otras palabras, el ciudadano estará "ciego". Además, la exigencia de motivar todo acto administrativo es consustancial al Estado de Derecho, en tanto hace a la publicidad de los actos de gobierno. Así lo ha entendido la Corte Federal en numerosos precedentes cercanos en el tiempo, como ser los casos "Schaneiderman"[56], "Scarpa"[57], "Salerno"[58] y "Reta"[59] en donde la ausencia de razones que justificaran el acto estatal, aunque se obrase en el ejercicio de facultades discrecionales, determinó la nulidad absoluta de aquéllos. Por todo ello, es altamente positivo que se reitere el deber de motivación todo acto administrativo, máxime cuando –cómo dijimos anteriormente– no se prevé expresamente la nulidad absoluta del acto afectado por el vicio en este elemento esencial.

(ii) Impulsión e instrucción de oficio, e informalismo a favor del administrado

Estos principios ya se encontraban en el texto legal anterior, de modo que no nos vamos a explayar en relación con ellos.

Comercial de la Nación". Por su parte, el art. 386 del CPCCN dispone: "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, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

55 El art. 14 de LNPA establece: "El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:... *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 tratare 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".

56 CSJN, "Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional- Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación s/ nulidad de resolución", 08/04/08, Fallos 331:735.

57 CSJN, "Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986", 22/08/19, Fallos: 342:1393.

58 CSJN, "Salerno, Marcos Luis c/ Estado Nacional - DNRNPA y CP y otro s/ amparo ley 16.986", 22/10/20, FLP 38308/2016/2/RH2.

59 CSJN, "Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan s/ civil y comercial - varios", 02/07/24, Fallos 347:737.

Sí es necesario rememorar que el principio de impulsión e instrucción de oficio se basa en que en el procedimiento administrativo –a diferencia de lo que sucede en el proceso civil y comercial– se persigue la verdad jurídica objetiva. De tal modo, es lógico que la autoridad administrativa pueda impulsar –es decir, dar nacimiento– e instruir –realizar los pasos necesarios para que avance y concluya el procedimiento administrativo– oficiosamente[60]. Paradojalmente, el principio de verdad jurídica objetiva[61] no posee autonomía y sólo es mencionado (tanto en el texto legal originario como en la reforma que comentamos) como una nota propia de la prueba, dentro del principio de debido proceso adjetivo, o en la actualidad, de la tutela administrativa efectiva. Efectivamente, se alude a que la

60 En una causa donde se discutía el reconocimiento del derecho a la jubilación por invalidez, la CSJN hizo lugar a dicho reclamo a pesar de los argumentos de la ANSES vinculados con la omisión de la parte actora en suministrar al organismo previsional los elementos probatorios de la totalidad del período laboral. Para así decidir, y por aplicación del principio de oficialidad, el Máximo Tribunal resaltó que "... la administración contaba con los elementos de prueba necesarios a los fines perseguidos, de modo que la circunstancia de no haberse invocado en la solicitud de jubilación los referidos servicios con aportes no pudo obstar a su consideración al momento de resolverse el otorgamiento de la prestación, en virtud de los principios establecidos para los procedimientos administrativos por el art. 1, incs. *a*, *b* y *c* de la ley 19.549 que son: impulso e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia e informalismo a favor del administrado". CSJN, "Soto, Juan Gilberto c/ ANSES s/ jubilación por invalidez", 11/09/01, Fallos 324:2742.

Por otro lado, es doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación que "... todos los procedimientos administrativos están regidos por el principio de oficialidad (artículo 1º, inciso *a*, Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos), lo que implica que, en mérito a la tutela del interés público, se impone a la autoridad administrativa el deber inquisitivo de dirigir e impulsar el procedimiento administrativo". Dictámenes PTN, 200:202.

61 Sobre este principio, la Corte Federal ha llamado la atención respecto de la necesidad de alcanzar soluciones en el ámbito judicial y administrativo que no sean una mera formalidad despojada de contenido real. En sus palabras, "... este criterio no sólo resulta aplicable en la órbita judicial, sino también en el ámbito administrativo, pues allí tampoco es dable concluir los procesos en términos puramente sacramentales, con desmedro de la verdad jurídica objetiva; máxime cuando se trata de asuntos de magnitud...". CSJN, "Resguardo Cía. de Seguros S.A. s/ observaciones al balance del 30/06/85 por la Superintendencia de Seguros de la Nación", 27/12/1988, Fallos 311:2821.

Por su parte, es doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación que "... es principio liminar del procedimiento administrativo el de la verdad jurídica objetiva, según el cual el procedimiento debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material y sus circunstancias, tal cual son (...) por ello la Administración (...) debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión". Bajo esa directriz, este Organismo Asesor sostuvo que ...el interés público no sólo se encuentra comprometido en el restablecimiento de la juridicidad vulnerada, sino también en el mantenimiento de su vigencia, lo que habilita que la Administración esclarezca hechos, circunstancias y condiciones, tratando por todos los medios admisibles de precisar su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión... (...) No es conveniente que la Administración se aparte del principio de la verdad material, con exclusión de cualquier otra consideración...". Dictámenes PTN 323:396, entre muchos otros.

prueba debe ser la necesaria para llegar a la verdad jurídica objetiva de conformidad con el artículo 1 inciso *a*) apartado *ii*) de la LNPA.

También será útil recordar que el principio del informalismo o formalismo moderado, opera sólo para el ciudadano y no para la Administración Pública en el marco de procedimientos administrativos no competitivos[62]. Este principio permite excusar las deficiencias no esenciales que pudieran tener las presentaciones de los particulares[63].

(iii) Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia. Principio de eficiencia burocrática

El principio de celeridad, sencillez, economía y eficacia[64] se encontraba ya en el texto originario de la LNPA. Ahora se agrega como nota la eficiencia. Y en el inciso posterior se consagra con carácter autónomo el principio de eficiencia burocrática[65] (art. 1, incs. *c*) y *d*) LNPA).

62 Sobre este último punto, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que: "El principio del informalismo a favor del administrado no resulta de aplicación en relación a los plazos en los procedimientos de selección –en la especie se refería a la presentación tardía de una oferta–, en razón de tratarse de situaciones en las que intervienen diversos particulares y la tolerancia en la inobservancia por parte de uno de los participantes lesionaría el derecho a la igualdad de trato de los restantes oferentes". Dictámenes PTN 213:147 y 320:723.

63 La CSJN ha declarado arbitrarias sentencias que han incurrido en un excesivo rigor formal al exigir la interposición de reclamos en plazos perentorios no contemplados las normas reglamentarias aplicables. Desde este punto de vista, la Corte Federal consideró que dicha hermenéutica judicial resultaba contraria al principio de informalismo a favor del administrativo previsto en la ley procedimental local. CSJN, "Leyes, Lucrecio s/ acción de amparo", 13/08/92, Fallos 315:1604. Asimismo, el Máximo Tribunal tiene dicho que "... en nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa, sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso". CSJN, "Lewkowicz, Abraham c/ Caja Nacional Para los Trabajadores Autónomos", 17/11/92, Fallos 315:2762.

Por su parte, es doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación que por aplicación del principio del "formalismo moderado" "... se excusa al administrado de la observancia de ciertas exigencias formales, pero no al extremo del incumplimiento de requisitos esenciales, para sustanciar peticiones efectuadas con tal laxitud y vaguedad que impida a la Administración contar con elementos de juicio suficientes para acceder o denegar la solicitud, ya que el informalismo no debe ser confundido con la ausencia total de formas, lo cual traería aparejado el desorden en las actuaciones". Dictámenes PTN, 295:73 y 313:560.

64 La Procuración del Tesoro de la Nación relacionó el principio de eficacia con el derecho de las personas a una buena administración. Según el Organismo Asesor, "... la idea central es que el Estado desarrolle sus actividades, preste sus servicios y cumpla con sus fines en términos legítimos y diligentes. Es decir, el Estado debe reconocer y garantizar efectivamente los derechos en términos no sólo de propósitos sino de resultados". Dictámenes PTN, 301:049.

65 Con carácter reciente, en punto a las modificaciones introducidas por la ley 27.742 en la LNPA, la Procuración del Tesoro de la Nación ha resaltado que los principios rectores que guiaron

En cuanto a la celeridad, sencillez, economía, eficacia y eficiencia, se quita la facultad sancionatoria que estaba prevista en el texto anterior para asegurar el decoro del trámite administrativo. En cambio, se agregan como manifestaciones o ejemplos de estas notas, la gratuidad de todo trámite administrativo, inclusive el de las impugnaciones (reclamos y recursos) de las conductas administrativas, así como el deber de tramitar y sustanciar estos últimos "por el órgano de grado que deba resolverlos". Ello apunta, sobre todo, a la tramitación de los recursos jerárquicos contra actos del inferior, en tanto el expediente de común era elevado al órgano que debía resolver el jerárquico con el proyecto de resolución elaborado por el inferior (normalmente confirmatorio del acto) obturándose en la práctica cualquier revisión real de lo resuelto por el acto originario. Esta previsión legal preceptúa que el recurso jerárquico (o en su caso el reclamo) debe tramitar íntegramente en sede del órgano superior que deba resolverlo.

Se reitera el principio de buena fe, en tanto se establece que tanto la Administración Pública como los ciudadanos deberán obrar conforme a ella, agregándose asimismo la nota de la lealtad. Va de suyo que obrar con buena fe implica obrar con lealtad. Ya hemos dicho que el principio de buena fe ha encontrado campo fértil para su desarrollo en el ámbito de los contratos administrativos[66].

En cuanto al principio de eficiencia burocrática, si se considera el adjetivo "burocrático" en sentido técnico, el modelo weberiano burocrático de Administración en el procedimiento administrativo implica la exigencia de realización de un desmedido número de trámites, no siempre los más adecuados para la conclusión del trámite administrativo. Desde este punto de vista, el concepto eficiencia burocrática constituiría un verdadero oxímoron.

De modo que preferimos una interpretación en la que sea posible la convivencia armónica entre el carácter burocrático y el eficiente de una organización y procedimiento administrativos[67]. Ello implica la realización de la mínima cantidad de trámites necesarios para la conclusión del procedimiento del cual se trate.

---

al legislador al momento de abordar esta materia tienen que ver, esencialmente, con la celeridad y eficiencia en los trámites administrativos, la simplificación administrativa y la desburocratización de determinados aspectos del procedimiento que atentan contra la buena administración y los intereses de los particulares". Y, como reflejo de ello, la Procuración cita la incorporación de los institutos del "plazo razonable", el "silencio positivo" y la eliminación del recurso de reconsideración otrora previsto en el art. 100 RLPA contra los actos definitivos o con fuerza de tales emanados de las máximas autoridades del gobierno. Cfr. Dictámenes PTN 331:6, 330:242.

66 CSJN, "Vicente Robles SAMCICIF. C/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones", 30/03/1993, Fallos 316:382.

67 A nuestro modo de ver, el desarrollo de este principio de "eficiencia burocrática" ha quedado trunco en tanto el legislador eliminó del proyecto de ley todo el capítulo vinculado con el "Política de calidad regulatoria". En dicho capítulo, se encomendaba al Poder Ejecutivo la implementación de una política de calidad regulatoria para la Administración Pública Nacional a fin de obtener regulaciones eficientes para la competitividad de los mercados, la creación de empleo

Si se toma en cuenta el sentido científico-económico del concepto de eficiencia, ésta consiste irremisiblemente en la comparación de costos y beneficios[68]. En el texto legal, la eficiencia burocrática se concreta en la innecesaridad de aporte de documentos por parte de los interesados, cuando esta información ya se encuentre en poder de la propia Administración Pública[69].

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, es dable destacar la incorporación de nuevos principios que no estaban presentes ni en el texto original ni en el vigente al momento de la comentada reforma. Así, se incorporan como novedosos los principios de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, simplificación administrativa, buena administración y eficiencia burocrática.

Entre estos principios destacan, por su valor e imbricación con la forma republicana y democrática de gobierno, los sustantivos de juridicidad (inclusivo de los de razonabilidad y proporcionalidad) y el procedimental de tutela administrativa efectiva.

---

y todo cuanto contribuya a elevar el nivel de vida de los ciudadanos y a la consiguiente reducción de los índices de pobreza. Específicamente, se establecía que "Toda regulación requerirá un análisis previo de impacto regulatorio que incluya una evaluación donde los costos justifiquen los beneficios, necesidad y razonabilidad de la regulación (incluidos los medios elegidos) teniendo en cuenta los efectos económicos, sociales, ambientales, de salud pública y de seguridad a producirse, maximizándose los beneficios y disminuyendo los riesgos y efectos distributivos en el tiempo".

Para un acabado estudio acerca de la utilización de análisis costo-beneficio como medio previsto legislativamente para obtener la eficiencia mediante actos de alcance general en nuestra realidad jurídica, es de consulta obligada, MASSIMINO, Leonardo F., *Regulación Económica y Eficiencia. Aspectos administrativos, económicos y procesales*, Lerner, Córdoba, 2023.

68 Para la Procuración del Tesoro de la Nación, el principio de eficiencia supone alcanzar los objetivos con el menor costo posible (esto es, maximizar los beneficios y minimizar los costos). Ello, porque "... los recursos públicos son por definición escasos, y (...) es preciso velar por la consecución de los resultados a los que se aspira al menor costo posible. La adecuada administración de los recursos públicos permite, de esta manera, cumplir los diversos cometidos –en especial, la satisfacción de derechos– que el Estado tiene a su cargo". Dictámenes PTN 301:049.

Schmidt-Assmann afirma que el contenido mínimo de la eficiencia administrativa es "la obligación de conseguir el fin fijado con la menor cantidad posible de medios. Su objetivo máximo consiste en aspirar al mayor beneficio posible con los medios de que se dispone. Del principio de eficiencia se deriva la necesidad de analizar cuantitativamente las distintas decisiones que se pueden adoptar, y favorecer el empleo más adecuado de los medios disponibles". SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 353.

69 Esta aspiración ya se encontraba incorporada en el marco del Decreto 891/17 por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional aprobó las "Buenas Prácticas en materia de simplificación aplicables para el funcionamiento del Sector Público Nacional, el dictado de la normativa y sus regulaciones". Dentro de dichas prácticas se incorporaron los principios de gobierno digital, comunicación eficiencia y de mejora continua de procesos.

Adviértase la diferencia con el texto original, en el cual se enunciaba en primer lugar el principio de impulsión e instrucción de oficio y luego los de celeridad, economía, sencillez y eficacia e informalismo. Recién en el inciso *f*) del antiguo art. 1 se regulaba el principio del debido proceso adjetivo como regulación administrativa del derecho de defensa del art. 18, CN (hoy denominado tutela administrativa efectiva, con el agregado del derecho a un plazo razonable en la duración de todo procedimiento).

Con base en la redacción actual, se puede afirmar que se han robustecido los derechos de primera generación o subjetivos típicos Esto es también valioso para la real vigencia de los valores republicanos y de la democracia, en tanto viene a garantirse (en consonancia con la Constitución Nacional) la juridicidad y la tutela administrativa efectiva.

Resulta plausible que el antiguo principio del debido proceso adjetivo se haya incorporado ahora como principio de tutela administrativa efectiva, receptándose así un instituto propio del derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, el principio es enriquecido al agregarse el derecho a un plazo razonable en la duración de *todo* procedimiento administrativo y no sólo en los de naturaleza sancionaría.

Se estima también como positivo que se haya mantenido el deber de oír *antes* al ciudadano cuando el acto estatal sea susceptible de afectar sus derechos o intereses jurídicamente tuteados.

Asimismo, es pertinente la incorporación de institutos vinculados con la participación democrática ciudadana en instancias previas a la toma de decisiones que puedan tener incidencia colectiva. Nos referimos al instituto de la audiencia pública o el mecanismo de consulta que resulte más idóneo –según el caso– como expresión del derecho a ser oído en el principio de tutela administrativa efectiva. Se incorpora, de este modo, un instituto jurídico muy caro a los derechos de incidencia colectiva en su versión de derechos que recaen sobre bienes indivisibles (como el ambiente) y derechos que recaen sobre intereses individuales homogéneos (como los derechos de los usuarios de servicios públicos y consumidores).

Resulta jurídicamente dudoso, en cambio, que el procedimiento de la audiencia pública pueda ser sustituido –como lo preceptúa con carácter genérico la LNPA– cuando la audiencia se encuentre prevista en alguna ley especial sectorial, pues la norma general posterior (LNPA) no tiene fuerza derogatoria ni puede autorizar con carácter general a que se prescinda de un requisito previsto en una norma especial anterior.

Es también valioso que se reitere el derecho a que todo acto administrativo resulte fundado, sin distinguir entre actos predominantemente reglados y discrecionales. Esta previsión tiene un *plus*, pues el vicio en la motivación no se encuentra previsto de modo expreso como causal de nulidad absoluta (art. 14).

De modo tal que, del derecho a una decisión fundada como parte integrante de la tutela administrativa efectiva, es dable colegir que todo acto administrativo debe ser adecuadamente motivado, siendo su falta o deficiencia grave causal de nulidad absoluta. Se logra así una hermenéutica que salda la deficiente congruencia entre elementos y nulidad absoluta que exhibe el art. 14.

En cambio, la reforma no contempla procedimientos específicos para los derechos de incidencia colectiva. Y ello no obstante que estos derechos fueron formalmente incorporados por la reforma de constitucional de 1994 (arts. 41 y 42, CN), tienen un diseño diferenciado de los derechos subjetivos típicos y se prevé inclusive en la Constitución Nacional una acción especial para su protección como lo es el amparo colectivo (art. 43, párrafo segundo CN). Por eso, pensamos que también en el plano administrativo debieron contemplarse procedimientos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva regidos por principios generales propios de estos derechos (v. gr. ¿Cómo juegan el principio precautorio o el de no regresión en el plano administrativo?, entre otras cuestiones) siendo la comentada reforma una oportunidad propicia para haberlos tratado[70].

En igual orden de ideas, podría haberse ampliado el universo de procedimientos urgentes. La Ley 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional prevé, en el plano procesal, la suspensión de los efectos de los actos estatales, la medida positiva y la medida de no innovar. En el ámbito administrativo, se sigue contemplando solamente la suspensión de los efectos del acto administrativo de conformidad con lo previsto en el art. 12, LNPA. Entendemos que esta era también una oportunidad propicia para ampliar el espectro de tutelas urgentes, sentando principios generales comunes para todas ellas.

En suma, se han incorporado principios que potencian positivamente el deber administrativo de eficacia y eficiencia del procedimiento, fortaleciéndose a la vez los derechos subjetivos típicos o de primera generación. Resta colocar en sintonía la ley con la Constitución Nacional en lo que concierne a la gestión administrativa de políticas públicas[71] y a la protección administrativa de los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva. Igual reflexión cabe efectuar en relación con la protección urgente de los derechos humanos fundamentales (previsión procedimental de distintas modalidades de medidas cautelares, así como procedimientos urgentes a la usanza del constitucional amparo individual

70 En materia de procedimientos multipolares -expresa Schmidt Assmann- es necesaria la atención a intereses diversos que reclaman una estructura procedimental especialmente clara. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema...,* op. cit. p. 77.

71 Paradojalmente un cuestionamiento estructural a una política pública, directamente se judicializa (restándose así a la administración toda posibilidad de corregir la omisión o grave deficiencia), mientras que un acto administrativo individual debe ser por regla impugnado en sede administrativa, antes de ocurrirse a sede judicial.

y colectivo), considerando que el procedimiento es a la vez una herramienta para la realización del interés público y una garantía para el ciudadano, es decir que existe una dimensión procedimental de los derechos fundamentales[72].

FABIÁN OMAR CANDA

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, con Diploma de Honor y Premio Editorial Ciencias de la Administración a la mejor tesina, año 1994. Profesor del posgrado en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor de las maestrías en Derecho Administrativo, en Derecho Empresarial y en Derecho de la Magistratura de la Universidad Austral; Profesor de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Buenos Aires; de la Universidad Nacional y de la Católica de Cuyo, de las Universidades Nacionales del Nordeste, del Comahue, de La Matanza y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Profesor de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Austral. Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.

72 CSJN, "Roa Restrepo", Fallos 344:1013, Voto del juez Rosatti, considerando 6; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema...,* op. cit. p. 76.

EL PLAZO RAZONABLE DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ADUANEROS. PROYECCIONES A PARTIR DE LA LEY 27.742

Agustina Capponi
Secretaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sumario: 1. Introducción. 2. La garantía constitucional y convencional del plazo razonable y su recepción jurisprudencial hasta la sanción de la Ley 27.742. 2.1. Marco normativo y conceptual. 2.2. Interpretación de la CSJN. 2.3. Conclusión parcial. 2.4. Interpretación de la CNACAF. (i) Aclaraciones sobre los procedimientos aduaneros y su problemática. (ii) Sala I, "Race Logistic". (iii) Sala II, "Abbot Laboratories". (iv) Sala III, "Alba Compañía Argentina de Seguros". (v) Sala IV, "Iveco Argentina". (vi) Sala V, "Alba Compañía Argentina de Seguros SA". (vii) Conclusión parcial II. 3. La recepción legal del plazo razonable como derecho aplicable a todos los procedimientos administrativos y su proyección sobre la materia. 3.1. Conclusión parcial III. 4. Justificaciones para la extinción de la acción para percibir tributos por afectación del plazo razonable. 5. Reflexiones Finales.

I. Introducción

Cuando la dilación en la resolución de un procedimiento es irrazonable, se produce una clara violación del debido proceso legal y de la tutela judicial efectiva. La doctrina coincide en señalar esto[1], así como en destacar que la duración irrazonable es un problema extendido en el ámbito de los procedimientos aduaneros[2].

1 Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 328-329; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III.B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 451-452; Cassagne, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 72-73; entre otros autores que se citan en este trabajo.

2 Cfr. Lascano, Julio C., *Procedimientos Aduaneros*, Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2011, p. 36; Zolezzi, Daniel, "La prescripción interminable, un fallo que la acota y una reforma que urge", en *Revista de Estudios Aduaneros*, Nº 21, IAEA, Buenos Aires, segundo semestre 2010 - primer semestre 2013, pp. 193-194; Sumcheski, Ana L., "El derecho a ser juzgado en un plazo

La reciente reforma a la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo (LNPA) se presenta como una oportunidad prometedora, ya que incorpora explícitamente la garantía constitucional y convencional del plazo razonable como un derecho aplicable a todo procedimiento administrativo, sin distinciones.

En este trabajo pretendemos analizar las proyecciones que puede tener en los procedimientos administrativos aduaneros, especialmente a la luz de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF); donde, hasta la reforma de la Ley 27.742 (BO 08/07/24), la tesis mayoritaria limitaba al ámbito sancionatorio la principal consecuencia de la afectación del plazo razonable: la extinción de la acción del Fisco.

2. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL PLAZO RAZONABLE Y SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL HASTA LA SANCIÓN DE LA LEY 27.742

2.1. *Marco normativo y conceptual*

La idea fundamental detrás del derecho a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable es que ninguna persona debe estar sometida indefinidamente a un proceso, ni amenazada con el inicio de uno, ya sea administrativo o judicial, ya que esto implicaría una limitación indebida de su libertad. También, porque se opone a una administración de justicia eficaz.

Este derecho integra la garantía de la defensa en juicio y el debido procesal legal amparados en el art. 18 de la Constitución Nacional. Además, se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[3].

---

razonable", en *Revista de Estudios Aduaneros*, Nº 22, IAEA, Buenos Aires, segundo semestre 2013 - segundo semestre 2015, p. 224; COTTER, Juan Patricio y MC CORMACK, Mateo, "Los procedimientos aduaneros. Algunas reformas necesarias", en *Revista de Estudios Aduaneros*, Nº 23, IAEA, Buenos Aires, primer semestre 2016-segundo semestre 2017, p. 162.

3 Desde la reforma constitucional de 1994, la CADH ha adquirido relevancia significativa en nuestro sistema jurídico. La Constitución Nacional, las leyes nacionales y los tratados internacionales siempre fueron considerados "ley suprema de la Nación" (art. 31). Sin embargo, tras la reforma, los tratados tienen indiscutible jerarquía supra-legal, y algunos, como la CADH, alcanzaron jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Aunque esto implica que las autoridades locales deben asegurar que sus acciones sean compatibles con todas las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, la CADH ocupa un papel preponderante porque cuenta con órganos propios de interpretación y aplicación (cfr. STEINER, Christian y URIBE, Patricia, "Introducción general", en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, Berlín, 2014, ps. 2-17, disponible en: Fundación Konrad Adenauer). Muestra de esto es la doctrina del "control de convencionalidad", desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que remarca la

En lo que aquí importa, la CADH reconoce en su art. 8.1 –concerniente a garantías judiciales– el *derecho de toda persona "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*" (el destacado es propio).

La protección se ve reforzada por el art. 25.1, que asegura a toda persona el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes.

Con fundamento en estas normas convencionales, se ha interpretado que el derecho de defensa evolucionó hacia la tutela judicial efectiva, que no se limita a regular el trámite del proceso sino el acceso a aquel y el posterior control en la etapa de ejecución de las sentencias, proyectándose también al ámbito del proceso administrativo. Desde esta perspectiva, la celeridad o razonabilidad de la duración de los procesos administrativos y judiciales es vista como una herramienta procesal vinculada con la tutela administrativa y judicial efectiva[4].

Es interesante reparar en que la preocupación por la duración razonable de los procesos es de larga data y nunca se limitó a las causas penales o infraccionales. En 1987, Augusto C. Morello ya señalaba la necesidad de que todos los conflictos judiciales, incluidos los de materia civil, se resolvieran en un tiempo razonablemente limitado como un aspecto crucial de la garantía de la tutela efectiva en el marco del proceso, para que este pudiera satisfacer los valores de pacificación, justicia y seguridad. En este sentido, sugería seguir los criterios de la entonces novedosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

---

importancia de sus decisiones y las recomendaciones de la Comisión como fuentes del derecho interamericano (cfr. Cuadernillo de jurisprudencia de la CIDH Nº 7: Control de convencionalidad, disponible en corteidh.or.cr). Según la CIDH, todos los órganos del Estado, incluidos jueces y otros administradores de justicia, deben verificar de oficio y en el marco de sus competencias la compatibilidad entre las normas internas, actos y omisiones con el tratado y su interpretación (CIDH, caso "Gelman Vs. Uruguay". Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 2219). De allí que resulte vital analizar lo que establece la CADH en punto al derecho fundamental a obtener un pronunciamiento sin dilaciones; más allá de que también se encuentre previsto en otros tratados con jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9.3 y 14.3.c).

4 Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 14ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2024, pp. 645-655; Ivanega, Miriam M., "El derecho a un plazo razonable", en *RDA* 2024-155, 3, cita online: TR LALEY AR/DOC/2163/2024; Marfil, Andrés Manuel, "El principio procesal de celeridad como manifestación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva", en Peyrano, Jorge W. (Dir.), *Principios procesales*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 602-605; entre otros.

que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) había comenzado a implementar en diversos precedentes[5].

Hoy no quedan dudas de que el plazo razonable es un derecho fundamental internacionalmente reconocido, que se aplica a toda clase de proceso jurisdiccional, administrativo o judicial, y de cualquier naturaleza; encontrándose la determinación de derechos y obligaciones de índole fiscal expresamente alcanzada por la garantía, de acuerdo a los términos de la CADH.

Sin embargo, como señala Enrique Alonso Regueira, esto no impide reconocer que este derecho ha tenido mayor trascendencia en el ámbito penal, en especial, a partir de la recepción jurisprudencial de la tesis de que su afectación debe conducir a la extinción de la acción punitiva del Estado por medio de la prescripción[6], y no solo a alguna forma de reparación[7]. Interpretación que luego se trasladó al plano de las sanciones administrativas, tributarias y aduaneras.

2.2. *Interpretación de la CSJN*

A continuación, haremos un breve repaso de la evolución que tuvo esta cuestión en la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

El caso señero en esta materia es "Mattei, Ángel s/ contrabando de importación en Abasto" (Fallos: 272:188), de 1968, donde –incluso sin contar con textos explícitos como el art. 8.1 de la CADH– la Corte afirmó que la garantía constitucional de la defensa en juicio comprende el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que importa el enjuiciamiento penal. Sobre esa base, revocó una sentencia de cámara que había anulado de oficio actos posteriores a la clausura del sumario y retrotraído un juicio criminal a etapas ya cumplidas en legal forma[8].

Más adelante, en la causa "Mozzatti, Camilo y otro" (Fallos: 300:1102), de 1978, interpretó que un proceso penal que se había extendido durante 25 años agraviaba hasta su práctica aniquilación el propósito constitucional de afianzar la justicia, y los mandatos explícitos que aseguran a todos los habitantes la presunción

5 Cfr. MORELLO, Augusto M., "La terminación del proceso en un plazo razonable como manifestación concreta de la eficacia del servicio de justicia ('Tiempo y proceso')", en *ED*, t. 122, pp. 887-893.

6 Cfr. ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs,* Lajouane, Buenos Aires, 2024, pp. 159-160.

7 En cuanto a las reparaciones de índole moral o patrimonial que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de sustanciar los juicios en un plazo razonable, recomendamos la reseña de fallos del TEDH y la CIDH que se hace en MARFIL, Andrés Manuel, "El principio procesal de celeridad...", op. cit., pp. 613-623.

8 Se registran casos anteriores, como los de Fallos: 244:34; 246:87; 261:132; 265:147 y 269:131, todos citados en MARFIL, Andrés Manuel, "El principio procesal de celeridad...", op. cit., pp. 607-608.

de su inocencia, la inviolabilidad de su defensa en juicio, y el debido proceso legal; garantías que se integran por una rápida y eficaz decisión judicial. Consideró que el sometimiento de los actores al proceso penal durante un cuarto de siglo, con detenciones por distintos lapsos y restricciones surgidas de las condiciones impuestas a la excarcelación, había implicado un adelanto de pena sin sentencia condenatoria firme. Por consiguiente, invalidó todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva y, atento al tiempo transcurrido desde esa actuación y a la anulación de los actos interruptivos, declaró prescripta la acción penal.

A partir de allí, comenzó a afianzarse la idea de que la falta de obtención de un pronunciamiento dentro de un plazo razonable podía acarrear la extinción de la acción penal o la invalidez del acto sancionatorio.

Es clarificadora la síntesis de la cuestión que hizo el propio Tribunal en la causa "Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro s/ infracción ley 22415 y art. 174 inc. 5 CP" (Fallos: 333:1987), de 2010: "a partir del caso 'Mozzatti' (Fallos: 300:1102) esta Corte en su calidad de 'poder supremo en resguardo de la Constitución' consideró que debía examinar la posible violación de esta garantía y comenzó a insinuar que el "medio conducente' para salvaguardarla debía ser la declaración de la 'extinción de la acción penal por prescripción', conf. casos 'Casiraghi' (Fallos 306:1705), 'Bartra Rojas' (Fallos: 305:913), 'YPF' (Fallos: 306:1688); temperamento luego reafirmado en el caso 'Amadeo de Roth' (Fallos: 323:982 –esp. voto de los jueces Petracchi y Boggiano–) y mantenido en la actualidad en el caso I. 159.XLIV *in re* 'Ibáñez' del 11 de agosto de 2009, en el que la propia Corte declaró la extinción de la acción penal como vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal.

Por ello, y toda vez que la prolongada duración de esta causa resulta incompatible con el derecho de defensa y el debido proceso, corresponde adoptar el criterio sentado en los fallos citados en el párrafo anterior y declarar la extinción de la acción penal por prescripción"[9].

Con posterioridad, la Corte extendió la consecuencia al ámbito de las sanciones administrativas. El *leading case* en esta materia es la causa "Losicer" (Fallos: 335:1126), de 2012, relativa a una multa impuesta por el Banco Central de la República argentina con sustento en la Ley 21.526.

Allí sostuvo que el carácter administrativo del procedimiento sumarial no puede erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues, como lo había interpretado la CIDH[10], las garantías enunciadas por el art. 8 de

9 La idea de que la insubsistencia de la acción penal es el único remedio posible cuando el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados resulta incompatible con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable fue reiterada en Fallos: 330:3640; 338:1538; 342: 2344; 346:319; entre otros.

10 Puntualmente, en los considerandos 8º y 9º de la sentencia en comentario, la CSJN refirió a lo resuelto por la CIDH en el caso "Tribunal Constitucional vs. Perú", sentencia del 31

la CADH no se encuentran limitadas al Poder Judicial, sino que deben ser respetadas por toda autoridad pública a la que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

Destacó que correspondía a los jueces la casuística determinación de si se había configurado un retardo injustificado de la decisión. Y precisó que, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la CIDH, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habían expuesto en diversos pronunciamientos ciertos parámetros para su determinación, que podían resumirse en: *a*) la complejidad del asunto; *b*) la actividad procesal del interesado; *c*) la conducta de las autoridades judiciales y *d*) el análisis global del procedimiento[11].

Señaló que esos criterios daban contenido concreto a la garantía del plazo razonable para que la Administración sustanciase los sumarios financieros, sin perjuicio de las concretas disposiciones de la Ley de Entidades Financieras sobre la prescripción de la acción que nace de las infracciones, debido a la laxitud de las causales de interrupción previstas por dicha normativa.

Indicó que, aunque en el sumario del caso no había alcanzado a operar la prescripción, la Cámara había señalado que el transcurso de casi veinte años en la sustanciación del sumario resultaba evidentemente contrario al principio de celeridad, economía y eficacia que rige la actividad administrativa y podía implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas (consid. 12). A continuación, reparó en que, pese a tales observaciones, *la Cámara no había descalificado "la validez de la resolución administrativa"* (consid. 13, el destacado es propio).

Ponderó que los hechos investigados no exhibían una especial complejidad y tampoco se observaba que los sumariados hubiesen obstaculizado el curso del procedimiento, sino que, por el contrario, los prolongados lapsos de inactividad procesal, atribuibles inequívocamente al Banco Central, se presentaban como el principal motivo de la dilación del sumario; que recién había tenido resolución 18 años después del acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras 15 años de haberse dispuesto su apertura (consid. 14). En ese marco, concluyó que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resultaba incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y el art. 8 de la CADH, y *revocó la sentencia en el aspecto señalado.*

---

de enero de 2001, párrafo 71; como así también, en el caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, donde se afirmó que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (párrafos 124 y 127), y se especificó que los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías en el caso de sanciones disciplinarias y no penales (párrafo 129).

11 Para ampliar sobre los parámetros interamericanos de razonabilidad del plazo, se recomienda leer la obra citada de ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*,, pp. 167-176.

Con anterioridad a "Losicer", la Corte también había considerado aplicable la extinción de la acción con relación a una multa impuesta en los términos del art. 46 de la Ley 11.683 (Fallos: 332:1492 "Fiszman y Compañía SCA c/ DGI s/ recurso", de 2009) y en un sumario por infracciones aduaneras (Fallos: 334:1264 "Bossi y García SA (TF 5932-A) c/ DGA" de 2011).

Más adelante, al decidir la causa "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/ BCRA s/ resol 178/93" (Fallos 336:2184), de 2013, reafirmó –con referencia a la jurisprudencia de la CIDH[12]– que el plazo razonable al que se refiere el art. 8.1 de la CADH se relaciona con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva. Por lo tanto, valoró en forma global el procedimiento, que se había prolongado casi 26 años entre el sumario tramitado por el Banco Central y la instancia judicial de revisión ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y concluyó que la extensión resultaba injustificada en la medida en que no se trataba de un asunto de especial complejidad y la actuación procesal de los sancionados tampoco había interferido en el normal desarrollo de los procedimientos.

2.3. *Conclusión parcial*

Como corolario, se observa que la CSJN adoptó los parámetros de la CIDH para determinar la razonabilidad del plazo y que, en línea con las sentencias dictadas por el máximo intérprete de la CADH, aplicó la garantía del plazo razonable no solo en los procesos judiciales, sino también en la esfera de los procedimientos administrativos.

Está claro que las dilaciones indebidas, bajo ciertas circunstancias, constituyen un ilícito que puede acarrear responsabilidad estatal. Sin embargo, la CSJN abrió un camino diferente de "reparación" que, en algunos casos, implicó velar por los principios de progresividad y preclusión para evitar que se retrotrajeran etapas procesales legalmente cumplidas; mientras que, en otros, justificó invalidar actuaciones cumplidas en afectación a la garantía del plazo razonable y declarar la extinción de la acción para imponer penas o infracciones administrativas por prescripción.

La extensión de esa consecuencia al ámbito de las infracciones administrativas encontró justificación en que el acto sancionatorio resultaba nulo, de nulidad absoluta e insanable (arg. art. 14, LNPA). Y, aunque la Corte no lo explicitó, la doctrina interpretó que esa nulidad podía tener un doble fundamento: *a*) la presencia de un vicio grave en el procedimiento –hoy expresamente previsto como causal de nulidad en el inc. *b. iv*, del citado art. 14–, frente a la duración irrazonable del procedimiento; *b*) la incompetencia en razón del tiempo –prevista en el

12 Citó el caso "Valle Jaramillo y otros vs. Colombia", sentencia del 27 de noviembre de 2008, pág. 48, párrafo 154.

actual inc. *b. i* del art. 14–, si se considera que la extensión irrazonable del trámite produce, en algún momento, la extinción por prescripción de las facultades que permitirían el dictado del acto, es decir, la pérdida de jurisdicción[13].

Los casos en los que la CSJN entendió que la afectación del plazo razonable debía encontrar remedio a través de la extinción de la acción están referidos a sanciones de naturaleza penal o administrativa. Más allá del alcance con el que la CADH reconoce el derecho de toda persona a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable, la CSJN no extendió esa consecuencia a procesos de otra naturaleza.

2.4. *Interpretación de la CNACAF*

En este apartado, analizaremos la recepción que ha tenido la tesis de la CSJN en las distintas salas de la CNACAF, específicamente en el ámbito de los procedimientos administrativos aduaneros.

Previo a ello, nos desviaremos en el discurso para explicar muy sucintamente cuáles son los procedimientos que se cumplen ante el servicio aduanero, dónde se encuentran regulados y por qué es habitual que se extienda su duración.

(i) Aclaraciones sobre los procedimientos aduaneros y su problemática

El Código Aduanero (Ley 22.415) dedica toda la sección XIV a los procedimientos (arts. 1001 a 1183). Esa sección se divide en tres títulos: I) Disposiciones Generales; 2) Procedimientos Especiales; 3) Recursos.

A los efectos del presente trabajo nos interesan los procedimientos contenciosos ante el servicio aduanero, que son aquellos en los que un juez administrativo debe dirimir ciertos conflictos entre el Estado y los particulares. Estos son los denominados "procedimientos especiales" de impugnación (arts. 1053 a 1067), de repetición (arts. 1068 a 1079) y para las infracciones (arts. 1080 a 1117), reglados en el título II de la sección XIV[14].

Mediante el procedimiento reglado de impugnación, se cuestiona la legitimidad de alguno de los actos previstos en el art. 1053 del Código Aduanero, que consisten en tres exigencias (de tributos aduaneros, de importes indebidamente abonados por el Fisco en concepto de estímulos a la exportación y de multas automáticas) y dos actos denegatorios de la Aduana (los que aplican una prohibición de importación o de exportación y los que deniegan el pago de importes reclamados por el administrado en concepto de estímulos a la exportación). Además, se

13 Cfr. DURAND, Julio C., "La duración razonable del procedimiento administrativo, como garantía vinculada al debido proceso, y condición de validez del acto administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica,* Nº 3, del 14/12/12 (IJ-LXVI-909).

14 Cfr. SARLI, Jorge C., "Comentarios sobre el procedimiento contencioso en sede aduanera en la República Argentina", en *Revista Impuestos*, La Ley, LXIII-B, N| 18, septiembre de 2005.

prevé un supuesto residual de impugnación contra todo otro acto administrativo del servicio aduanero que pudiere afectar derechos de los administrados y no fuere susceptible de revisión por ningún otro procedimiento reglado.

Por el procedimiento reglado de repetición puede reclamarse la restitución de tributos regidos por la legislación aduanera que se consideren indebidamente abonados, ya fuese en forma espontánea o a requerimiento del servicio aduanero, pero, en este último supuesto, siempre que la liquidación del importe pagado no hubiese sido objeto de revisión por el procedimiento de impugnación o no estuviese contenido en la resolución condenatoria recaída en un procedimiento para las infracciones (arts. 1068 y 1069, CA).

El procedimiento para las infracciones está previsto para el juzgamiento de las infracciones aduaneras tipificadas en el título II de la sección XII del Código Aduanero (art. 1080, CA); aunque en muchos casos se juzgan hechos que configuran simultáneamente una infracción y un hecho gravado (p. e. en el caso de los incumplimientos al régimen de importación temporaria, arts. 274 y 970, CA),o que tienen aptitud para producir un perjuicio fiscal y, entonces, acarrean también la formulación de cargos por diferencias de tributos (p. e. art. 954, inc. *a*, CA).

Se trata de procedimientos administrativos regidos por una ley especial, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1º de la LNPA; en los cuales se aplican supletoriamente las previsiones de esta última norma, por disposición expresa del artículo 1017 del Código Aduanero –y con independencia de lo que también establece el actual art. 1º, inc. *b. ii*, de la LNPA–.

Las acciones del Fisco, tanto para imponer multas por infracciones aduaneras como para reclamar tributos regidos por la legislación aduanera, prescriben por el transcurso de 5 años; que comienzan a correr el 1º de enero siguiente a la fecha en que se produjo el hecho generador del tributo o constitutivo de la infracción (arts. 803, 804, 934 y 935, CA). Sin embargo, el plazo de prescripción se suspende o interrumpe con el mero dictado de determinados actos, como ser la apertura del sumario y la resolución que le pone fin (arts. 805, inc. *a* y 937, incs. *a* y *d*, CA), sin que sea exigible su notificación[15].

Esto genera situaciones disvaliosas porque permite que se dicte el acto de apertura del sumario cuando se encuentra próximo a vencer el plazo quinquenal, pero no se lo notifique y recién se notifique la resolución definitiva cuando se encuentra próximo a vencer el nuevo plazo de cinco años. Se torna habitual, entonces, que las causas lleguen a instancia de revisión ante la Cámara –una vez transitadas las vías recursivas que para cada procedimiento prevé el art. 1132

15 Cfr. CSJN, Fallos: 332:1109 "Wonderland SRL" (2009), y doctrina plenaria de la CNACAF en la causa "Hughes Tool SA", sentencia del 23/09/03.

del CA– cuando han transcurrido 10 años desde los hechos investigados –y, en ocasiones, muchos más–[16].

Veamos –ahora sí– lo que ha interpretado la CNACAF en casos en los que se planteaba que los procedimientos aduaneros no estaban en condiciones de superar el test de razonabilidad utilizado por la CIDH y la CSJN.

(ii) Sala I, "Race Logistic"

En un sumario por infracción al art. 970 del Código Aduanero, el tribunal admitió un planteo de extinción de la acción del Fisco para imponer sanciones por afectación de la garantía del plazo razonable, al mismo tiempo que revocó la declaración de prescripción de la acción tendiente al cobro de tributos –que había sido declarada por el Tribunal Fiscal de la Nación– y devolvió las actuaciones a dicha sede para que se examinaran los planteos relativos a la configuración del hecho gravado[17].

Aunque el fallo es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 27.742, es relevante mencionarlo porque allí la Sala I mantuvo el criterio expuesto con anterioridad en punto a la imposibilidad de declarar la extinción de la acción tributaria por afectación del plazo razonable.

En particular, remitió a lo resuelto en la causa 1924/12 "Alles Import SACIFI", sentencia del 08/04/14, donde la Sala había declarado la extinción de una acción disciplinaria ejercida en los términos del artículo 97, apartado 2, del Código Aduanero; y en la causa 7569/21 "Bingos platenses SA (TF y 30240-I) c/ DGI", sentencia del 25/08/22, donde había confirmado una determinación de tributos interiores y, al mismo tiempo, declarado la prescripción de la acción para imponer penas por afectación de la garantía del plazo razonable.

(iii) Sala II, "Abbot Laboratories"

La Sala II examinó la apelación del Fisco contra una decisión que, por un lado, había declarado prescripta la acción tendiente al cobro de tributos y, por el otro, había declarado la extinción de la acción para imponer sanciones con fundamento en la afectación de la garantía del plazo razonable[18].

16 La preocupación del sector privado frente a esta situación ha dado origen a distintas iniciativas de reforma de la legislación aduanera, que contemplan desde la pérdida de jurisdicción para el trámite de los procedimientos aduaneros luego de transcurridos dos años, pasando por la modificación de las causales de suspensión o interrupción de la prescripción, hasta la disminución progresiva de las tasas de interés que cobra el Fisco frente a demoras injustificadas (cfr. MC CORMACK, Mateo, "La garantía del plazo razonable en el procedimiento de impugnación", en *JA* 2024-II, cita online: TR LALEY AR/DOC/798/2024).

17 Sala I, causa 7649/24 "Race Logistic SA (TF 37944-A) c/ dga s/ recurso directo de organismo externo", del 01/10/24.

18 Sala II, causa 44532/23 "Abbot Laboratories Argentina SA (TF 91797434-A) c/DGA s/ recurso directo de organismo externo", del 23/02/24.

Interpretó que "el principio del 'plazo razonable' de duración de los procesos *fue concebido para ser aplicado en cuestiones relativas a la materia penal,* tal como resulta de los términos en que se encuentra concebido en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y agregó que "*fue asimismo aplicado a los procedimientos infraccionales...*" (el destacado es propio).

Sin embargo, desestimó que resultase irrazonable el plazo de 10 años transcurrido entre el hecho infraccional y la resolución definitiva, ya que era mucho menor a los 23 años ponderados en el precedente de "Bossi y García SA".

(iv) Sala III, "Alba Compañía Argentina de Seguros"

En un sumario por infracción al art. 970 del Código Aduanero, la aseguradora –condenada en calidad de garante al pago de los tributos resultantes– había planteado la posibilidad de declarar la extinción de la acción tributaria del Fisco por afectación del plazo razonable. Alegaba que los prolongados lapsos de inactividad eran atribuibles al Tribunal Fiscal de la Nación, y que la cuestión no revestía una complejidad que justificase un trámite de 10 años. Pedía, en particular, que se considerase una duración de cinco años como parámetro razonable[19].

La Sala III desestimó su planteo en estos términos: "esta Sala ha sostenido, con sustento en el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 335:1126, 'Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA' - Resol. 169/05 (expte. 105666/86 - SUM FIN 708)', del 26/06/2012, que el mero transcurso del tiempo no resulta suficiente a los efectos de que se produzca la conculcación del derecho involucrado, pues existen ciertas pautas a los fines de valorar dicha circunstancia, las cuales pueden resumirse en las siguientes: *a*) la complejidad del asunto; *b*) la actividad procesal del interesado; *c*) la conducta de las autoridades judiciales y *d*) el análisis global del procedimiento (...). En cuanto al trámite del proceso ante el Tribunal Fiscal, corresponde destacar que la causa inició en octubre de 2012 (conforme fs. 1 de esta causa) con el recurso de apelación (...) no se advierte que en el caso se haya configurado un retardo de justicia exclusivamente imputable a la autoridad administrativa jurisdiccional (...). Máxime si se recuerda que debe valorarse, no sólo la naturaleza de los derechos involucrados, sino también cuál ha sido la responsabilidad de la parte en dicha demora, [que no] ha presentado un pedido de pronto despacho de las actuaciones (arg. Fallos: 322:663). En definitiva, tales circunstancias determinantes del rechazo de los agravios articulados por la recurrente al respecto. *Por lo demás, no puede perderse de vista que el importe que se reclama a la aseguradora aquí involucrada se refiere a los tributos exigidos al importador, y no a la sanción que le fuera impuesta. Lo cual impide la aplicación de la garantía del plazo razonable consagrada por la Corte Suprema*

19 Sala III, causa 64101/2022; "Alba Compañía Argentina de Seguros SA (tf 32252-A) c/ DGA s/recurso directo de organismo externo", del 21/03/24.

de Justicia de la Nación en el precedente 'Bossi y García' (Fallos 334:1264) en el marco de un procedimiento infraccional propio del Derecho Administrativo Sancionatorio" (el destacado es propio).

(v) Sala IV, "Iveco Argentina"

En un sumario por infracción al art. 970 del Código Aduanero, en el que la actora pretendía que se declarara la extinción de ambas acciones del Fisco por afectación de la garantía del plazo razonable, la Sala IV comprobó que la duración del proceso había tenido una extensión similar a la verificada en las causas examinadas por la CSJN, porque habían transcurrido más de 10 años entre el hecho supuestamente infraccional y la resolución aduanera condenatoria; y 17 años incluyendo la instancia de revisión ante el Tribunal Fiscal de la Nación[20].

Especificó que la doctrina del precedente "Losicer" (Fallos: 335:1126) se había reiterado: "en casos en donde había transcurrido un plazo de quince, dieciocho, veinte o más años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y hasta la resolución condenatoria (confr. Fallos: 335:1126; A.1210. XLVIII. 'Alvarado, Pedro Alberto Carlos y otro c/ BCRA - resol. 379/08 s/ causa nº 100.298/97', sent. del 16/04/13; R.769.XLVII. 'Rezzónico, Edgardo Hugo y otro c/ BCRA - resol 88/08 (expte 100.563/86 Sum Fin 725', sent. del 26/09/12; B.331.XLVII. 'Banco de Italia y Río de la Plata (EL) y otros c/ BCRA - resol 49/99 - expte 102.529/85 Sum Fin 531', sent. del 02/10/12, entre muchos otros), y en otros en los que corroboró que el procedimiento recursivo, incluyendo la instancia de revisión ante la Cámara, se había prolongado durante más de veintitrés años, excediéndose todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso (confr. causa B.853.XLIV 'Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/ BCRA s/resol. 178/93', sent. del 19/11/13)" (consid. 3º).

Hizo hincapié en que habían tenido lugar demoras injustificadas en el procedimiento aduanero –fundamentalmente, entre la comisión del hecho y la apertura del sumario, y entre esta última y la corrida de vista al imputado–, como así también, en que ello había ocasionado que la imputada se viera obligada a esgrimir sus defensas cuando ya había transcurrido el plazo razonable de conservación de la documentación, y que se vieran sensiblemente reducidas sus posibilidades probatorias. Además, ponderó que no se trataba de un asunto de especial complejidad y que la actuación procesal del sancionado no había interferido en el normal desarrollo de los procedimientos.

Concluyó así, que la demora en la tramitación de la causa había afectado el derecho de defensa de la sumariada y la garantía a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable, y declaró la extinción de la acción del Fisco para

20 Sala IV, causa 56632/15 "Iveco Argentina SA c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo", del 14/04/16.

imponer sanciones. Finalmente, en lo que aquí interesa, señaló: "la conclusión a la que se arriba con respecto a la acción para imponer penas no puede extenderse a la que tiene el Fisco para percibir los tributos regidos por la legislación aduanera, porque en este último supuesto no está involucrada la potestad punitiva estatal (...). Así lo ha entendido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso donde se cuestionaba un acto de la AFIP que reclamaba multa y tributos, respecto del cual dijo: 'más allá de lo que determine el tribunal de la causa en cuanto a la cuestión principal: la exigibilidad o no del cobro del impuesto, lo cierto es que correspondería, en caso de resultar necesario, que *respecto de la sanción punitiva* –multa aplicada en los términos del art. 46 de la Ley 11.683–, dicho tribunal se expidiera sobre la afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable' (confr. Fallos: 332:1492, cons. 4º, [...] en igual sentido, confr. también Sala III, causa 42.279/12 'Jefferson Sudamericana C/ DGA', sent. del 06/06/13)".

(vi) Sala V, "Alba Compañía Argentina de Seguros S.A."

En una causa en la que únicamente se impugnaba un cargo por tributos, la mayoría, compuesta por los Dres. Gallegos Fedriani y Treacy, interpretó que no existía limitación para declarar la extinción de la acción tributaria del Fisco por afectación de la garantía del plazo razonable: mientras que el Dr. Alemany sostuvo lo contrario[21].

El Dr. Gallegos Fedriani dijo: "Entiendo que lo central de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 'Losicer' se refería a la inusual duración del proceso (...).

VIII.- Que sin perjuicio de que en la causa 62.579/15 'Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo', del 06/07/16, entre otras, (...) se perseguía el cobro de tributos y se entendió que no correspondía la aplicación de los fundamentos del fallo 'Losicer', a mi modo de ver, las circunstancias de estos autos difieren de las de aquella causa.

IX.- Que, debe recordarse que el Fisco persigue la percepción de los tributos de un despacho de importación desde el año 1999. La resolución de la Aduana que puso fin al sumario fue dictada en el año 2008, siendo la misma apelada ante el Tribunal Fiscal de la Nación el 17/03/2009. Con fecha 18/05/2016, el Tribunal Fiscal de la Nación resuelve el recurso interpuesto por la Aseguradora (...) la inactividad de siete años le es imputable al Tribunal Fiscal de la Nación. En modo alguno se puede suplir la actividad propia del organismo jurisdiccional desde que (...) entre otras facultades, puede resolver sobre cuestiones que no han sido planteadas por las partes y su creación se debió a la necesidad de obtener una

21 Sala V, Causa 55643/2016 "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ DGA s/recurso directo de organismo externo", del 27/6/17.

necesidad rápida en un organismo especializado, propio de la Administración Pública; lo que obviamente no se da en el caso de autos.

X.- Que, en efecto, le corresponde al Poder Judicial de la Nación ejercer un control, de la actividad jurisdiccional administrativa por encima de simples cuestiones formales o procesales; debiéndose destacar, en este caso, las razones por las cuales el Tribunal Fiscal de la Nación tardó siete años en resolver la cuestión en debate, no advirtiéndose justificación para tal demora en el caso de autos. A ello cabe agregar, la prolongada duración del sumario administrativo desde que se instruyó en mayo de 2003 hasta que se dictó la resolución condenatoria en febrero de 2008, notificada en febrero de 2009. Por lo antes expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la Aseguradora".

El Dr. Treacy dijo: "Adhiero en lo sustancial (...) Si bien en el caso de autos se discute la procedencia de la reclamación de un tributo, y no la aplicación de una sanción administrativa –tal como ocurrió en el citado caso 'Losicer'–, corresponde examinar las constancias de autos a la luz del estándar fijado por la Corte Suprema en dicho precedente (Fallos: 335:1126), en la inteligencia de que la garantía de un plazo razonable –prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos– también resulta de aplicación al ámbito tributario".

El Dr. Alemany dijo: "El principio del 'plazo razonable' de duración de los procesos fue concebido para ser aplicado en cuestiones relativas a la materia penal, tal como resulta de los términos en que fue redactado el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho concepto fue asimismo aplicado a los procedimientos infraccionales (...) Por tal motivo, y en atención a que en los presentes autos se discute la procedencia de un reclamo estrictamente tributario, toda vez que la multa no es un concepto que le haya sido reclamado a la compañía aseguradora, no cabe aplicar el referido principio".

(vii) Conclusión parcial II

Hasta la reforma que se analiza, la tesis mayoritaria en la CNACAF era que la posibilidad de declarar la extinción de la acción del Fisco por afectación del plazo razonable quedaba limitada al aspecto sancionatorio o disciplinario, de un modo acorde a como lo interpreta y aplica la CSJN.

3. La recepción legal del plazo razonable como derecho aplicable a todos los procedimientos administrativos y su proyección sobre la materia

La Ley 27.742 (BO 08/07/24) transformó profundamente los principios que deben regir los procedimientos administrativos.

En línea con las opiniones doctrinarias que hemos reseñado al inicio de este trabajo, sustituyó la terminología "debido proceso adjetivo", que contenía el art. 1º, inc. *f*, de la LNPA –y comprendía el derecho a ser oído, a ofrecer y producir

pruebas, y a una decisión fundada– por la de "tutela administrativa efectiva", otorgándole mayor amplitud a la garantía.

En lo que aquí interesa, el nuevo art. 1º *bis* de la LNPA preceptúa:

"Son principios fundamentales del procedimiento administrativo (...) la tutela administrativa efectiva (...) y la buena administración. En pos de ello, los procedimientos regidos en esta ley se ajustarán, además, a los siguientes principios y requisitos:

a) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de: (...) (IV) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

b) Impulsión e instrucción de oficio: la Administración deberá impulsar e instruir de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones.

c) Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites...".

Miriam M. Ivanega señala con razón que la doctrina y la jurisprudencia contribuyeron a construir un camino que la Ley 27.742 supo interpretar al incluir directa y expresamente el citado derecho al plazo razonable como integrante de la tutela administrativa efectiva. Además, hace hincapié en que la celeridad, eficacia y eficiencia se consagraron como pautas transversales en el trámite de todos los procedimientos ante la Administración[22].

Vale aquí recordar que la LNPA se aplica "supletoriamente" en los procedimientos cumplidos ante el servicio aduanero (arg. art. 1017, CA); lo cual supone integrar de un modo subsidiario el texto de la ley general respecto de aquélla de carácter especial o susceptibles de ser suplidas[23].

De manera que la modificación bajo examen es relevante porque estos principios no están expresamente previstos en la legislación especial, son compatibles con el régimen jurídico aduanero e incluso pueden contribuir enormemente con él.

3.1. *Conclusión parcial III*

En definitiva, esta reforma, junto con los términos expresos del art. 8.1 de la CADH, invita a reconsiderar si realmente existe alguna limitación para que la acción del Fisco para exigir tributos se extinga por la afectación del plazo razonable.

22 Cfr. Ivanega, Miriam M., "El derecho a un plazo razonable", op. cit.

23 Cfr. Perrino, Pablo E., "Algunos comentarios sobre la regulación de la responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos en la ley 26.944", en *La Ley Next*, cita online: TR LA LEY AP/DOC/1720/2014.

Algunos precedentes de la Cámara, a raíz de la entrada en vigencia de la ley, han admitido que el criterio contrario debe ceder, extendiendo esta consecuencia al ámbito tributario[24].

4. JUSTIFICACIONES PARA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PARA PERCIBIR TRIBUTOS POR AFECTACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE

Hemos visto que la CSJN sostuvo que la afectación del plazo razonable debía traducirse en la extinción de la acción punitiva estatal, conforme al mandato del preámbulo de afianzar la justicia, conjugado con la presunción de inocencia y el hecho de que el ejercicio de la acción penal genera un estado de ansiedad e incertidumbre. Los precedentes reseñados también aluden a que, bajo determinadas circunstancias, el sometimiento al proceso penal equivale a un adelanto de pena sin condena firme. Además, mencionan que la pena pierde efectividad cuando se aplica demasiado tiempo después de los hechos, y que en esta rama del derecho es posible declarar la prescripción de oficio.

Daniel Pastor, en su tesis doctoral sobre el plazo razonable, hizo una construcción similar y concluyó que la indisponibilidad de la acción pública penal debía ceder frente a supuestos en los que se afectara este derecho fundamental. Propuso que un impedimento procesal invalidase la legitimidad del proceso en su conjunto, justificándolo a partir del principio de inocencia y la imposibilidad de adelantar una condena sin sentencia firme. Además, argumentó que es preferible dejar de lado el juzgamiento de ciertos hechos, por muy graves que sean, antes que juzgarlos sin sujeción a reglas, para no restar legitimidad al proceso penal y al Estado de Derecho[25].

Ahora bien, el hecho de que en materia tributaria no rija la presunción de inocencia no parece un argumento suficiente para descartar la clausura de estos procesos por afectación del plazo razonable. La intimación de pago de un tributo es un acto de gravamen, con consecuencias procesales y patrimoniales que restringen la libertad de manera equiparable a un proceso infraccional. A la incertidumbre sobre la suerte futura se suman restricciones y cargas pecuniarias impuestas durante las investigaciones, como la exigencia de garantías para liberar mercaderías (arg. art. 453, CA). También se añade el devengamiento de intereses resarcitorios durante el trámite de impugnación a una tasa del 36% anual sobre

24 Cfr. Sala IV, causas 9354/24 "Aseguradora de Créditos y Garantías SA (TF 19717322-A Y ACUM) c/ DGA", del 11/07/24, y 17330/24 "Alba Compañía Argentina de Seguros SA (TF 35612-A) c/ DGA", del 29/10/24. Es decir, que esta Sala quedarían en línea con la postura favorable a la extensión de la consecuencia a la faz tributaria, que ya exibía la mayoría de la Sala V, incluso antes de la reforma y con asiento en el texto de la CADH.

25 Cfr. PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 545, 547-585, 608 y 652.

valores en dólares, que no guarda equilibrio con los que percibiría el administrado en caso de optar por abonar y repetir[26].

Por otra parte, las dilaciones indebidas en los procedimientos de impugnación restringen la capacidad probatoria del administrado, debido al vencimiento del plazo de conservación de la documentación necesaria para acreditar el cumplimiento de las obligaciones en los distintos regímenes de importación y exportación.

En definitiva, para afianzar la justicia, garantizar el correcto ejercicio del derecho de defensa y la inviolabilidad de la propiedad es fundamental respetar el derecho de toda persona a que se defina su situación frente al tributo en un plazo razonable.

La imposibilidad de declarar la prescripción de oficio en materia tributaria tampoco parece determinante. Cuando la Corte fundó la aplicación de la consecuencia extintiva a la materia infraccional, lo hizo a partir de la teoría de la invalidez del acto administrativo sancionatorio, que podría fundarse en una violación grave del procedimiento aplicable o en la pérdida de competencia por el tiempo (arg. art. 14, inc. *b*, puntos *i* y *iv*, LNPA).

La posibilidad de examinar de oficio la nulidad absoluta de los actos cumplidos en violación del debido proceso legal o la tutela judicial efectiva se admite sin ambages, por ejemplo, en precedentes que examinan la validez del auto de apertura de un sumario por no cumplir con las prescripciones del art. 1094 del CA. Tanto el Tribunal Fiscal de la Nación como la CNACAF han encontrado remedio a la duración excesiva de los procedimientos aduaneros, exigiendo que los requerimientos del artículo 1094 del Código Aduanero y la liquidación de los tributos se cumplan dentro del plazo de prescripción original[27].

En especial, la CNACAF ha resuelto reiteradamente que para que el auto de apertura del sumario tenga virtualidad para suspender y/o interrumpir el cómputo de la prescripción, debe tratarse de un acto válido, reuniendo los requisitos formales y materiales que determina la normativa vigente. La falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 1094 del Código Aduanero dentro del plazo original de prescripción deriva en la nulidad del acto de apertura del sumario. La nulidad del acto administrativo por ausencia de alguno de sus requisitos esenciales es de

26 Cfr. Sumcheski, Ana L., "El derecho a ser juzgado en un plazo razonable", op. cit., pp. 224-225 y 227.

27 Cfr. Sala I, causa 44048/22 "Aseguradora de Créditos y Garantías SA (TF 33562-A) C/ DGA", del 03/11/22; Sala II, causa 40306/13 "Agencia Marítima Tagsa SA c/ DGA", del 18/3/14; Sala III, causa 55478/19 "Denso Manufacturing Argentina SA (TF 28874-A) c/ DGA", del 18/11/20; Sala IV, causas 47750/12 "Agencia Marítima Tagsa SA (TF 27435-A) c/ DGA", del 11/6/13, y 39183/17 "Gibaut Hnos Manufacturas de Cuero SA c/ DGA", del 19/12/17, y sus citas, entre muchas otras. Algunas voces, sin embargo, han planteado dudas sobre la consistencia de esta interpretación (ZOLEZZI, Daniel, "La prescripción interminable...", op. cit., pp. 189-194).

carácter absoluto y no puede ser soslayada, pues afectaría el derecho de defensa tutelado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. La declaración judicial de nulidad opera retroactivamente al momento de la emisión del acto, lo que acarrea la prescripción de las acciones del Fisco, tanto para imponer sanciones como tributos, al no subsistir los actos suspensivos o interruptivos de su curso.

En definitiva, en esta familia de causas se aplica sin cuestionamientos un razonamiento similar al utilizado por la Corte en el caso "Losicer" para justificar la clausura del procedimiento infraccional. La nulidad del auto de apertura del sumario no se debe a que no contenga todos los requisitos del art. 1094 del Código Aduanero al momento de su dictado, sino a que dichos requisitos no se cumplen dentro del plazo inicial de prescripción, equiparado pretorianamente al plazo razonable.

Otros argumentos para hacer extensiva la consecuencia a la acción que tiene el Fisco para percibir tributos:

a) El plazo razonable es internacionalmente reconocido como un derecho fundamental, que integra la tutela administrativa y judicial efectiva. Se aplica a toda clase de proceso jurisdiccional, administrativo o judicial, y de cualquier naturaleza; encontrándose la determinación de derechos y obligaciones de índole fiscal expresamente alcanzada por la garantía, de acuerdo a los términos del art. 8.1 de la CADH. Por consiguiente, los magistrados tienen el deber legal, constitucional y convencional de despejar los obstáculos que pudieran entorpecer el proceso[28].

b) Tiene un fin ejemplificador frente a la morosidad Administrativa[29], y potencialidad para generar la voluntad de remediar el problema, en alguna medida[30].

28 Cfr. ACEVEDO MIÑO, Martín J., "El plazo razonable en los procesos judiciales. La relevancia del cumplimiento de los estándares supranacionales a cuatro años de 'Fornerón vs. Argentina'", en *El Derecho-Constitucional*, Tomo 2016-M, 574, octubre de 2016, cita online: ED-DCCLXXVI-308. En igual sentido, se señala que actualmente no existen dudas de la obligación que recae sobre los jueces locales de aplicar las normas de derecho internacional en el plano interno de manera automática, ni de su deber de realizar el llamado control de convencionalidad. Se entiende que, como consecuencia lógica, en el caso de que un juez de cualquier instancia advierta que no se ha respetado la garantía del plazo razonable en un procedimiento judicial o administrativo, debería declararlo inconstitucional por afectar el debido proceso del imputad (cfr. MINUTO, María E., "La garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo", en *LL* 2019-B, 192, cita online: TR LA LEY AR/DOC/719/2019).

29 Cfr. TREACY, Guillermo, "Los principios supranacionales de derechos humanos", en AA. VV., *Procedimiento administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 880.

30 En este sentido, algunos autores reconocer que se observa una lenta reactivación en la resolución de los sumarios, que podría obedecer a la línea de fallos que invocan la garantía del plazo razonable para declarar la prescripción o directamente dejar sin efecto las sanciones aplicadas, como los que se mencionan en la nota 22 (cfr. SUMCHESKI, Ana L., "El derecho a ser juzgado en un plazo razonable", op. cit., p. 229).

c) Evita supuestos de "esquizofrenia procesal" o disociación entre la acción infraccional y tributaria, en los que se invalida el acto que impone una sanción por patente afectación del plazo razonable y, al mismo tiempo, se reenvía la actuación para definir la situación del administrado frente al tributo, sin una justificación razonable[31].

5. Reflexiones finales

Se ha señalado con razón que la regla general en materia de duración de los procedimientos aduaneros debería ser la adecuación a los plazos legales establecidos en el Código Aduanero y, solo excepcionalmente, la dilación por causas justificadas[32]. En el mismo sentido, se ha estimado que, de acuerdo con tales plazos, un sumario aduanero no debería extenderse más de un año calendario a partir de la corrida de vista[33].

Sin embargo, la experiencia demuestra que los procedimientos ante el servicio aduanero se extienden por largos años, en gran parte debido a las causales de suspensión e interrupción de la prescripción. Por ello, es habitual que, en instancia de apelación ante la CNACAF, ésta deba resolver sobre hechos que ocurrieron hace 10 años, o incluso más.

En este contexto, y más allá del alcance de la garantía del plazo razonable en la CADH, la jurisprudencia de la CSJN y la tesis mayoritaria dentro de la CNACAF, al menos hasta la reforma de la Ley 27.742, circunscribían la extinción de la acción por afectación al plazo razonable a los procedimientos por infracciones o sumarios disciplinarios.

Se ha visto que la Ley 27.742 introdujo reformas significativas en la LNPA al consagrar la buena administración, la impulsión e instrucción de oficio, y la tutela administrativa efectiva como principios fundamentales de todo procedimiento administrativo, sin distinción. Además, reconoció expresamente el derecho de todo administrado a que los procedimientos tramiten y concluyan en un plazo razonable, con una decisión escrita y expresa; así como el correlativo deber de la

31 Otras voces se han alzado para sugerir que el criterio de impedir la subsistencia de la acción penal por afectación de la garantía a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable debería volcarse a procedimientos de otra naturaleza, como el civil, para reducir antagonismos injustificados. Cfr. Carbone, Carlos Alberto, "Esquizofrenia procesal", en Peyrano, Jorge W. (Dir.), *Nuevas herramientas procesales- III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 702-703, y sus citas; de quien hemos tomado el término. Véase, asimismo, el voto minoritario del Dr. Licht en la causa TFN, Sala G, expte. 34491-A, "Acindar Industria Argentina de Aceros SA c/ DGA s/ recurso de apelación", sentencia del 14/5/24.

32 Cotter, Juan Patricio y Mc Cormack, Mateo, "Los procedimientos aduaneros...", op. cit., p. 162.

33 Zolezzi, Daniel, "La prescripción interminable, un fallo que la acota y una reforma que urge", en *Revista de Estudios Aduaneros*, Nº 21, IAEA, Buenos Aires, segundo semestre 2010 - primer semestre 2013, pp. 193-194.

Administración de dictar resoluciones y notificarlas en todos los procedimientos, independientemente de su forma de iniciación.

La fuerza expansiva de esta reforma en materia aduanera se ve reforzada por lo dispuesto en el art. 1017 del Código Aduanero, en cuanto a que la LNPA se aplica supletoriamente en los procedimientos que se cumplen ante el servicio aduanero.

Estos cambios ya han impulsado a algunas Salas a revisar su criterio respecto a la imposibilidad de extender al ámbito tributario la doctrina de la nulidad del acto resolutivo y consiguiente extinción por prescripción de la acción del Fisco, con fundamento en la afectación del plazo razonable; para lo cual, por otra parte, se ha visto que hay fuertes argumentos a favor.

En suma, no parece haber ninguna particularidad en los procesos penales o infraccionales que torne inapropiada la extensión de esta solución y, frente al texto expreso del art. 8.1 de la CADH, es razonable considerar su aplicación.

Coincidimos con la opinión de quienes sostienen que la gradual expansión jurisprudencial de la garantía del plazo razonable precisaba un nuevo impulso a través de su incorporación en la normativa procedimental administrativa, para permitir una aplicación más sencilla, directa, habitual y generalizada, tanto por parte de las administraciones públicas como por los tribunales en el control judicial; logrando así su máximo aprovechamiento y desarrollo, y extendiendo su operatividad a toda categoría procedimental administrativa[34].

Aunque la valoración acerca de la afectación del plazo razonable es prudencial, esta extensión puede contribuir a dar una solución más consistente cuando se pretende reparar el resultado injusto al que conduce una aplicación estricta de las causales de interrupción o suspensión de la prescripción en materia aduanera.

AGUSTINA CAPPONI

Es Abogada y Candidata a Magíster en Derecho LL.M. por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad de Buenos Aires. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

34 ESPINOZA MOLLA, Martín R., "La recepción de la garantía constitucional y convencional del plazo razonable en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Una oportunidad promisoria", en *La Ley Next,* cita online: TR LALEY AR/DOC/2191/2024.

¿INTRODUCE LA LEY DE BASES UNA MIRADA DE DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

Nidia Karina Cicero
Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Fiscal de Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo.

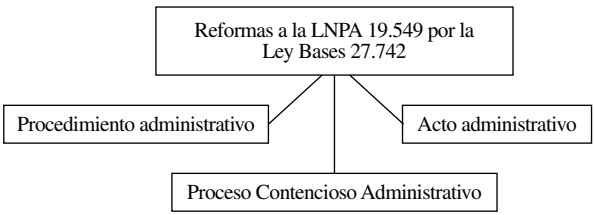
Sumario: 1. Punto de partida. 2. Previsiones incorporadas por la Ley de Bases que introducen una perspectiva de derechos humanos en el procedimiento administrativo. 2.1. Principios Generales. 2.2. Otras previsiones. 2.3. Gráfico de las principales modificaciones introducidas por la Ley de Bases en el procedimiento administrativo. 3. Luces y sombras. 4. Epílogo. 5. Bibliografía.

1. Punto de partida

La Ley 27742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (de aquí en más, Ley de Bases) incorporó notables modificaciones en diversos textos legales que resultan claves para el desenvolvimiento de la función administrativa. Así, declaró la emergencia pública en diversas materias, delegó funciones legislativas en el Poder Ejecutivo en temas de administración y emergencia pública, promovió la reorganización del Sector Público Nacional, modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas, unificó entes reguladores, autorizó privatizaciones y en lo que aquí se abordará, modificó la Ley 19549 de Procedimientos Administrativos (en lo sucesivo LNPA).

Si bien tanto la LNPA como su Reglamento aprobado por el Decreto 1759/72 (de aquí en adelante RLNPA) han tenido diversas modificaciones a lo largo de sus más de cincuenta años de vigencia, la Ley de Bases conforma un hito destacado en el recorrido legislativo de esta materia. Mientras que la última reforma del RLNPA realizada por el Decreto 894/17 que aprobó su actual texto ordenado, introdujo mecanismos destinados a modernizar la dinámica de la gestión administrativa mediante el empleo de herramientas tecnológicas tales como el expediente electrónico, la firma digital y las plataformas de trámites a distancia (TAD), la reforma en estudio no se limita a aspectos instrumentales sino que

consiste en una modificación integral. Los cambios alcanzan a veintiséis de los treinta y tres artículos que contiene la LNPA y abarcan las tres instituciones centrales del derecho administrativo que están regidas por aquella: el procedimiento administrativo –sus principios generales, sus instituciones más representativas (la legitimación, las vistas y el silencio)–, el acto administrativo (sistema de nulidades y revocación) y las condiciones de agotamiento de la instancia administrativa y de acceso al proceso contencioso administrativo –incluyendo sus breves y cuestionados plazos de impugnación– (ver cuadro 1). Como se aprecia, se trata de una reforma vasta y totalizadora que además, recoge criterios que fueron elaborados en las últimas décadas por la doctrina y la jurisprudencia y que en gran medida ya están plasmados en el derecho comparado y en algunos plexos normativos provinciales de procedimientos administrativos (v. gr., la Ley de Mendoza 9003 o la Ley de la Ciudad de Buenos Aires, Decreto 1510/97).



Cuadro 1.

Una primera evaluación global de la norma sancionada arroja que las reformas incorporadas indudablemente fortalecen los derechos de los individuos. En lugar de reforzar las prerrogativas de la Administración, como ha sido la tendencia de otras normas centrales de la disciplina sancionadas en los últimos quince (15) años (v. gr., la Ley 26122 del régimen de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), Delegados y promulgación parcial de leyes; la Ley 26854 de medidas cautelares contra el Estado Nacional y la Ley 26944 de responsabilidad del Estado Nacional y sus agentes), la Ley de Bases ha enfatizado la faceta de garantía de los derechos que caracteriza al procedimiento administrativo.

Este estudio parte de la hipótesis de que la Ley de Bases, al haber engrosado las garantías individuales y colectivas en el procedimiento administrativo, ha incluido una perspectiva de derechos humanos en esta materia, en línea con los compromisos convencionales que obligan al Estado argentino a respetar, proteger y garantizar tales derechos.

No se ignora, sin embargo, que el debate legislativo que precedió la sanción de la Ley de Bases no proporciona elementos que permitan demostrar la premisa precedente. Más allá de que se trata de una ley ómnibus –integrada por 9 títulos diferentes y 238 arts.– que tuvo un procedimiento de sanción tortuoso, con idas

y venidas entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, lo relativo a la reforma de la LNPA no participó de esta conflictiva y se aprobó en el recinto de ambas Cámaras prácticamente sin discusiones. Por otra parte, tampoco existe alusión explícita al derecho convencional de los derechos humanos en el texto aprobado, tal como por ejemplo sí acontece en otros ordenamientos semejantes (v. gr., la Ley 9003 de Procedimiento Administrativo de Mendoza y las referencias realizadas en su art. 1º puntos I, Fuentes e interpretación jurídicas; II, Principios generales aplicables al procedimiento administrativo; y III, Principios especiales aplicables en actuaciones administrativas que involucren derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad, entre otros).

De todos modos, la afirmación que se sostiene en este estudio se sustenta en el hecho de que todas las modificaciones y herramientas procesales concretas que introdujo la Ley de Bases tienden a proteger a los individuos frente a posibles desvíos de la Administración, a favorecer una mayor participación social en la adopción de las decisiones estatales, a aumentar la transparencia en la gestión pública, a afianzar la seguridad jurídica y a facilitar el acceso al control judicial de la Administración. Además en el nuevo articulado se receptan decisiones paradigmáticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos años en temas claves del procedimiento administrativo, tales como legitimación, habilitación de la instancia en caso de silencio y principios del procedimiento administrativo (casos "Halabi"[1], "Biosystems"[2], "Losicer"[3] y "Astorga Bratch", entre muchos otros).

Como ya se adelantó, todas estas disposiciones legislativas concretas, miradas en conjunto, indudablemente conducen a engrosar la tutela de los individuos en forma singular y colectiva y apuntan a limitar prerrogativas del Estado. Esto último, justamente, implica instaurar un enfoque de derechos humanos en el procedimiento administrativo pues "en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal" (CSJN, "Asociación de Trabajadores del Estado")[4].

En los puntos siguientes se desarrollarán las razones que justifican la hipótesis planteada.

1 CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-LEY 25873-DTO. 1563/04 s/AMPARO LEY 16.986" (Fallos: 332:111).

2 CSJN, "Biosystems SA c/ Estado Nacional Ministerio de Salud Hospital Posadas s/ contrato administrativo" (Fallos: 346:921).

3 CSJN, "Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA RESOL 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708 s/" (Fallos 335:1126).

4 CSJN, "Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad" (Fallos: 336:672).

2. PREVISIONES INCORPORADAS POR LA LEY DE BASES QUE INTRODUCEN UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. *Principios generales*

Tal vez la señal más clara de la tendencia garantista a la que se hizo referencia en el punto anterior se halla en la incorporación de nuevos principios generales del procedimiento administrativo en el art. 1º *bis*) que también se ha agregado.

Además de los ya estaban contenidos en la LNPA, se consagran los siguientes principios fundamentales del procedimiento administrativo: juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia y tutela administrativa efectiva. También se alude, retomando lo que ya había sido planteado en el Decreto 894/17, a la simplificación administrativa y la buena administración. Por otra parte, se reiteran los principios que tenía la LNPA en su art. 1º, esto es: 1.La impulsión e instrucción de oficio; 2. La celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia de los trámites; 3. El informalismo a favor del administrado y 4. El debido proceso adjetivo –renombrado como "Tutela administrativa efectiva"–, comprensivo de los tres derechos regulados en la versión anterior de la LNPA, esto es: 1) a ser oído, 2) a ofrecer y producir pruebas y 3) a una decisión fundada; y se agrega un nuevo contenido, el 4), consistente en el derecho a un plazo razonable.

El engrosamiento del catálogo de principios generales que presentaba la LNPA en su art. 1º, a partir de la incorporación de los nuevos principios contemplados en el art. 1º *bis*, dota de mayor protección a los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y convencional.

En otra oportunidad me he referido a la relevancia que cumplen los principios generales en el Derecho Administrativo y a ese trabajo me remito[5]. Sólo cabe retomar aquí la idea allí plasmada acerca de la profunda transformación que han experimentado los principios generales en la dogmática jurídica, que ha dejado de considerarlos una fuente secundaria, accesoria o supletoria del ordenamiento, para pasar a visualizarlos, desde mediados del siglo XX y particularmente a partir del impulso del neoconstitucionalismo europeo, como una fuente prioritaria del Derecho.

5 CICERO, Nidia Karina, "Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo. Implicancias y aplicaciones durante la pandemia del COVID 19", en ROMERO CASILLA, A.; FLORES ZERPA, A. y PAUCARCHUCO GONZALEZ, F. (dirs.), *Reflexiones Jurídicas sobre el Gobierno Digital y la Administración Pública del Estado Peruano. Perspectivas y vicisitudes en torno a la Administración Pública y el renovado rol del Derecho Administrativo ante la nueva normalidad*, AMACHAQ Escuela Jurídica S.A.C., 2022, disponible en http://editorialamachaq.com/libro1-administrativo.

Agustín Gordillo fue un adalid en resaltar la importancia de los principios generales en el derecho contemporáneo y su carácter prácticamente universal, a pesar de las distintas denominaciones que cada uno de ellos registran en los distintos sistemas (justicia, debido proceso, razonabilidad, proscripción de la arbitrariedad). Como decía el maestro "los valores o principios jurídicos son más importantes que las normas; que éstas no pueden contradecir, en la solución del caso, aquéllas". Puntualmente, con relación al acceso a la justicia, Gordillo enseñaba que se trata de un plexo de valores interconectados y en algún modo circulares, del cual se desprenden muchos otros, entre ellos el principio de razonabilidad, que se transforma en una garantía sustantiva y no sólo procedimental[6]. En la misma sintonía, Cassagne afirma que el derecho público argentino se orienta "decididamente hacia una concepción principialista en sintonía con las construcciones de la Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN) (Finnis) y de pensadores del positivismo que incluyen a la moral, como ingrediente necesario del derecho (Alexy y Dworkin)"[7].

En este escenario, los principios han pasado a adoptar el papel estelar de informar e inspirar al ordenamiento jurídico, distanciándose, pero no del todo, de su rol auxiliar frente a la necesidad de completar las lagunas del derecho. Si bien en una visión clásica los principios generales del Derecho actuaban como *ultima ratio* en defecto o a falta de las fuentes normativas, actualmente la doctrina destaca su rol central en el sistema jurídico dada su principal función de modelarlos e informarlos.

El procedimiento administrativo, a la par de cumplir un rol legitimador y organizador de la función administrativa, desarrolla un papel sustantivo porque viabiliza la adopción de decisiones administrativas legítimas y razonables. Como ha dicho la CSJN, "el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (arts. 18, 19 y 28, Constitución Nacional y art. 1º, Ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324:3593)". Por ello, "al exigir una administración que justifique y funde racionalmente sus decisiones, no está haciendo otra cosa que cumplir con el equilibrio que exige la Constitución Nacional entre la tutela de los derechos por ella reconocidos y la acción administrativa, subordinada a la juridicidad, debido proceso adjetivo y sustantivo (arts. 1º, 14, 18, 19, 28, 31, 33 y cctes. Constitución Nacional)" (CSJN, "Roa Restrepo", voto del Ministro Rosatti)[8].

6 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2014, disponible en https://www.gordillo.com/tomo2.php).

7 Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., "El acto administrativo en la ley Bases", *LA LEY* 17/09/2024, 1. Versión digital: TR LALEY AR/DOC/2299/2024.

8 CSJN, "Roa Restrepo, Henry c/ EN - M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM", (Fallos: 344:1013).

En este marco, la función de los principios no es retórica. Es inspiradora, instrumental y preceptiva. En primer término, es notable el influjo inspirador que los principios ya han operado en diversas disposiciones específicas que se han modificado en el texto de la LNPA (v.gr. ampliación de la legitimación para ser parte en el procedimiento; limitación a la potestad revocatoria del acto irregular de objeto cumplido; ampliación de los plazos de impugnación; nulidad insanable de las notificaciones mal practicadas; reincorporación del ritualismo inútil como causal de eximición del agotamiento de la vía administrativa, etc.). En segundo lugar, el nuevo catálogo de principios indudablemente ayudará a resolver previsibles conflictos aplicativos, que seguramente surgirán en el desarrollo de los procedimientos administrativos que se sustanciarán en cada uno de los órganos y entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LNPA. Esto demuestra claramente que la importancia práctica de los principios es alta.

2.2. *Otras previsiones*

Como se adelantó, la perspectiva de derechos humanos introducida en la LNPA por la Ley de Bases no se visualiza únicamente en sus arts. 1º y 1º *bis*. Son muchas más las disposiciones aprobadas que así lo demuestran.

1. Audiencia o consulta pública (arts. 1º *bis* y 8º *bis*): En línea con los principios de transparencia, participación y tutela administrativa efectiva, se incorpora la figura de la audiencia o consulta pública, en especial cuando los marcos regulatorios sectoriales las establecen para discutir cuestiones tarifarias o de servicios públicos. En el art. 1º bis se dispone que cuando una norma exige la realización de una audiencia pública, ésta deberá realizarse conforme a lo que establezca la reglamentación aplicable, y también podrá complementarse o sustituirse por el mecanismo de consulta pública u otros. Si bien el contenido de estas instancias no son vinculantes, salvo que ciertas leyes o reglamentos establezcan lo contrario (conf. art. 64 *bis* RLNPA, conf. Decreto 695/24), la norma contempla que aquel debe ser considerado para el dictado de los actos pertinentes.
   El art. 8º bis, en línea con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* "Cepis"[9] (que desarrolla el binomio "información- participación" y la secuencia virtuosa que debe existir entre ambos componentes), que a su vez se apoya en los desarrollos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el sonado caso "Claude Reyes"[10], contempla que los procedimientos de consulta y audiencias públicas deben resguardar el acceso a la información adecuada, veraz e imparcial y

9 CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" (Fallos: 339:1077).

10 Corte IDH. Caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

proporcionar a los interesados la posibilidad de exponer sus opiniones con la amplitud necesaria y dentro de plazos razonables.

2. Plazo razonable (art. 1º *bis*, inc. *a*), punto *iv*): se contempla que los procedimientos deben concluir en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. Se trata de una modificación de máxima relevancia puesto que recepta la garantía contemplada en el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y la proyecta a los procedimientos administrativos de todo tipo. Esto implica receptar la doctrina elaborada por el Máximo Tribunal Federal en el caso "Losicer"[11] y "Aaron Bonder"[12], e inclusive ampliarla, ya que no circunscribe la garantía a los procedimientos sancionatorios o disciplinarios sino que la reforma la torna aplicable a la totalidad de los procedimientos administrativos, lo que se ajusta a lo resuelto por la Corte IDH en los conocidos precedentes "Perrone y Prekel"[13], "Comunidad indígena Yakye Axa"[14], "Claude Reyes"[15] y "Familia Pacheco Tineo"[16].
3. Eficiencia burocrática (art. 1º *bis*, inc. *d*): tal como lo dispuso anteriormente el Decreto 894/17, los interesados no deberán aportar documentación que ya esté en bases de datos públicas, con lo cual se facilitan los trámites y se colocan las estructuras y bases de datos administrativas al servicio directo de las personas.
4. Ampliación de la legitimación a los intereses jurídicamente tutelados (art. 1º *bis*, inc. *a*) punto *i* y concs. y art. 3º del RLNPA, conf. Decreto 695/2024): conforme al propósito manifiesto de ampliar la tutela de los derechos y bienes de los argentinos, la reforma de la Ley de Bases amplía la legitimación procesal tanto para peticionar en el marco de los procedimientos administrativos como para accionar en el proceso judicial contencioso administrativo. En efecto, la norma comentada reconoce legitimación no sólo para proteger derechos individuales sino para accionar en pos de "intereses jurídicamente tutelados", lo que abarca los derechos de incidencia colectiva reconocidos por la Reforma Constitucional de 1994 (conf. arts. 42 y 43, CN).

11 CSJN, "Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA RESOL 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708 s/", (Fallos 335:1126).

12 CSJN, "Bonder Aaron (emperador compañia financiera S.A.) y otros c/Banco Central de la República Argentina s/B.C.R.A. S/ RESOL 178/93" (Fallos: 336:2184).

13 Corte IDH. Caso "Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384.

14 Corte IDH. Caso "Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

15 Corte IDH. Caso "Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

16 Corte IDH. Caso "Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

5. Principio de gratuidad: En el nuevo art. 1º *bis*, inc. *c*) se regula el principio de gratuidad en el procedimiento administrativo, que aunque no estaba reconocido en forma expresa por el texto anterior de la LNPA, se entendía igualmente de carácter fundamental para defender la legalidad. Según se había interpretado, el principio refiere tanto a la ausencia de condena en costas en el ámbito del procedimiento como a la inexistencia del pago de sellados, a menos que resulten impuestos como una contraprestación por un servicio que presta la administración[17]. La Ley de Bases dispone al respecto algo semejante, puesto que estipula que: "Los trámites administrativos, incluyendo los recursos, reclamos y demás impugnaciones, serán gratuitos, sin perjuicio de la obligación del interesado de sufragar los honorarios que pudieren corresponder a sus letrados y representantes y a los peritos que él proponga" (conf. art. 1º *bis*). Además, otra norma importante es el nuevo art. 25 *bis in fine* que dispone expresamente que el pago previo de multas y sanciones pecuniarias (*solve et repete*) no puede ser más exigido como condición de admisibilidad de las acciones y recursos judiciales, tal como por ejemplo, rige en materia de sanciones impuestas en materia de defensa del consumidor, Ley 24.240, o en el procedimiento tributario, Ley 11.683. Esto evidencia nuevamente el contenido tuitivo de los derechos que trasunta la reforma y también se alinea con los criterios sentados por la Corte Suprema en el precedente "Astorga Bracht"[18].
6. Principio de colaboración - buena fe: En el art. 1º *bis*, inc. *c*) *in fine* se contempla que, tanto los particulares como la administración, tienen el deber de obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos. Ello importa receptar implícitamente el principio de colaboración como propio del procedimiento administrativo, conforme fue aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado caso "Durusse de Fernandez"[19].
7. Tutela administrativa y judicial efectiva: Muchos de los cambios instrumentales introducidos por la Ley de Bases, por no decir todos, constituyen de forma directa o indirecta aplicaciones de este principio de raigambre constitucional y convencional. Aunque el derecho al debido proceso adjetivo ya obraba en el versión originaria de la LNPA –tanto en su faz adjetiva, esto es, derecho a ser oído y a ofrecer y producir prueba– y como sustantiva –en la forma de "razonabilidad", es decir, a contar con una decisión fundada–, aquel es actualizado,

17 HALPERÍN, David y BOGUT, Esteban, comentario al art. 1º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en CICERO, Nidia Karina (dir.) *Legislación Usual Comentada: Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, T. I, 2015.

18 CSJN, "Astorga Bracht Sergio y otro c/ COMFER - DTO. 310/98 s/AMPARO LEY 16,986 (Fallos: 327:4185).

19 CSJN, "Durusse de Fernández, Graciela Belkis c/ Provincia de Santa Fe" (Fallos: 308:633).

renombrado y ampliado por la Ley de Bases, siguiendo los lineamientos de la Corte IDH en "Baena"[20] y de la CSJN en "Astorga Bracht"[21].

A partir del nuevo paradigma proveniente de la convencionalización del orden jurídico doméstico, la garantía a la tutela administrativa efectiva se desprende tanto del art. 18 de la Constitución Nacional como de las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto 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, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En esta clave deben leerse las reformas sustantivas del régimen del acto administrativo –principalmente en lo que hace al sistema de nulidades– tanto por razones de ilegitimidad como de mérito, oportunidad y conveniencia (nuevos arts. 14 y 17), como al del acceso al proceso contencioso administrativo. Los cambios referidos a la legitimación judicial (art. 23), plazos de interposición de la acción e innecesariedad del agotamiento de la instancia administrativa (art. 23), prescripción (art. 22) y el régimen de los recursos y reclamos y la ampliación de sus plazos de interposición (arts. 30 y 32) hacen evidente el sentido tuitivo de los derechos individuales y las claras mejoras que se establecen para la protección de tales derechos. Todo ello, como ya se expresó, resulta acorde a la impronta *pro actione* ensayada por la CSJN en el precedente "Lof Casiano"[22].

8. Eficiencia burocrática y simplificación administrativa: Conectado con los principios de simplificación administrativa y buena administración que se enuncian en forma genérica al iniciar el art. 1º, y con el de oficialidad, economía y eficiencia que se desarrolla en su articulado, bajo el título "Eficiencia burocrática", la Ley de Bases dispone lo siguiente: "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. La Administración podrá recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes o bases estatales o mediante consulta a las plataformas de intermediación u otros sistemas habilitados al efecto. Cuando se trate de informes ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramite el

20 Corte IDH. Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

21 CSJN, "Astorga Bracht Sergio y otro c/ COMFER - DTO. 310/98 s/AMPARO LEY 16,986 (Fallos: 327:4185).

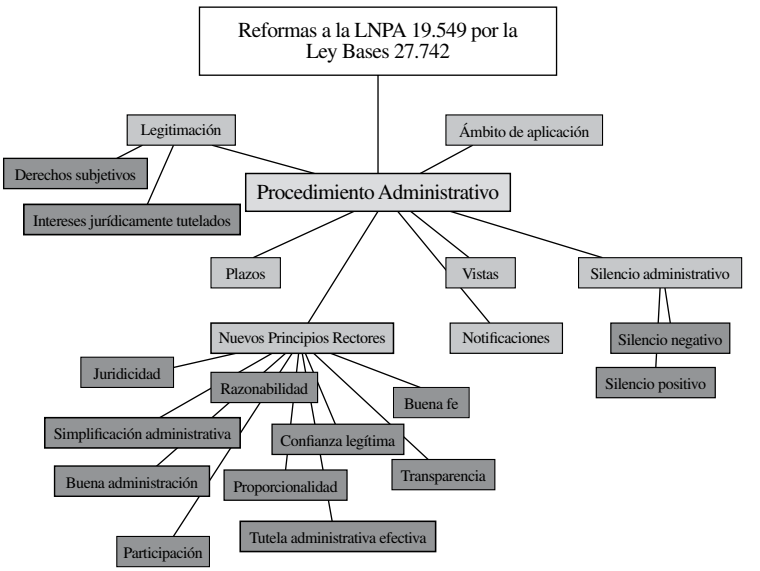
22 CSJN, "Lof Casiano c/ Provincia de Río Negro s/Contencioso administrativo", (Fallos: 331:1660).

procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez (10) días a contar desde la solicitud".

Esta norma se ajusta a la política de simplificación, digitalización y accesibilidad que ya había sido planteada por el Decreto 894/2017 en aras de eliminar cargas innecesarias al ciudadano.

Por último, el objetivo o principio de *simplificación administrativa* obliga a concentrar en una única actuación los pasos o trámites que admiten esta unificación. Esto tiende a evitar la conocida mala práctica administrativa de reiteración de pases o vistas innecesarias, que se replican una y otra vez en los procedimientos administrativos sin aportar valor real a las actuaciones.

Gráfico de las principales modificaciones introducidas por la Ley de Bases en el procedimiento administrativo



Cuadro 2.

3. LUCES Y SOMBRAS

No es ninguna novedad que el derecho administrativo está atravesando en las últimas décadas una transformación en todas sus instituciones características, en función de los contenidos provenientes del proceso de convencionalización tanto regional como internacional originado a partir de la Reforma Constitucional de 1994. Este nuevo ecosistema ha engendrado nuevos paradigmas que obligan a ajustar la legislación y las prácticas internas a los plexos de derechos humanos

y a las decisiones de organismos jurisdiccionales con poder de imperio, como la Corte IDH y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La reforma de la LNPA se inserta en este proceso de convencionalización y armoniza con sus lineamientos. Como se ha venido desarrollando, todas las novedades introducidas van en la misma dirección tendiente a profundizar la protección de las personas y ello, consiguientemente, restringe el ejercicio del poder estatal. Instrumentos como la audiencia pública, el silencio positivo, la ampliación de plazos para la articulación de recursos, la limitación de la potestad anulatoria de los actos administrativos, el restablecimiento del ritualismo inútil como excepción de agotamiento de la instancia administrativa y la simplificación del acceso al proceso contencioso administrativo son innovaciones incorporadas por la Ley de Bases que se inscriben en esta tendencia tuitiva y garantista de personas humanas y jurídicas, de derechos individuales y colectivos.

En los últimos veinte años, independientemente del sesgo ideológico del gobierno imperante, las normas del derecho administrativo argentino han tendido a proteger al Estado, ejerciendo un paternalismo sempiterno que nada ha contribuido para fortalecer las instituciones ni para generar un desarrollo sostenible, equilibrar la distribución de la riqueza y alcanzar los objetivos del Preámbulo de "promover el bienestar general" y del art. 75 inc. 19 CN de "proveer [...] al progreso económico con justicia social". En esta oportunidad el legislador argentino ha optado por amparar en mayor medida al ser humano en lugar de afianzar las potestades de la administración. Esto no es poca cosa.

Llaman la atención, sin embargo, algunas omisiones. Para empezar, sorprende que los autores de la Ley de Bases no hayan intentado definir al menos algunos de los nuevos principios que han incorporado –v. gr. el de confianza legítima, que no registra tratamiento en el micro sistema del derecho administrativo argentino– ni que tampoco hayan establecido sanciones para la falta de cumplimiento de otros tantos principios o de obligaciones específicas impuestas a los órganos competentes (por ejemplo, ¿qué plazo debe considerarse razonable?, ¿aplican los mismos estándares que elaboró la Corte IDH, en la familia de precedentes iniciada con los hitos jurisprudenciales "Genie Lacayo"[23] y "Valle Jaramillo"[24]?, ¿qué ocurre si se viola el plazo razonable?).

Paralelamente, nada se ha innovado con relación al régimen de la denuncia de ilegitimidad –salvo en cuanto a la fijación del plazo de ciento ochenta (180) días para considerar que medió abandono voluntario del derecho– ni tampoco con referencia al agotamiento obligatorio de la instancia administrativa, que al

23 Corte IDH. Caso "Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

24 Corte IDH. Caso "Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

menos resulta opinable a la luz de las garantías judiciales amparadas por los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este régimen, que podría haberse flexibilizado a través de la implantación de un sistema optativo de recursos administrativos, sigue siendo tan obligatorio como antes de la reforma.

Desde la perspectiva de derechos humanos que aquí se analiza, lo que resulta más criticable es que se haya omitido garantizar tratamientos prioritarios a sujetos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, ya sea por condiciones de salud, económicas o sociales que les impiden ejercer ante la administración, en forma plena, los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Corte IDH ha repetido una y otra vez que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. En el conocido caso "Ximenes Lopez vs. Brasil"[25] y pronunciamientos posteriores y concordantes ("Gonzalez Lluy"[26], "Lopez Soto"[27], "Vera Rojas"[28], etc.), la Corte Interamericana ha sido enfática en expresar que "no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre".

Las tramitaciones digitales y notificaciones electrónicas, por dar sólo un ejemplo de algunos de los cambios positivos que incluye la nueva LNPA, podrían no obstante plantear dificultades en entornos de pobreza extrema, escasa o nula formación tecnológica y/o inaccesibilidad digital, de allí que su implementación efectiva ameritaría la realización de ajustes y adaptaciones. La discapacidad, la minoridad, la enfermedad, la condición de pobreza, atravesar situaciones de violencia (doméstica, institucional), la ancianidad, y cualquiera de sus intersecciones demandan tratamientos preferentes y prioritarios desde el Estado. A la luz de la creciente difusión e influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH, podría haberse contemplado, como lo hace el acápite III del art. 1º de la Ley 9003 de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Mendoza, principios especiales aplicables en actuaciones administrativas que involucren derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad.

25 Corte IDH. Caso "Ximenes Lopes Vs. Brasil". Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

26 Corte IDH. Caso "Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

27 Corte IDH. Caso "López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

28 Corte IDH. Caso "Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439.

Por otra parte, la inmediatez y la colaboración en las tramitaciones administrativas hubieran resultado favorecidas de haberse incorporado pautas de lenguaje claro en la comunicación administrativa. El movimiento de lenguaje claro surge como un esfuerzo por mejorar la claridad y la efectividad del lenguaje utilizado en la comunicación pública y empresarial, con el objetivo de hacer que los mensajes sean comprendidos fácilmente por el mayor número posible de personas. Estas iniciativas se están implementando en distintos ámbitos locales (v. gr., el *Manual de Lenguaje Claro* elaborado por la Secretaría Legal y Técnica del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha incorporado a la Red Panhispánica de lenguaje claro en miras de favorecer la comprensión de sus pronunciamientos[29] y sería deseable que una ley básica como lo es la ley de procedimientos, también propicie este tipo de acciones que tienen a mejorar la relación entre el Estado y la sociedad. Esto también, evidentemente, se vincula en definitiva con los mandatos convencionales de respetar, proteger y garantizar derechos humanos.

Nada de esto está previsto en el plexo normativo estudiado. Se ha perdido así una oportunidad para innovar y enriquecer la regulación procedimental en otros sentidos más abarcativos y superadores de los tradicionales ya conocidos.

Ciertamente algunas de estas carencias dan sentido a algunas suspicacias que doctrina muy renombrada ha expresado acerca de la efectividad del nuevo listado de principios generales del procedimiento administrativo para mejorar la protección de los particulares[30]. También renuevan el debate acerca de la problemática vigencia de los principios generales del procedimiento administrativo en el sistema institucional argentino[31].

4. Epílogo

La reforma de la LNPA, como toda obra humana, es perfectible. Los aspectos señalados en el acápite anterior apuntan a encontrar espacios de mejora en la legislación aprobada pero en modo alguno subestiman el notable paso que se ha dado en pos de fortalecer la tutela de las personas y de recortar el poder estatal.

Queda por ver si la Administración continúa este camino y propicia en su actuación concreta una concepción favorable a la existencia y ejercicio de los derechos individuales o recae en posturas que conducen nuevamente a la ampliación de sus prerrogativas. Una persistente tarea de concientización y docencia parecen ser necesarias para desterrar décadas de prácticas proclives a considerar

29 Ver https://www.csjn.gov.ar/novedades/detalle/8246.

30 Mairal, Héctor y Veramendi, Enrique, "La reforma de la ley de Procedimientos Administrativos", *LL*, 12/07/2024. Versión digital: TR LALEY AR/DOC/1777/2024.

31 Sáenz, Jorge A., "Principios generales del Procedimiento Administrativo" en Pozo Gowland (et. al), *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012.

el procedimiento administrativo como un ámbito confrontativo en lugar de un espacio de colaboración en pos de lograr la consecución del bien común.

En este escenario de cambios, le cabe al Poder Judicial continuar generando interpretaciones que afiancen los derechos y que no conduzcan a debilitarlos, siguiendo la senda que ha venido construyendo en los distintos precedentes que han sido citados a la largo de este estudio. Todos ellos se han alineado con el principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos, y que como ha recordado la CSJN en el caso "ATE" (2013), posee dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica: "Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v. gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A Nº 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v. gr., ídem, La Expresión "Leyes" en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 6/86, 9-5-1986, Serie A Nº6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten".

5. Bibliografía

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la ley Bases", *LA LEY* 17/09/2024, 1. Versión digital: TR LALEY AR/DOC/2299/2024

CICERO, Nidia Karina, "Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo. Implicancias y aplicaciones durante la pandemia del COVID 19", en ROMERO CASILLA, A.; FLORES ZERPA, A. y PAUCARCHUCO GONZALEZ, F. (dirs.), *Reflexiones Jurídicas sobre el Gobierno Digital y la Administración Pública del Estado Peruano. Perspectivas y vicisitudes en torno a la Administración Pública y el renovado rol del Derecho Administrativo ante la nueva normalidad*, AMACHAQ Escuela Jurídica S.A.C., 2022, disponible en http://editorialamachaq.com/libro1-administrativo.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2014, disponible en https://www.gordillo.com/tomo2.php).

Halperín, David y Bogut, Esteban, comentario al art. 1º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en Cicero, Nidia Karina (dir.) *Legislación Usual Comentada: Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, T. I, 2015.

Mairal, Héctor y Veramendi, Enrique, "La reforma de la ley de Procedimientos Administrativos", *LL*, 12/07/2024. Versión digital: TR LALEY AR/DOC/1777/2024.

Obligado, Lucia, "Sobre la motivación del acto administrativo y la teoría de la subsanación", *LL*, 03/09/2024.

Pozo Gowland, Francisco y Durigon, Santiago, "Revocación de actos administrativos. El nuevo régimen de la Ley de Procedimiento Administrativo", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Agosto 2024 - Número 8, 04-09-2024. Versión Digital: ED-V-DCCCLXIII-934.

Sáenz, Jorge A., "Principios generales del Procedimiento Administrativo" en Pozo Gowland (et. al), *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012.

Urrutigoity, Javier, "Vías impugnatorias y reclamatorias en la ley 27.742 de Bases y Reforma del Procedimiento Administrativo Nacional (ley 19.549)" en *RDA, Revista de Derecho Administrativo*, Edición Especial, Septiembre-Octubre 2024, Nº 155.

Villata, Ricardo, "Modificaciones de la Ley Bases a la normativa nacional de procedimientos administrativos", ADLA, 2024-8,90

Nidia Karina Cicero

Es Doctora en Derecho. Profesora Adjunta Regular y de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Universidad Católica Argentina, entre distintas unidades académicas de Argentina. Autora de cuatro libros y numerosas publicaciones de la especialidad en el país y en el exterior. Sus líneas de investigación actuales son los aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la responsabilidad estatal y las nuevas tecnologías aplicadas a la enseñanza jurídica. Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, fuero en el que se ha desempeñado como Jueza y Secretaria de Primera Instancia.

EL DERECHO DE LAS PERSONAS A LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE BASES

Isaac Augusto Damsky
Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

Sumario: 1. La ley y el derecho a participar. 2. Razones para pensar al derecho a participar. 3. La participación ciudadana como un Derecho Humano. Sus tres núcleos de protección. 3.1. La formulación general del derecho a la participación. 3.2. Derechos instrumentales interrelacionados con la participación. 3.3. Progresividad, garantía mínima y mayor protección. 3.4. En síntesis: el derecho a participar como un derecho en sí mismo. 4. Evocación del derecho a participar en un celebrado fallo de nuestra Corte Suprema. 5. Epílogo.

I. La ley y el derecho a participar

En mi opinión, el derecho de las personas a la participación pública en la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) es mucho más que la regla de consulta pública contenida en el art. 29 de la Ley de Bases 27.742 en su proposición de art. 8º *bis* de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) o la progresiva apertura de las categorías de legitimación procesal. Es un principio de jerarquía normativa y es un derecho fundamental, de titularidad colectiva, de carácter compuesto y cuyos atributos generales están reconocidos, primero, en el plexo superior de los derechos humanos, segundo, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y, tercero, como derecho componente del derecho y principio de buena administración receptado en el art. 25 de la nueva ley. Así, más allá de las aportaciones y las críticas que desde los sectores doctrinarios pueda formulársele –como a toda norma jurídica que, en tanto obra humana es siempre perfectible– la norma exhibe racionalidad, sistematicidad y coherencia respecto del ordenamiento superior verificando un paso adelante en la construcción de un derecho público más sólido y fruto de su tiempo.

Siendo así, debe comenzarse resaltando que la regla de consulta pública desarrollada en el art. 29 de la Ley de Bases 27.742 en su proposición de art. 8º *bis* de la LNPA argentina, jerarquizado mediante la subsunción en los principios de

transparencia, buena administración y tutela administrativa efectiva plasmados en el celebrado art. 25 de la Ley, no agota el reconocimiento del derecho de las personas a participar sino que lo especifica al contemplar uno de los supuestos posibles de ejercicio de una ciudadanía activa, participativa y dialógica. Más aún porque la nueva ley también ha impactado en la reformulación de las categorías de legitimación procesal reconocidas en sus arts. 23 y 24 con más las previsiones específicas desarrolladas en los arts. 14 y 33 de la reglamentación expresada en el Decreto 695/2024[1], entre otras previsiones cuya mención excede al presente.

Con lo dicho, entiendo que la posición asumida permite superar las limitaciones siempre provisionales y temporales que la letra de la ley, en normas de estas características, puedan plantearnos y posibilita una interpretación valorativa y contextual de las instituciones jurídicas.

Esto es de importancia porque es necesario considerar el reconocimiento y jerarquización que la ley ha hecho respecto de principios jurídicos cardinales que ya habían merecido extendido y uniforme reconocimiento en el Derecho Público de América Latina[2].

Inscripta en la tendencia exhibida en las últimas décadas, todas las renovadas demostraciones normativas de centralidad de la persona humana vienen manifestándose a través de principios jurídicos protectorios, la previsión de mecanismos de participación y consulta, si bien limitada y de contornos y efectividad no del todo sustantivos como se hubiera anhelado, una ampliación de carácter general respecto a las categorías de legitimación colectiva procesal administrativa, más algunos desarrollos tangibles de los requisitos de validez del acto administrativo o la expansión para ciertos casos del silencio positivo junto con un régimen procesal de impugnación de los actos y comportamientos administrativos un poco más racional, porque el mantenimiento del *status* anterior era ya insostenible por su discordancia con los tiempos. La ley, así, se ha orientado a dar un paso adelante.

Inclusive, es digno de celebrarse la extensión del poder normativo desarrollado en esta ley sobre el procedimiento administrativo y el acto administrativo introduciendo reformas necesarias, porque a su vez el cariz y trascendencia de éstos cambios justifican, por fin, decir que en nuestro país aquella antigua discordancia en punto a si la Ley 19.549 era ley o era Decreto Ley, ha quedado superada. Resulta indudable, ahora, que el procedimiento administrativo por fin ha sido coronado en ley formal del Congreso.

1 https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/400000-404999/402383/norma.htm.

2 En punto a la importancia de los principios jurídicos en el Derecho Público resulta indispensable remitirse a la ya clásica obra del Maestro Juan Carlos Cassagne, en especial, a: *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualizada, 2021.

Ahora bien, aún con insistencia diré que la importancia de la jerarquización normativa de los apuntados principios –fundantes de la participación– extendidamente reconocidos como la transparencia, la buena administración y la tutela administrativa efectiva es lo que permite sostener que los mecanismos participativos y la participación como un derecho no se reduce solo a la técnica instrumental de las consultas públicas no vinculantes, si bien la literalidad del texto normativo podría inducir a sostenerlo.

2. Razones para pensar al derecho a participar

Sentado lo anterior, mi postura es que la mención de la ley es de carácter inicial y meramente ejemplificativa. Ello conllevará entonces la necesidad de bregar una y otra vez por la efectividad plena y el reconocimiento permanente del derecho a participar. No debemos descuidarnos. Corresponde siempre tener presente que el estado normativo actual es pasible de retrogradar para en su evolución e interpretación inscribirse dentro de la peligrosa corriente de retracción del otrora ciclo expansivo de los derechos que pudiera ser predicable en el futuro no remoto a todo el espacio jurídico de América Latina.

Es importante tener en cuenta que la ley guarda silencio sobre los aspectos básicos de la normación del derecho a participar y aún en el caso de la mencionada consulta pública tampoco se desarrolla un marco general de reconocimientos, establecimientos de garantías o previsión de atributos operacionales que pudieran dotarla de mayor sustantividad.

De ello se sigue la necesidad de insistir en integrar el ordenamiento interno particular a los principios y reglas contenidos en el plano constitucional y convencional. Si la norma local erosiona la previsión de la participación como un derecho, si nada dice respecto a los supuestos en que el particular o la sociedad civil, sea individual o colectivamente considerada, pueda peticionarla –si es que puede, ni frente a cuales situaciones expresamente se decide admitirla o rechazarla, ni sus recaudos de trámite, entonces debemos insistir en la importancia de integrar esta ley al plano superior.

Estos son los motivos por los que procuro una vez más volver sobre la configuración del derecho de las personas y la sociedad civil a participar y a ocurrir en procura de tutela efectiva. Porque la participación está reconocida como un derecho en el plano constitucional y convencional. Si el procedimiento administrativo y las instituciones públicas no se abren verdaderamente a instancias de participación verdaderamente vinculantes y efectivas y si no dimensionan su virtualidad, la pérdida de legitimidad de nuestras instituciones públicas y de nuestro procedimiento administrativo seguirá siendo inexorable[3].

3 Ampliar en los siguientes trabajos publicados en: "Deliberación Nº 2", *Revista para la mejora de la calidad democrática*, Aragón, Ed. Dirección General de participación ciudadana,

No es posible hablar de la mentada seguridad jurídica si no se reconocen efectivas instancias de intervención vinculante.

La participación ciudadana debiera estar llamada a cumplir un rol de mayor preponderancia –para ganar mayor legitimidad dentro del nuevo modelo– y necesita ser suficientemente discutida, para no quedarnos con el sinsabor de su reducción. Para ello es necesario integrar al nuevo ordenamiento vigente los principios y reglas de orden superior en su contrastación con las definiciones extendidamente aceptadas. Propongo volver a alertar sobre la peligrosidad de seguir amordazando a la ciudadanía desalentando su participación e intervención efectiva en la gestión pública. Invito a ensayar una lectura de la realidad del quehacer público que logre superar, ir más allá y evitar quedar nuevamente encorsetada en una renovada presentación de supuestas dicotomías y promesas incumplidas[4].

3. La participación ciudadana como un Derecho Humano. Sus tres núcleos de protección

Como corolario de lo dicho hasta aquí no cabe duda que resulta paradójico abordar los mecanismos participativos como un derecho. De una parte, se verifica un extendido consenso doctrinario respecto de la visualización positiva de los mecanismos participativos a tal punto que no solo se la tematiza como un principio[5] –el principio de participación– implicando en ello un sentido y legitimidad superior a su originaria concepción como un objetivo instrumental en la planificación estatal, sino que se concordó en reconocerla como un derecho que cuenta con reconocimiento constitucional y parcial sustancia legal[6], por la plasmación

---

acción exterior y cooperación, Departamento de Presidencia y Justicia, Gobierno de Aragón, Octubre 2012, a saber: PÉREZ ALBERDI, Reyes, "Derechos de Participación en los Estatutos de Autonomía de última generación", p. 36; CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique, "Democracia y tecnología en época de crisis", p. 57 y ss. VARGAS, Jean-Paul, "Participación Ciudadana y Concertación en Centroamérica", p. 72 y ss.

4 Me remito al pensamiento del querido jurista y profesor francés Franck MODERNÉ plasmado en su lúcido trabajo "El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 6, 2002, pp. 339-359.

5 Ampliar en: IVANEGA, Miriam, "Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos", *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II*, Rubinzal Culzoni, 2007-2; STORTONI, Gabriela, "El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación", trabajo inédito; SÁNCHEZ-SÁNCHEZ, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

6 Ver las menciones normativas especiales presentadas por IVANEGA, Miriam, *Cuestiones de Potestad Disciplinaria y Derecho de Defensa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires. RAP, 2013, p. 142).

de sus principales manifestaciones a través de ordenamientos particulares[7] y se llegó a jerarquizarla como un derecho de raigambre superior[8].

Este largo *iter* de legitimidad por el que discurrió la participación en por lo menos algo más de cincuenta años debiera operar la legítima expectativa sobre su operatividad plena y generalizada aceptación y, en parejo orden, la discusión actual debiera situarse en sus nuevos confines, en sus alcances procesales o, en términos generales, respecto de los aspectos atinentes a la expansión de sus atributos de sistematicidad y efectividad. Más aún debido al reconocimiento que le prodigó la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, al igual que el tratamiento merecido en numerosos pronunciamientos de los Fueros especializados.

Sin embargo, como ya se ha planteado, ello no es así porque aún hoy los esfuerzos siguen centrándose en su estadio inicial. En los esfuerzos por la concientización de sus beneficios. Seguimos en una instancia fundacional, inicial, en la que los esfuerzos se sitúan en la comunicación de los beneficios que promueve el ejercicio activo del derecho a participar. Aún no se ha llegado a un umbral de reconocimiento y aceptación que posibilite escalar al estadio siguiente de su desarrollo[9].

El contexto presentado determina que resulte entonces útil intentar presentar la protección jurídica de la participación como derecho desde el sistema

7 Me remito a: Stortoni, Gabriela, "El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación", trabajo inédito, con cita a: Sacristán, Estela, "Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)", *LL* 1999-B-480; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, T. II, p. 305.

8 Me remito a dos antiguos trabajos de mi autoría: Damsky, Isaac Augusto, "Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994", en V.V.A.A., *A una década de la reforma constitucional,* Bidart Campos - Gil Dominguez, coords., Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 172 a 197. Y muy especialmente a los términos y finalidades participativos –planteados más de veinte años atrás– dentro de los que inscribí mi análisis sobre los objetivos y racionalidades que justificaban la existencia del Defensor del Pueblo en: Damsky, Isaac Augusto, "El Defensor del Pueblo. Reflexiones acerca de su función promocional del cambio", *Revista Jurisprudencia Argentina*, 11 de junio de 1997, p. 37. Estrictamente vinculado a las racionalidades del derecho a participar en la contratación pública, ampliar en: Rejtman Farah, Mario, "Contrataciones públicas transparente: un desafío en la emergencia", en V.V.A.A., *El contrato administrativo en la actualidad*, Gordillo, Agustín (dir.), Buenos Aires, LL, 2004, p. 116 y ss. Ampliar en: Sánchez-Sánchez, Zulima, ob. cit., *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

9 Ver: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos", (A/HRC/30/26), 23/07/2015.

internacional e interamericano de derechos humanos[10]. El derecho de participación se integra en tres núcleos que se reconocen en los sistemas internacional e interamericano de Derechos Humanos.

3.1. *La formulación general del derecho a la participación*

El primer núcleo se integra por aquellas cláusulas que formulan en términos generales al derecho de participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública como elemento central del concepto de "democracia integradora"[11]. Desde ésta concepción imperante en los organismos internacionales de derechos humanos se enfatiza el contenido amplio del derecho a participar dado su carácter esencial para la realización democrática[12].

El reconocimiento se plasma en fórmulas que postulan el derecho a participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos y en el derecho de acceso a la función pública. Ello comprende "los derechos de todas las personas a participar plenamente en los procesos públicos de adopción de decisiones que les conciernen y a ejercer efectivamente su influencia en ellos" abarcando los derechos a que se les consulte en todas las etapas de la redacción legislativa y la formulación de políticas, a expresar críticas y a presentar propuestas destinadas a mejorar el funcionamiento y la inclusión de todos los órganos gubernamentales que intervienen en la dirección de los asuntos públicos[13]. Este derecho se encuentra indisolublemente unido a otros derechos humanos, que trataré en el segundo núcleo, tales como el derecho de reunión y asociación pacífica, libertad de expresión y opinión y los derechos a la educación y la información, que coadyuvan al ejercicio del derecho a participar.

Debemos situarlo con carácter principal en las siguientes cláusulas:

El art. 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[14] al reconocer que: "Todos los ciudadanos gozarán [...] sin restricciones

10 Respecto a la actualidad de los términos generales de protección de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y su proyección específica al derecho administrativo fronteras adentro del estado, ampliar en: GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, "La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas" (*LA LEY*, 18/01/2018).

11 Ver: Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 30/06/2014, A/HRC/27/29, pp. 3/4.

12 Ver: www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx.

13 Cfr. Informe anual citado A/HRC/27/29, párrafo 21, p. 7 con cita a la Observación General Nº 21 (2009) del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14 El art. 25 se completa con la Observación General Interpretativa de 1996 (Observación General 25. Comité de Derechos Humanos. Art. 25. Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto. PIDCP.57 Período de Sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, 1996) y con la jurisprudencia adoptadas por el Comité de Derechos Humanos (http://www.ohchr.org/SP/

indebidas[15], de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos[16], directamente [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"[17].

El art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial su primer disposición en la que se señala la universalidad de participación en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes. Este art. 23.1.a) es prácticamente idéntico al art. 25.a del PIDCP, lo que realza la importancia y efectividad de la citada Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[18].

Así, se ha dicho que en las formulaciones de estas cláusulas y su interpretación contenida en la citada OG 25 es central advertir dos reafirmaciones: primero, que los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos; y segundo, que se obliga a los estados a aplicar el principio de no discriminación y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos[19].

Esto es de importancia porque tal como ha concluido la doctrina especializada de derechos humanos: "Ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH en los casos de derechos políticos esta llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afincado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los casos "Castañeda Gutman vs. México" y "Yatama vs. Nicaragua", ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general [...] Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el Sistema Interamericano debe de ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poder fácticos al margen de los Estados [...] o, la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores"[20].

Issues/Pages/EqualParticipation.aspx). Destaco la centralidad de la Observación General 25 en la materia remitiéndome a sus términos.

15 Ver: Observación General 25, punto 4º.

16 Ver: Observación General 25, punto 5º.

17 Ver: Observación General 25, punto 23.

18 Cfr. Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, en V.V.A.A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentario de Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, EUDEBA, 2014, pp. 562 y 562.

19 Autores y obra citada, pp. 562 y 563.

20 Autores y obra citada, p. 578.

Sentado lo anterior y bajo la orientación expuesta se agregan las previsiones del art. XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al reconocer en términos generales el derecho de toda persona a "tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes"; el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al estipular –de manera similar– que "toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente [...] y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país".

Destaco la especial cualificación con la que el sistema internacional de los derechos humanos promueve y protege a la participación en instrumentos internacionales cuyo eje de protección reviste alta sensibilidad[21], tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación racial que en su art. 5º, incs. *c* y *d* especifica "el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley [...] en el goce de los derechos siguientes [...] a participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas", comprendiendo en ellos los consecuentes derechos instrumentales consagrados en los apartados VIII (libertad de opinión y expresión) y IX (libertad de asociación y reunión) del inc. *d*; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 7º y 8º)[22]; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (arts. 4º.3, 29 y 33.3)[23]; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 41 y 42), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de las Naciones Unidas (arts. 5º y 18), la Declaración y el Programa de Acción de Durban (art. 22), la Declaración sobre el derecho al desarrollo (arts. 1º.1, 2º y 8º.2) y la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (art. 8º). Y en los ámbitos regionales, la igualdad de derechos políticos también está protegida por varios instrumentos, entre otros el Primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3º), la Convención

21 Ver: Informe citado de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx).

22 Cfr. CABALLERO OCHOA y RÁBAGO DORBECKER, ob. cit., p. 575 con cita a los casos: "Caso del penal Miguel Castro-Castro vs. Perú" (25/11/2006); "Caso González y otras ("Campo Algodonero" (16/11/2009); "Caso Fernández Ortega y otros" (30/08/2010); "Caso Rosendo Cantú y otra" (31/08/2010); "Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile" (24/02/2012). Ver: Recomendación General 23 de Naciones Unidas (1997) sobre vida política y pública mencionados por los autores y obra, citada en pp. 575 y 576.

23 Ver: CABALLERO OCHOA, José Luis y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, ob. cit., p. 578.

Americana sobre Derechos Humanos (art. 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 13).

3.2. *Derechos instrumentales interrelacionados con la participación*

El segundo, lo conforman derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión junto con el derecho de reunión y la libertad de asociación que se encuentran interrelacionados y coadyuvan al ejercicio del derecho a participar pues, a este efecto, revisten un contenido instrumental que los vincula indisolublemente[24].

Se consagran principalmente en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sobre libertad de investigación y expresión; el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el reconocimiento al derecho a la libertad de investigación y su apoyatura en el derecho a la verdad y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su reconocimiento al derecho "a la libertad de pensamiento y expresión comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole".

Por ello merece destacarse lo dicho por la doctrina especializada[25] respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana experimentada en la última década y media respecto al *derecho a la libertad de expresión* o *libertad de expresión* el cual había sido escasamente tratado hasta 2001. El punto de inicio en su análisis se dio en la Opinión Consultiva OC-5/85 (13/11/1985)[26] en la que estableció dos pilares básicos para la interpretación del art. 13 de la Convención. Por el primero, denominado el "estándar democrático", la Corte Interamericana propuso que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática, por lo cual la califico de "piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática [...] condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada [...] una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre"[27]. El segundo, "el estándar de las dos dimensiones" postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se

24 Ver: Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, ob. cit., p. 564.

25 Ver: Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, comentario al art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en V.V.A.A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentario, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, EUDEBA, 2014, p. 322 y ss.

26 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No 5, citada por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en ob. cit., p. 322 y ss.

27 Cfr. Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas, nota I, parr. 70, citado por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en ob. cit. p. 324.

relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo porque este derecho "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". Éstos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos [...] donde resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Es decir, se implica un "derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"[28].

Muy brevemente corresponde tratar en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos al derecho de reunión (art. 15) y a la libertad de asociación (art. 16 y arts. 20 de la DUDH, XXII de la DADDH, 22 del PIDC, 8º del PIDESC, etc.) debido a la apuntada interrelación con el plexo de derechos expuesto porque, tal como explica doctrina especializada, constituyen un presupuesto indispensable para consumar esa combinación de esfuerzos. Más aun tratándose de la intervención de defensores de derechos humanos[29], en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos de participación[30]. El derecho de reunión forma parte del contenido esencial de la libertad de asociación. Se encuentran ínsitamente relacionados y jerarquizados por su finalidad de desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas[31].

Así, la citada doctrina especializada enfatiza con insistencia en que el derecho de reunión –comprensivo del derecho de manifestación[32]– se encuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación recreando los términos del Tribunal Constitucional español en su sentencia 85/1988 del 28 de

28 Autores y trabajo citado, con referencia al párrafo 30 de la OC-5/85, p. 324.

29 Ver: "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos" (conocida como "Declaración sobre los defensores de los derechos humanos"), aprobada por Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 09 de diciembre de 1998.

30 Ver: Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, "Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas" (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 30 de junio de 2014. Especialmente su comentario al art. 8º, párrafo 2, de la Declaración citada (p.19).

31 Cfr. MUJICA, Javier, comentario a los arts. 15 y 16, en V.V.A.A., Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario, Christian STEINER-Patricia URIBE, Buenos Aires, EUDEBA, 2014, p. 356 y ss., especialmente p. 361).

32 Ampliar en: Comentario sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas.

abril de 1988 al sostener: "El derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión [...] que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo"[33]. En este contexto llegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a jerarquizarlos como derechos que posibilitan el aseguramiento de la "existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática", motivo por el cual "la protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir [...] sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas..." para su efectividad[34].

Respecto de la importancia del derecho de asociación se ha dicho que si bien constituye una prerrogativa de todas las personas, su protección adquiere una significación especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como el caso de los defensores de derechos humanos –actividad de interés público así calificada por la Corte IDH[35]–, calificándose tal ejercicio como "herramienta fundamental"[36] para el ejercicio de forma plena y cabal de las acciones de defensa y promoción de derechos.

3.3. *Progresividad, garantía mínima y mayor protección*

Y el tercer núcleo se afinca en las centralidades de la progresividad o desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales como indisolublemente relacionados con los principios de garantía mínima y pro persona y sus plasmaciones en la preferencia de la norma más protectora y el principio de conservación de la norma más favorable. Principios y reglas que jamás es ocioso recrear –y más aún en nuestro ámbito del Derecho Administrativo en cuya arena preponderan contiendas sobre operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre las que frecuentemente opera la participación ciudadana– porque confieren fuerza expansiva a los Derechos Humanos[37]. Por ello los menciono

33 Autor y trabajo citado, p. 361 con cita a otras sentencias del Tribunal Constitucional de España: sentencias 66/1995; 196/2002 y 301/2006.

34 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr, Washington, 22 de Octubre 2002, parr. 359, citado por Mujica, Javier, ob. cit., p. 357.

35 Ver autor y trabajo citado, p. 381 con remisión a Informes de la Comisión IDH ("sobre la situación de las defensoras y los defensores de los Derechos Humanos en las Américas"; "sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela", etc.).

36 Autor y trabajo citado, p. 380, con remisión a la doctrina sentada en el Informe Anual de 1998 de la Comisión IDH (16/04/1999), p. 1237.

37 Sobre la prevalencia de una interpretación siempre a favor de la protección y promoción de la dignidad de las personas Ver: Gutierrez Colantuono, Pablo, "La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas" (*LA LEY*, 18/01/2018).

no sin antes advertir que excede muy largamente a los propósitos del presente trabajo un abordaje minucioso.

Como es sabido, se cristalizan principalmente en el arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al postular su desarrollo progresivo e interpretación evolutiva; el art. 2º.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el principio de progresividad previsto como obligación del estado y que se complementa con la regla de no regresividad de su art. 5º.2; el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al postular el derecho al desarrollo de "un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". Y en todo ello no pueden soslayarse los dos deberes fundamentales que consagra el sistema interamericano de derechos humanos en orden al respeto de los derechos humanos y de garantía de su libre y pleno ejercicio, tal como se establece en los arts. 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin los cuales no sería posible su ni la interpretación evolutiva, ni el desarrollo progresivo[38].

3.4. *En síntesis: el derecho a participar como un derecho en sí mismo*

Tal como ha expresado el Alto Comisionado de Naciones Unidas, "el derecho a participar es un derecho humano fundamental por sí mismo, así como un derecho que permite el pleno ejercicio de muchos otros derechos humanos. Desempeña una importante función en la identificación y reparación de la discriminación porque contribuye a que las opiniones y los intereses de todos los miembros de la sociedad se reflejen en la legislación, las políticas y otras formas de adopción de decisiones públicas. El derecho a la participación en la vida pública y política tiene un gran alcance [...] pasando por formas directas e indirectas de participación en la dirección de los asuntos públicos a todos los niveles, desde el local hasta el internacional. El concepto de participación en la vida pública y política evoluciona y varios mecanismos internacionales de derechos humanos han reconocido que los derechos de participación abarcan en la actualidad el derecho a ser consultado y a tener las mismas oportunidades efectivas de participar en los procesos de toma de decisiones sobre todas las cuestiones de interés público"[39].

38 En sentido homenaje me remito a las enseñanzas del entrañable profesor Jorge Luís Salomoni al decir: "Allí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano [...] la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones" (SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, p. 453 y ss., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997).

39 Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, "Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para

De forma coincidente se reconoció que la denegación del derecho a participar "debe poder recurrirse judicialmente y se debe disponer de recursos apropiados si se ha violado ese derecho. La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos [...] es la forma más propicia de lograr la plena efectividad [...] el ejercicio del derecho a participar [...] también depende de la transparencia y el acceso a una información completa, actualizada y comprensible. Esa información debe estar disponible de forma gratuita y con suficiente antelación. La participación aumenta [...] cuando las decisiones importantes [...] se pueden debatir. Los mecanismos de participación deben basarse en el empoderamiento y el fomento de la capacidad [...] la vida pública también se ha visto enriquecida por nuevas formas de participación, como las iniciativas de los ciudadanos o el gobierno electrónico, y mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones"[40].

4. Evocación del derecho a participar en un celebrado fallo de nuestra Corte Suprema

Conteste con el enfoque expuesto, casi diez años atrás la Corte Suprema argentina en el fallo "Cepis"[41] tuvo oportunidad de enmarcar el derecho a la participación en materia de audiencias públicas, enraizando sus fundamentos de legitimidad en la mención de las implicancias de la democracia deliberativa para enfatizar la necesidad de ajustar las audiencias a las exigencias de una real deliberación democrática que evite vaciarlas de sentido o desnaturalizarlas en prácticas usuales de autolegitimación del poder[42]. Se advierte en nuestro Máximo Tribunal un razonamiento compatible con las ya tratadas ratios de derechos humanos[43]. Sin hesitar puede verificarse que, para este caso, en materia de derechos

---

superar esas trabas" (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 30 de junio de 2014, p. 20.

40 Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, "Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos" (A/HRC/30/26), Consejo de Derechos Humanos, 30º período de sesiones, 23 de julio de 2015, ps. 19-20, párrafos 71, 72, 73 y 75.

41 CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", (Fallos: 339: 1077), 18 de agosto de 2016.

42 Cfr. Gargarella, Roberto, "6 puntos sobre el fallo Cepis (sobre tarifas)", en su blog: "Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo", ingreso del 19 de agosto de 2016 (http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2016/08/6-vinculos-y-diferencias-que-tengo-con.html).

43 Ésta compatibilidad interpretativa entre la CADH y la CSJN en materia de derechos de participación no contradice, en su estado actual, a las ratios bajo las que nuestro Máximo Tribunal ha establecido recientemente los alcances de la jurisdicción de la Corte Intermericana referenciados

de participación no hay contraposición sino complementariedad argumental entre lo dicho por la Corte Interamericana en los precedentes citados en mi trabajo y lo expresado por la Corte Suprema[44]. Este fallo lucirá entonces estrictamente argumentado desde una hermenéutica constitucional interna sustentada en las referencias a los debates de la Convención Constituyente de 1994, tal como expresamente reconoce[45].

En mi opinión el fallo sentará los siguientes reconocimientos y definiciones en materia de participación:

Primero, que en materia de audiencias públicas "el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas"[46].

---

a la doctrina del margen de apreciación nacional, a partir de la premisa "la CADH crea "una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (consids. 8º del voto de mayoría en CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s*I* informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amito vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Fallos: 340:47, 14 de febrero de 2017).

44 La apuntada complementariedad va en línea con el criterio sentado en el Fallo citado en la nota anterior, al destacar: "la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario" y remarcar "esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios" (consids. 9º y 10 del voto de mayoría en CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto sI informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Fallos: 340:47). Criterio de nuestro Máximo Tribunal luego confirmado a través de los consids. 1º y 2º de la Resolución CSJN 4015/17, del 5 de diciembre de 2017 al especificar que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior [...] no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia" y que "esta aclaración es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento [...] en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada", reafirmando así las definiciones que nuestra Corte ha comenzado en la actualidad a establecer en materia de límites y alcances de la efectividad y validez de los derechos humanos, abriendo a una muy trascendente polémica acaso acorde con las manifestaciones que la realidad mundial comienza a exhibir en las que parecieran comenzar a campear nuevos estándares de preeminencia y compatibilidad entre lo nacional y lo internacional de la mano de una resignificación de la sempiterna noción de soberanía y consecuente reformulación de la supranacionalidad y la internacionalización, acaso, con trastocamiento de sus premisas y bases de sustentación –que hasta no hace mucho se creían inconmovibles– tales como el *spillover* en la evolución de la gobernanza global o la progresividad de los derechos fundamentales.

45 Ver: consid.15 de la Sentencia de Corte.

46 Ver: consid. 15 de la Sentencia de la Corte, consid. 11 del voto del Juez MAQUEDA y consid. 16 del voto del Juez ROSATTI al especificar los siguientes atributos de la audiencia pública: "es un mecanismo participativo "abierto" (desde el punto de vista de los partícipes), "amplio" (desde el punto de vista temático) y "deliberativo" (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congregan en cualquiera otra modalidad participativa".

Segundo, que "este nuevo derecho resulta operativo", aclarando que reviste "operatividad inmediata" en "la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos"[47] y que no está condicionado a la actuación reglamentaria ulterior del Congreso[48], por lo cual dejó en claro: "Como concordemente subrayó el Tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano"[49]. Ello es central porque tal reconocimiento conecta con los postulados de la tutela judicial y administrativa efectiva reforzando la protección de estos derechos que, bajo tal formulación, deben encontrarse protegidos por el "derecho a las garantías judiciales" (art. 8º CADH) y "derecho a la protección judicial" (art. 25 CADH) en pos de una validez y efectividad tangible[50].

Tercero, la reafirmación de la plena operatividad del derecho de participación mediante la delimitación precisa de los límites dentro de los cuales el legislador debe ejercer su obligación de reglamentación de derechos. Expresa que es al legislador "al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso"; es decir, "la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente" pero estableciendo que si bien "Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos", lo que implica "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos"[51]. Y remata el deber del legislador bajo el señalamiento de que "es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad"[52].

47 Me remito a: Gelli, María Angélica, "Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas De "Cepis" a "Abarca", (LL-Sup. Const. 2016 (noviembre), 09/11/2016, 7 - LA LEY2016-F, 212, AR/DOC/3184/2016) al explicitar: "De la sentencia en "Cepis" surge claro el derecho operativo de los usuarios a la celebración de audiencias previas, en materia de modificación de tarifas, o de algún medio de participación al respecto [...] El derecho resulta operativo sin ley o con ley contraria o restrictiva".

48 Cfr. Consid. 16 de la Sentencia de la Corte y consid. 12 del voto del Juez Maqueda.

49 Cfr. Consid. 16 de la Sentencia.

50 Ampliar en: Damsky, Isaac Augusto, "Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad", en V.V.A.A., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, p. 540 y ss.; y en Ibañez Rivas, Juana María, comentarios a los arts. 8º y 25, en VV. AA., Steiner, Christian y Uribe, Patricia, "Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario", Buenos Aires, EUDEBA- Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

51 Cfr. consid. 16 de la Sentencia.

52 Cfr. consid. 18 de la Sentencia.

Cuarto, especificando el interés público comprometido en concreto en materia de participación. Ello es mediante la jerarquización de la participación en tanto técnica de consecución de "elevados fines institucionales"[53] delimitados en el Fallo al establecer: "lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad"[54]. En parejo orden, lo dicho conecta también con el elemento finalidad del acto administrativo tratado[55].

De allí que tal especificación posibilite enraizar tales fines en las racionalidades democrático deliberativas a las que se orienta la plena operatividad del derecho de participación[56] así trazado por el Máximo Tribunal como una técnica que confiere previsibilidad, legitimidad y transparencia a las democracias contemporáneas[57].

Así, establecerá que: "La participación [...] con carácter previo [...] constituye un factor de previsibilidad [...] y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia"[58].

Quinto, el reconocimiento de la interdependencia del derecho de participación con el derecho de acceso a la información y con el plexo de derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión y los derechos de asociación y de

53 Cfr. consid. 19 de la Sentencia.

54 Ver: consid. 19 de la Sentencia y consid. 16 del voto del Juez Rosatti.

55 Ampliar en: BARRA, Rodolfo, "El caso 'Cepis': su trascendencia para el derecho público", Buenos Aires, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6 - LA LEY2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

56 Ver: BARRA, Rodolfo, trabajo citado, al decir: "la obligatoriedad de la audiencia pública y previa al dictado de los reglamentos tarifarios para el servicio público del gas natural, como expresión e instrumento de la democracia participativa y deliberativa (la que complementa, sin sustituir, a la democracia representativa-electoral)".

57 Ver consid. 16 del voto del Juez Rosatti en su conexión con el pensamiento de Carlos Nino.

58 Ver: Consid. 18 de la Sentencia de Corte y el consid. 15 del voto del Juez Maqueda.

reunión que resultan conceptualizados como "condiciones de cumplimiento imprescindible" para la concreción de una participación efectiva[59].

Sobre el derecho de acceso a la información lo define como "un derecho de contenido sustancial" y como "un elemento fundamental de los derechos" pues "es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundadamente", precisamente, porque faculta a "recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial". Siendo así, especifica que conllevará el derecho y la obligación de "oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado"[60].

Respecto del segundo plexo de derechos los establecerá de manera implícita como *segunda condición* para un eficaz ejercicio del derecho de participación determinado "por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública"[61].

Sexto, corolario de todo el contexto de jerarquización presentado y, en mi opinión, uno de los más destacables pasajes del fallo se determina por la inferencia de vinculatoriedad que la Corte le atribuye a la audiencia pública. Aunque haya sido así señalado expresamente en el Fallo, éste y no otro es el elemento que posibilita cualificar la trascendencia jurídica de la omisión de celebrar audiencia pública en un procedimiento administrativo de determinación de cuadro tarifario y que, consecuentemente, posibilita determinar la magnitud del vicio sobre el elemento procedimiento[62]. El fallo logrará tal construcción a través de la conexión que establecerá entre el derecho de participación y el derecho a la decisión fundada[63]. Ello también es trascendente porque el derecho a la decisión fundada que antes fungía como contracara del derecho de petición, ahora luce también

59 Ver: consid. 19 de la Sentencia y consid. 16 del voto del Juez Rosatti.

60 Cfr. consid. 19 de la Sentencia.

61 Cfr. consid. 19 de la Sentencia.

62 Me remito al análisis del Profesor Rodolfo Barra (Barra, Rodolfo, "El caso 'Cepis': su trascendencia para el derecho público", Buenos Aires, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6 - LA LEY2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

63 Me remito al pensamiento de la Profesora María Angélica Gelli al explicitar que la Corte en este punto reconoció que "Los usuarios tienen derecho a la celebración de las audiencias, que constituyen instancias de deliberación, no de decisión en términos estrictos. Pero, como ya se dijo, lo que surja de las audiencias no debe ignorarse por la Administración quien debe considerar y apreciar lo que allí se diga y obrar en consecuencia". (Gelli, María Angélica, "Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas De "Cepis" a "Abarca", Buenos Aires, LL, Sup. Const. 2016 (noviembre), 09/11/2016).

como atributo de los derechos de participación y acceso, como lógica derivación de los postulados democrático deliberativos.

Nuestro Máximo Tribunal estableció: "este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan"[64]. Ello luce trascendental y constituye un paso adelante, un salto de calidad institucional en el cual se vislumbra la plasmación del pensamiento del Juez Maqueda junto al Juez Lorenzetti. Es que la participación sin vinculatoriedad equivale a no participación. Precisamente porque aquella originaria participación "no vinculante" que alumbraron los marcos regulatorios de la era privatizadora si bien resultó trascendental en su tiempo requería del empoderamiento ahora especificado a modo de lógica evolución de un sistema de derechos efectivos que pareciera recién ahora lucir un poco más tangible. Acaso, sin referencia expresa, nuestro Máximo Tribunal haya, silenciosa pero certeramente, erigido su construcción a partir de las líneas directrices trazadas en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y, en ello, haya otorgado renovada vigencia al lineamiento jurisprudencial trazado largos veinte años atrás en el celebrado caso "Youssefian" sentenciado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal[65].

64 Cfr. consid. 19 de la Sentencia y consid. 17 del voto del Juez Rosatti.

65 CNCAF, Sala IV, "Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones" (23/06/1998). El Tribunal sostuvo que los mecanismos de participación ciudadana, en este caso la audiencia pública "importa un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder" (consid. XXVIII). Y estableció que la reforma constitucional incluyó "una serie de nuevos derechos y garantías para los ciudadanos" que "han abierto nuevos cauces para su participación, adoptándose figuras de democracia semidirecta" (consid. XXXI). Merece especial referencia el voto del Juez Uslenghi al establecer: "la profundización del sistema democrático de gobierno, en nuestros días, pasa por asegurar con canales jurídicos idóneos la articulación de la voluntad ciudadana, y por promocionar una expresión más de ella (confr. Alejandro J. USLENGHI y Walter O. GATTI, "Aportes para una teoría de la participación administrativa", *R.A.P.*, 162-40). [...] si bien el derecho a la participación ciudadana –aún antes de la reforma constitucional del año 1994– se encontraba encapsulado dentro de la trama de derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (confr. art. 33, Constitución Nacional), teniendo en consideración la jerarquía constitucional otorgada a los pactos internacionales enunciados en el párr. 2º del inc. 22 del actual art. 75, no puede dejar de señalarse que hoy se encuentra expresamente citado [...] La regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión. La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es, del agrado u oposición que puede

5. Epílogo

Para concluir. Los derechos están y esperan ser ejercidos. Así lo precisan para evitar debilitarse en esta nueva era de contracción. Y más aún porque la cotidianeidad administrativa, desde siempre, muy lejos se encuentra de tutelarlos y muy cerca de seguir reducida a una mecánica operativa de desconocimientos e ignominias sistemáticas, a pesar de la necesaria jerarquización normativa de los principios cardinales de transparencia, tutela efectiva y buena administración.

El declamado republicanismo solo será un poco más humanitario, solo podrá hacer el homenaje diario a sus libertades y solo logrará erigir cotidianamente sus postulados democráticos en tanto las personas y la sociedad civil se decidan a asumir todos y cada uno de los días su rol activo en procura de las tutelas indispensables. Se requiere de un ejercicio concreto de los derechos de petición, participación y acceso.

Las personas y la sociedad civil de este tiempo deben acudir a su llamamiento diario a ejercer sus derechos por sí mismos puesto que nada les será reconocido ni menos aún concedido gratuitamente. La sociedad de este tiempo debe pujar por la expansión de sus legitimidades, redescubrir su centralidad en el trazado de un auténtico republicanismo representativo abierto tangible que honre con sinceridad a la tantas veces declamada centralidad de la dignidad de la persona humana.

Estamos frente a un territorio nuevo, un destino individual y colectivo que está a la espera de ser habitado en un tiempo –también nuevo– que nos convoca a recuperar el diálogo y a redescubrirnos como autores principales de esta nueva página de la historia universal de la democracia republicana, representativa y abierta que aún está por escribirse[66]. Que así sea.

Isaac Augusto Damsky

Es Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en universidades públicas de América Latina y Europa. Miembro del European Group of Public Law de la European Public Law Organization. Miembro Fundador y Titular de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur.

encontrar una futura decisión. Ello, sin perjuicio de constituir una razonable reglamentación del derecho de los interesados a participar en las decisiones administrativas trascendentes que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos".

66 Ver: BARRA, Rodolfo, *Capitalismo de rostro humano*, Buenos Aires, RAP, 2022, especialmente sus capítulos XIII "Bien común, ordenamiento jurídico y la virtud de la justicia general", XVII "Ordenamiento jurídico y ordenamientos jurídicos. El pluralismo ordinamental y el principio de subsidiariedad" y XXXVII "El ordenamiento jurídico internacional".

Miembro Honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Consejero Editorial Extranjero de revistas jurídicas de Derecho Público en México y Colombia. Autor de la obra *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil.*

IMPACTO DE LA LEY DE BASES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

Micaela S. Figueredo
Directora General de la Secretaría de Asuntos Jurídicos
del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Sumario: 1. Introducción. 2. La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación. 2.1. La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación en la jurisprudencia. 2.2. La aplicación directa de la LNPA en la actividad materialmente administrativa del Consejo de la Magistratura de la Nación. (i) La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación. 3. Principales modificaciones en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación. 3.1. Modificaciones relativas a los recursos administrativos. (i) Ampliación de plazos para la interposición del recurso jerárquico. (ii) Elevación del recurso y de las actuaciones. (iii) Trámite del recurso. (iv) Cómputo de los plazos hábiles: administrativos o judiciales. (v) Recaudos en la notificación para iniciar el cómputo de los plazos. (vi) Plazo para la resolución del recurso. Silencio. (vii) Recurso de reconsideración. (viii) Recurso interpuesto fuera de término. 3.2. La vista de las actuaciones. 3.3. El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo del Consejo. 3.4. Plazos para la interposición del recurso directo ante la CSJN en materia disciplinaria de magistrados. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Es un honor participar en este seminario organizado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En esta exposición intentaré transmitir algunas reflexiones sobre las implicancias de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) en el Procedimiento Administrativo del Poder Judicial de la Nación y, en particular, en el procedimiento del Consejo de la Magistratura de la Nación.

La Ley 27.742 de Bases, promulgada y publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024, en lo que refiere a las reformas a la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA), introduce varios cambios principales, uno de los cuales es el ámbito de aplicación de la referida ley.

Asimismo, incorpora diversos principios reconociendo derechos fundamentales en el procedimiento administrativo y realiza varias modificaciones sustanciales en materia de plazos, entre otras modificaciones importantes.

En ese sentido, uno de los aspectos que sobresale de la reforma es que ahora la LNPA alcanza y se aplica a los tres poderes del Estado. El nuevo art. 1º de la LNPA prevé su aplicación directa en el ámbito de la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, así como a los órganos de los demás poderes del Estado, como es el caso del Poder Judicial de la Nación, en cuanto ejerzan actividad materialmente administrativa.

2. La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación

Según Cassagne, este concepto técnico de la función administrativa considerada como "actividad" resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y para caracterizar una de sus manifestaciones: el acto administrativo, sometido a un régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado[1].

Las concepciones que fundan la noción de función administrativa en el criterio material tienen en común el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no sólo del Poder Ejecutivo, sino también de los Órganos Legislativo y Judicial. Las notas que caracterizan a la Administración y que permiten diferenciarla de la legislación y de la jurisdicción son principalmente su carácter concreto, la inmediatez y la continuidad[2].

Julio Rodolfo Comadira, por su parte, define el acto administrativo como una declaración emitida por un órgano estatal, o de un ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros[3].

En lo atinente a la función administrativa, Comadira afirmó que su régimen jurídico se impone a la mayor parte de la actividad del Poder Ejecutivo y a parte de la actividad de los Poderes Legislativo y Judicial, constituida, respectivamente, por la que no asume, con arreglo al criterio subjetivo, material y formal, la condición de legislativa o jurisdiccional, sino que se está, así, frente a un criterio subjetivo-residual[4].

1 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002, T. 1, p. 80.

2 CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo*. ob. cit. p. 81.

3 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos*. Con colaboración de Laura MONTI. 1ª ed., 5ª reimp. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 5.

4 COMADIRA, Julio Rodolfo, "El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura", en *Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*, pp. 25-41.

En ese marco conceptual, la actividad que desarrolla el Consejo de la Magistratura es, sin duda, administrativa y, por lo tanto, queda sujeta al Derecho administrativo. Si bien se trata de un órgano constitucional que orgánicamente integra el Poder Judicial, no ejerce la función propia de éste, esto es, la decisión de conflictos entre partes con intereses contrapuestos mediante los procedimientos establecidos.

2.1. *La actividad materialmente administrativa del Poder Judicial de la Nación en la jurisprudencia*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al ejercicio de las funciones típicamente administrativas del Poder Judicial de la Nación en "Charpin, Osvaldo José René c/ E.N. Poder Judicial de la Nación CSJN s/ empleo público" en un caso por el pago de la gratificación por las subrogancias. En ese caso, expresó que los actos emanados por la Corte Suprema en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal[5].

Expresó, además, en ese fallo que las resoluciones dictadas por ese Cuerpo "con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado".

En igual sentido, el Fuero Contencioso Administrativo Federal reiteradamente ha admitido la revisión judicial de los actos administrativos dictados por la CSJN. Al respecto, ha sostenido que tanto las acordadas como las resoluciones dictadas en materia de superintendencia por parte de los órganos del Poder Judicial de la Nación trasuntaba el ejercicio de la función administrativa que, por

5 "Charpin, Osvaldo José René c/ E.N. Poder Judicial de la Nación CSJN s/ empleo público", sentencia del 8 de abril de 2008, con cita de Fallos: 308:666 y sus citas; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos otros.

Cabe recordar que, previo a "Charpin", se encontraba vigente la doctrina de Fallos: 315:2990 "Rodríguez Varela", según la cual resultaban irrevisables cierta clase de actos materialmente administrativos dictados por la CSJN. Por otro lado, en el precedente "Mantecón Valdés", Fallos: 331:1715, la CSJN admitió el control de constitucionalidad de una disposición reglamentaria del Poder Judicial de la Nación, como el Reglamento de la Justicia Nacional (Acordada de fecha 17/12/1952).

tal motivo, las torna susceptibles de revisión judicial por los tribunales de dicho poder, distintos al emisor del acto[6].

Al comentar el caso "Charpin"[7], Marcelo D. Duffy puso de manifiesto que es innegable que los tres órganos esenciales del Estado no se limitan a realizar la actividad principal que constitucionalmente tienen asignada (legislar, administrar o juzgar), sino que se ven obligados a incursionar también en las restantes en *menor* medida, esto es, sin que dicha actuación asuma carácter primordial. Así, aun sin considerar supuestos *excepcionales* como podría ser el aumento desmedido del nivel de litigiosidad en un país, que podría suponer la creación de nuevos tribunales y la consecuente designación de sus respectivos magistrados, el desenvolvimiento cotidiano de la función judicial puede requerir la habilitación de nuevos edificios y/o el reacondicionamiento de los ya existentes; la contratación de personal (ordenanzas, empleados, funcionarios); la adquisición de bienes muebles (escritorios, computadoras, etc.); la provisión de diversos insumos y servicios (de informática; de limpieza e higiene; etc.); su fiscalización; la eventual aplicación de sanciones en caso de incumplimiento; etc., cuestiones todas que importan –junto a muchas de sus eventuales derivaciones– la instrumentación de procedimientos y el dictado de actos de clara naturaleza administrativa.

De lo antedicho, se colige sin hesitación alguna que, en la medida en que el Poder Judicial también emite actos administrativos[8], está sometida a la LNPA, la que se aplica a las múltiples actividades materialmente administrativa que realiza el Poder Judicial que coadyuvan al ejercicio de la función jurisdiccional.

2.2. *La aplicación directa de la LNPA en la actividad materialmente administrativa del Consejo de la Magistratura de la Nación*

El Consejo de la Magistratura es el órgano permanente del Poder Judicial de la Nación que ejerce actividad materialmente administrativa con la competencia prevista en el art. 114 de la Constitución Nacional (CN). Tiene a su cargo administrar los recursos que le corresponden, de conformidad con la Ley 11.672 Permanente de Presupuesto de la Nación, la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los sistemas de control del sector público nacional y con la Ley 23.853 de Autarquía Judicial; y ejecuta el presupuesto que la ley le asigne a su servicio administrativo financiero, entre otras funciones[9].

Además, el Consejo de la Magistratura dicta los reglamentos relacionados con la organización del Poder Judicial y todos aquellos que fuesen necesarios

6 "Yapur, Stella Maris c/ EN - CSJN s/ proceso de conocimiento", sentencia de fecha 31/03/2022.

7 CASSAGNE, Juan Carlos, *Máximos Precedentes Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I, pp. 512-513.

8 CASSAGNE, Juan Carlos, *Máximos Precedentes*... ob. cit., p. 513.

9 Art. 1º, Ley 24.937.

para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, CN).

En efecto, bajo el principio de división de poderes en el marco constitucional argentino, el Consejo de la Magistratura de la Nación también ejerce competencias regulatorias (o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales o procedimentales[10].

La llamada "independencia" no significa que el Poder Judicial, en tanto *Poder*, no pueda acompañar –dentro de la Constitución y de la ley *lato sensu*– las políticas de los otros poderes del Estado; significa que no puede quedar subordinado a ellos, sacrificando el orden jurídico vigente[11].

Carlos Balbín recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada 24/13 declaró inaplicable el art. 4º de la Ley 26.856, que establecía la obligatoriedad de que el Tribunal publique las cuestiones a dirimir en sus acuerdos y reuniones con una antelación mínima de cinco días. Del mismo modo, también consideró inaplicable el art. 6º de la Ley 28.857 en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, en cuanto el citado artículo instituye a la Oficina Anticorrupción como Autoridad de Aplicación de las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces. En esas materias la Corte Suprema entendió que esas normas invadían una esfera propia y exclusiva de dicho Tribunal[12].

Desde esa perspectiva, y en la medida en que no cabría interpretar a la aplicación de la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo como una invasión a una esfera propia y exclusiva del Poder Judicial, resultaría razonable interpretar sin hesitación que resulta de aplicación, tanto a la actividad materialmente administrativa emanada del Consejo de la Magistratura de la Nación como de las Cámaras Federales de todo el país, en el ejercicio de superintendencia delegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[13].

10 Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, 2ªed., Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 88 y ss. citado también por Rey Vázquez, Luis Eduardo, "El Poder Judicial y la función administrativa o de superintendencia", Centro de Información Jurídica disponible en www.cijur.mpba.gov.ar/doctrina.

11 Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, T. II, p. 441.

12 Balbín, Carlos F, *Tratado de derecho administrativo*..., ob. cit., p. 88-89.

13 Art. 118 del Reglamento de la Justicia Nacional, de acuerdo con su última modificación de la Acordada CSJN 24/2023.

Stupenengo distingue a los actos emanados del Poder Judicial, en aquellos dictados en ejercicio de la función judicial de los actos dictados en ejercicio de la llamada actividad de superintendencia de los tribunales judiciales Tratándose de actos dictados en ejercicio de la función de superintendencia de los tribunales, valdrá lo dicho tanto en lo que hace a la aplicabilidad de los principios y normas del Derecho administrativo como así también respecto al control judicial de dicha actividad (Stupenengo, Juan Antonio, "Algunas consideraciones en torno a la función

Fundamentalmente, porque la citada ley regula, entre otras, el ejercicio de un derecho fundamental, a saber, el de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo de los tres poderes del Estado, a los efectos de agotar la vía administrativa, así como de su correlato acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva), favoreciendo su ejercicio y desarrollo; ello por cuanto esta reforma hizo modificaciones en materia de plazos para el ejercicio de tales derechos, entre otras regulaciones más tuitivas para los y las administrados/as y ciudadanos/as.

Con anterioridad a esta modificación normativa, la doctrina administrativa entendía que la LNPA era igualmente aplicable, ya sea por interpretación analógica o en subsidio, ante el vacío normativo o la falta de previsión expresa.

Julio Rodolfo Comadira expresó que, para regular el cauce procesal de la actividad del Consejo de la Magistratura, había que acudir a los principios del procedimiento administrativo, porque ella importa el desarrollo de una función de índole administrativa que requiere consiguientemente de un encuadre formal de igual naturaleza. Los principios del procedimiento administrativo nacional son aplicables a los procedimientos administrativos cumplidos en el Poder Judicial, aun cuando la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que los regula expresamente o los acoge de modo implícito, no tenga vigencia, al menos directa, en el ámbito de aquel Poder[14].

Por su parte, Villarruel y Galeano entendieron también aplicable la LNPA, atento que la Ley 24.937 no contempló de modo expreso, adecuado, integral y sistemático el régimen jurídico aplicable a los diversos actos administrativos emanados del Consejo de la Magistratura, o cuando se pretende exigir conductas debidas. Ante esa omisión, la doctrina administrativista consideró necesario acudir a los medios de impugnación y reclamación previstos, según los casos, en el Título IV de la LNPA, a fin de tener por habilitada la instancia judicial[15].

Ahora bien, nos importa reflexionar también en este trabajo, si la aplicación directa de la ley implica sin más o sin modulaciones, la aplicación directa del Decreto reglamentario de la mencionada ley, dispuesta por el Decreto 1759/72

---

administrativa del Consejo de la Magistratura y de la Corte Suprema. Su control judicial", *RAP Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXIV, 2002, p. 285).

14 COMADIRA, Julio Rodolfo, "La ubicación institucional del Consejo de la Magistratura..." ob. cit.

15 VILLARRUEL, María Susana; GALEANO, Juan José, "El control judicial de los actos del Consejo de la Magistratura. El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales", pp. 101-112.

En la conclusión de este trabajo los autores señalaron, finalmente, que de lege ferenda, una eventual reforma de la actual legislación deberá ser contemplada de modo adecuado la cuestión relativa a la revisión judicial de la actividad desarrollada por el Consejo, atendiendo siempre al insigne fin que tal institución persigue, cuya consecución constituye un auténtico deber en términos de justicia distributiva, con indiscutible beneficio para el bien común.

(t.o. 2024, según Decreto 695/2024). Por nuestra parte, entendemos que este otro cuerpo normativo sólo podría ser aplicado por el Consejo, por vía de analogía[16], no directa, hasta tanto este Órgano dicte su propia reglamentación, en mérito a las facultades constitucionales de reglamentación que le son propias[17].

(i) La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación

Una de las funciones básicas del procedimiento administrativo es encauzar jurídica y racionalmente el ejercicio de la función administrativa para asegurar el acierto y la eficacia en la actuación de la administración y la protección de los derechos de las personas[18]. El procedimiento es el instrumento a través del cual la Administración desarrolla su función de gestionar el interés público.

La reforma a la ley establece que uno de los principios fundamentales que debe regir la actuación de la administración es el de la tutela administrativa efectiva[19].

El Máximo Tribunal receptó el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva en el caso "Astorga Bracht"[20]. Allí expresó que, la tutela administrativa efectiva como derecho fundamental, agrupa a todos los subprincipios del derecho de la defensa, pone el acento en la eficacia y efectividad de los derechos de las personas; está receptado en el art. 18 CN y en diversos tratados de derecho internacional de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, en cuanto 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, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Colantuono señaló que, la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber

16 La analogía, en su recto sentido y ante la ausencia de norma aplicable, es el método de interpretación al que hay que acudir primero para hallar la solución particular para el caso y ello no sólo por imperio de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación sino por un principio lógico y racional de interpretación jurídica que conduce a integrar el vacío que presenta la norma con lo prescripto para supuestos similares o afines siempre que la ratio legis pueda extenderse en función de la naturaleza de la materia o institución (Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015).

17 Por ejemplo, el Decreto Delegado 1023/2001 sobre el régimen general de las contrataciones del Estado establece que "los Poderes Legislativo y Judicial y el Ministerio Público reglamentarán el presente Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones y establecerán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones" (citado en Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo...*, ob. cit., p. 118).

18 Cassagne, J. C., *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 512.

19 Art. 1º bis, inciso *a*), LNPA.

20 Fallos: 310:1819.

(jurídicamente exigible) de la Administración Pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita[21].

Por su parte, Urrutigoity describió que, la tutela administrativa efectiva cumple con la funcionalidad informadora y estructurante de todo el conjunto de normas y actos que configuran todo procedimiento administrativo, en un estado formal y sustancial de derecho, sirviendo de directriz insoslayable en su interpretación y aplicación a los casos concretos[22].

A su vez, el nuevo texto legal incluye una enunciación de principios generales, a los que denomina "principios fundamentales del procedimiento administrativo". Ellos comprenden 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[23].

Estos principios tienen una triple función, siguiendo la enseñanza de Cassagne[24]: *i*) en un sentido ontológico, los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido. Por ese motivo, no puede concebirse que una norma los contravenga pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial; *ii*) cobran un papel muy relevante en la

21 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., "El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva", *Revista Rap*, Buenos Aires, 2010. Id SAIJ: DACF150557.

Colantuono señaló, además, que, "la Corte Interamericana ha fijado un interesante estándar interpretativo, al postular que el art. 8º del Pacto –pese a titularse garantías judiciales– "se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (Corte IDH, "Baena, Ricardo y otros c/ Panamá", 2-2-2001). En efecto, si bien inicialmente la aplicación del art. 8º se extendió al caso del ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales (Corte IDH, caso del "Tribunal Constitucional c/ Perú", sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C No. 71), la Corte siguió avanzando y llegó al punto actual de su evolución, en el cual aplica directamente esa norma ante el ejercicio de funciones materialmente administrativas ("Ivcher Bronstein c/ Perú", sentencia del 6-2-2001; "Claude Reyes y otros c/ Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19-9-2006; "Yatama c/ Nicaragua", sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C No. 127). Este hito evolutivo se resume en que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (Corte IDH, "Baena, Ricardo y otros", citado, párrafos 124/127; OC-18/03 del 17-9-2003, párrafo 125), porque la Administración no está relevada del deber que, para el Estado, supone el derecho humano de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas (COLANTUONO, "El procedimiento administrativo y la tutela...", ob. cit.).

22 URRUTIGOITY, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", SJA 30/11/2005, Lexis Nexis Nº 0003/012321.

23 Art. 1º bis, LNPA.

24 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo,* 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.

interpretación de las normas, ya que funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, y realizan una labor correctiva o extensiva de las normas; *iii*) los principios cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico frente a la carencia de normas que rigen la cuestión.

En el campo del Derecho Administrativo esas funciones de los principios no se limitan al ámbito de la interpretación e integración del derecho, sino que ellos obran muchas veces como verdaderas garantías que pueden invocar los particulares frente al Estado. Los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción y resultan vinculantes o exigibles[25].

En ese orden de ideas, la LNPA también establece que la tutela administrativa efectiva comprende el derecho a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa.[26] Es un subprincipio que se agrega a los ya existentes: derecho a ser oído, derecho a ofrecer prueba, derecho a una decisión fundada.

El principio de plazo razonable, al que alude la norma, surge del art. 8º, inciso 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y fue establecido por la Corte Suprema en el caso "Losicer, Jorge A. y otros c. BCRA"[27]. Constituye una garantía exigible a toda clase de procesos y de procedimientos administrativos; siendo unas de las pautas para su establecimiento la complejidad del asunto, la actividad del interesado y el análisis global del procedimiento.

Con fundamento en la Constitución Nacional y en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional es que las modificaciones que trae la LNPA y que otorgan más garantías a los administrados o a los ciudadanos en general, se aplican directamente al Poder Judicial, en ejercicio de la actividad materialmente administrativa.

3. Principales modificaciones en el procedimiento administrativo del Consejo de la Magistratura de la Nación

El Plenario del Consejo de la Magistratura, antes de la reforma, había establecido en el año 2015 que, por ejemplo, en los procedimientos de contrataciones administrativas se aplique supletoriamente la LNPA[28]. Ahora, atento la aplicación directa de la ley, en este procedimiento especial la aplicación de las normas de la LNPA, desplazaría las propias del reglamento de contrataciones, en caso de que se verifique una oposición o conflicto en su interpretación.

25 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*..., ob. cit.
26 Art. 1º *bis*, inciso *a*), ap. *iv*) de la LNPA.
27 Fallos 335:1126.
28 Art. 6º del Anexo a la Resolución CM nº 254/2015.

Esto es una novedad porque en el ámbito del Poder Judicial de la Nación no había un reglamento de procedimiento administrativo general, sino algunas reglamentaciones sobre procedimiento disperso en diversas resoluciones dictadas por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Así podemos destacar, brevemente, las principales modificaciones en el procedimiento administrativo del Consejo.

3.1. *Modificaciones relativas a los recursos administrativos*

La reforma de la ley otorga jerarquía legislativa[29] al plazo para la interposición de los recursos susceptibles de agotar la vía administrativa, en referencia al recurso jerárquico, como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa. Este es el recurso por antonomasia ya que con él se pone en funcionamiento el control jerárquico y reposa en una combinación de fundamentos que tienden a conjugar los principios de legitimidad y de eficacia administrativa[30].

Atento a esa jerarquía, enfatizamos en este punto, la derogación de todas las prescripciones reglamentarias que establezcan plazos menores.

Desde esa perspectiva, con la nueva ley se producen grandes novedades para el Consejo de la Magistratura de la Nación.

(i) Ampliación de plazos para la interposición del recurso jerárquico

En el ámbito específico del Consejo de la Magistratura, la primera novedad es que se amplió el plazo para interponer el recurso jerárquico que agota la vía administrativa[31], tal como es el recurso contra las decisiones de la Administración General del Poder Judicial de la Nación. En efecto, el plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no

29 Dado que este recurso tiene por objeto provocar el ejercicio de la potestad jerárquica y teniendo en cuenta que esta última es de naturaleza típicamente *administrativa*, Marienhoff consideraba que integraba la llamada zona de reserva del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 1º de la CN), por tanto, su regulación era materia de reglamento autónomo y no de ley formal (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, T. I., pp. 647 y 720).

30 CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, T. II, p.602, ob. cit.

31 El recurso jerárquico es el único de articulación obligatoria para provocar el agotamiento de la vía administrativa (PERRINO, Pablo E. "El régimen de agotamiento de la vía en la Provincia de Buenos Aires", en AA.VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, CASSAGNE, Juan Carlos y GORDILLO, Agustín A. (dirs.), 2ª ed., La Plata, Platense, 2004, p. 301 y ss). Es el recurso típico y más relevante en el procedimiento de impugnación de los actos administrativos. ¿Por qué? Porque es el camino que el interesado debe seguir necesariamente con el objeto de agotar las vías administrativas y, consecuentemente, habilitar el sendero judicial (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2015, T. III., p. 707).

podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna[32].

Se trata de un plazo mínimo que puede ser extendido, pero no disminuido, por vía reglamentaria. El Reglamento General del Consejo de la Magistratura, en tanto norma reglamentaria, prevé que "el recurso jerárquico previsto en el art. 19 de la Ley 24.937 y sus modificatorias deberá interponerse y fundarse por escrito dentro del quinto día hábil de producida la notificación fehaciente de lo resuelto[33]. Por lo tanto, el texto de la ley sextuplicó el plazo previsto en el reglamento, el que deberá adecuarse a la exigencia legal.

Al igual que el caso anterior, el Reglamento del Cuerpo de Auditores del Consejo de la Magistratura establece que: "Las sanciones disciplinarias impuestas por la Comisión de Administración y Financiera serán susceptibles de recurso ante el Plenario del Consejo de la Magistratura, el que deberá interponerse en la Secretaría General, dentro del quinto día de notificadas"[34]. Este es un recurso jerárquico contra las decisiones de una Comisión del Consejo, por lo que también se multiplicó por seis el plazo para interponer el recurso jerárquico. En virtud de ello, el texto reglamentario deberá adecuarse a la mentada exigencia legal.

(ii) Elevación del recurso y de las actuaciones

La segunda modificación es que la LNPA establece que, salvo que se hubiese fijado un plazo menor, en caso de interposición de recursos que deban ser resueltos por un órgano superior del que dictó el acto, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. La omisión del cumplimiento de este plazo se considerará falta grave del funcionario/a que deba proceder a dicha elevación. Toda elevación de actuaciones será notificada a las partes del procedimiento[35].

La novedad es que se impone la obligación de que toda elevación de actuaciones sea notificada a las partes del procedimiento y que ella sea realizada dentro del plazo de cinco días. En cuanto al plazo de la elevación de las actuaciones el Reglamento General del Consejo prevé que será al día siguiente, con lo cual con el cumplimiento de la norma reglamentaria se satisface la exigencia legal, en tanto el reglamento establece un plazo menor.

32 Art. 23, ap. *c*) puntos (*i*) y ap. *d*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742 y art. 90 del Decreto 1759/72 modificado por el Decreto 695/2024.

33 Art. 44, Reglamento General del Consejo de la Magistratura, aprobado por Resolución C.M. 97/2007 y sus modificatorias.

34 Art. 35, Reglamento del Cuerpo de Auditores del Consejo de la Magistratura, aprobado por Resolución C.M. 401/2009 y sus modificatorias.

35 Art. 1º bis, ap. *g*) puntos *v*, de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

(iii) Trámite del recurso

La tercera precisión legal es que el nuevo texto legal dispone que los recursos y reclamos administrativos deberán tramitarse y sustanciarse íntegramente ante el órgano que deba resolverlo[36].

Esta norma debe compatibilizarse con el Reglamento General del Consejo puesto que al tratarse de un órgano colegiado, el Reglamento General prevé el asesoramiento al Plenario a través de los dictámenes de las comisiones[37], como el de la Comisión de Administración y Financiera, prevista en el citado reglamento para la resolución de los recursos jerárquicos.

En relación con el procedimiento previsto para la sustanciación y resolución de los recursos jerárquicos contra las decisiones de la Administración General, el Reglamento General del Consejo establece que en el curso de la reunión que celebre la Comisión de Administración y Financiera, ésta emitirá su informe por mayoría de los miembros presentes o encomendará el estudio de la cuestión a cualquiera de sus integrantes, fijándose el plazo en el que deberá expedirse, el que no podrá ser superior a los diez días hábiles. Recibido el dictamen del relator, en la primera reunión siguiente, la Comisión de Administración y Financiera emitirá un informe por mayoría de los miembros presentes, elevando todas las actuaciones al Plenario para su tratamiento. Si la reunión a la que se refiere el párrafo precedente no pudiera llevarse a cabo por no contarse con el quórum correspondiente, el Presidente de la Comisión podrá requerir para la confección del informe en cuestión, a fin de evitar dilaciones innecesarias que puedan ocasionar perjuicio, la conformidad de la mayoría de la totalidad de los miembros de la Comisión, quienes la expresarán suscribiendo el informe propuesto por el Secretario[38].

El Reglamento General del Consejo no establece dentro de este procedimiento especial previsto para resolver el recurso jerárquico la intervención del servicio jurídico. Ahora bien, dicha intervención se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico como requisito esencial previo al dictado del acto administrativo que resuelve el recurso jerárquico por parte del Plenario. En efecto, el art. 7º, inc. *d*), de la LNPA mantiene como requisito esencial del acto administrativo el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados.

La modificación legal viene a corregir una práctica administrativa en la que el recurso jerárquico era sustanciado –incluyendo la prueba– en la órbita del órgano emisor del acto, y se elevaba al superior con un proyecto de resolución. Ahora bien, en el caso del Consejo de la Magistratura de la Nación no

36 Art. 1º bis, ap. *c*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

37 Art. 27, Reglamento General del Consejo de la Magistratura, aprobado por Resolución C.M. 97/2007 y sus modificatorias.

38 Art. 45, Reglamento General del Consejo de la Magistratura.

existía tal práctica, toda vez que de acuerdo con el Reglamento General del Consejo el recurso y todos los antecedentes deberán ser elevados a la Comisión de Administración y Financiera en el día hábil siguiente, la que lo incluirá en el orden del día de la primera reunión que celebre[39].

(iv) Cómputo de los plazos hábiles: administrativos o judiciales

La cuarta modificación en el ámbito del Consejo se relaciona con los plazos: hábiles administrativos o judiciales. La LNPA establece que los plazos se contarán por días hábiles administrativos, salvo disposición legal en contrario[40]. Esto es una novedad en materia de recursos, pues en el ámbito del Poder Judicial los plazos para la interposición de los recursos se contabilizan en días hábiles judiciales, conforme a su reglamentación.

Así, el art. 49 del Reglamento General del Consejo dispone que: "Salvo disposición en contrario, para los términos previstos en el presente reglamento se considerarán los días hábiles judiciales" y, por otro lado, el art. 16 del Reglamento de Contrataciones del Consejo establece que "el plazo de interposición del recurso se computará en días hábiles judiciales"[41].

Estas normas reglamentarias se contradicen con la disposición legal, por lo tanto prevalece ésta última, debiéndose computar, en consecuencia, todos los plazos para la interposición de los recursos en días hábiles administrativos.

(v) Recaudos en la notificación para iniciar el cómputo de los plazos

La quinta novedad se vincula con los recaudos en la notificación del acto administrativo a los efectos de dar inicio al cómputo de los plazos.

El derecho a una notificación válida de un acto administrativo para que ese acto produzca efectos integra el derecho a la tutela administrativa efectiva.

El plazo para la interposición del recurso se computará a partir del día siguiente al de la notificación, en la que deberá hacerse saber al interesado: *i*) qué

39 El art. 44 del Reglamento General del Consejo dispone que: El recurso jerárquico previsto en el art. 19 de la Ley 24.937 y sus modificatorias deberá interponerse y fundarse por escrito dentro del quinto día hábil de producida la notificación fehaciente de lo resuelto. En el día hábil siguiente, el recurso y todos los antecedentes deberán ser girados a la Comisión de Administración y Financiera, la que lo incluirá en el orden del día de la primera reunión que celebre.

40 Art. 1º bis, inc. *g*), ap. *ii*) de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

41 El art. 11 del Reglamento de Contrataciones del Consejo, aprobado por la Resolución CM 254/2015, establece que "salvo disposición en contrario, los plazos establecidos en este Reglamento se computarán en días hábiles administrativos" y mantenía en el art. 16 que para la interposición de los recursos regía el cómputo en días hábiles judiciales, es decir, excluyendo para el cómputo a las ferias judiciales de enero y julio.

recursos se pueden interponer contra el acto notificado; *ii*) qué plazo tiene para recurrir; *iii*) si el acto agota la instancia administrativa[42].

La novedad es que todos estos elementos no pueden subsanarse con posterioridad con la extensión del plazo, como sucedía con la anterior reglamentación de la ley. Pues ahora la ley establece que la omisión total o parcial de estos recaudos determinará automáticamente la invalidez e ineficiencia de la notificación[43].

En cuanto a la validez e ineficacia de la notificación el Reglamento General del Consejo ya establecía que "en toda notificación que efectúe la Oficina de Administración y Financiera deberá transcribir, bajo pena de nulidad, los arts. 19 de la Ley 24.937 y sus modificatorias y 44 de este Reglamento"[44].

(vi) Plazo para la resolución del recurso. Silencio

La sexta cuestión a tener en cuenta se vincula con el plazo para la resolución del recurso jerárquico. Es otra novedad para el Consejo porque no tenía plazos legales para resolver los recursos, con la configuración del silencio en sentido negativo en caso de que vencido ese plazo no haya resolución expresa.

Ahora, la LNPA establece que cuando 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. Dicho plazo es obligatorio[45].

El órgano competente para resolver el recurso es el Plenario y el plazo fijado corre a partir de que "esté en condiciones de ser resuelto", lo que se verificará en cada caso y luego de sustanciarse el procedimiento ante la Comisión de Administración y Financiera más arriba reseñado.

El comienzo del cómputo del plazo de sesenta días previsto en la ley será desde el día en que las actuaciones sean elevadas y recibidas ante la Secretaría General del Consejo u otro órgano que reciba las actuaciones para ser resueltas por el Plenario.

La ley exige que el inicio del cómputo para el dictado de la resolución deberá ser informado a los y las interesados/as, a fin de que vencido el plazo el/la interesado/a podrá dar por configurado el silencio administrativo, el cual deberá interpretarse en sentido negativo toda vez que se requiere de un pronunciamiento concreto, en el marco de las denominadas facultades discrecionales, como es la

42 Art. 1º bis, ap. *g*) punto *iii*, de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742, arts. 40 y 44 del Decreto 1759/72 modificado por el Decreto 695/2024.

43 Art. 1º bis, ap. *g*) punto *iii*, *in fine*, de la LNPA.

44 Art. 46 Reglamento General del Consejo de la Magistratura, aprobado por Resolución CM 97/2007.

45 Art. 1º bis, ap. *g*), puntos *i*) y *viii*) de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

resolución de un recurso jerárquico dictado por el Plenario. Dicho sentido también deberá informarse al el/la interesado/a[46].

Es importante tener presente que el silencio no es un medio al cual el Consejo pueda acudir para resolver, ya que se trata de un artificio establecido por el legislador para proteger a los administrados ante la inactividad formal[47].

Por ello, el silencio negativo no reactiva el plazo de prescripción, que se encontraba suspendido por la interposición del recurso. En ese orden, la LNPA establece que los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: *a*) el acto que ponga fin a la cuestión; *b*) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento; *c*) el acto que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho[48]. Es decir, para reactivar dicho plazo de prescripción se exige un pronunciamiento expreso.

Uno de los principales cambios en la LNPA ha sido la introducción en nuestro derecho del silencio positivo. Ahora bien, la reforma se refiere a los supuestos en que una norma exija obtener una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada, de modo de evitar perjuicios sobre los administrados derivados de la inactividad material de la administración. Como se explicó precedentemente, la resolución de un recurso jerárquico comprende el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración; facultades que la ley excluyó en forma expresa respecto de la aplicación de este instituto.

De todas formas, para la aplicación de la regla del sentido positivo del silencio, la norma supedita su vigor a la reglamentación correspondiente[49].

De acuerdo con el nuevo texto del art. 26 de la LNPA la demanda contra el Consejo de la Magistratura de la Nación podrá iniciarse en cualquier momento desde la configuración del silencio. Así, la configuración del silencio en la forma indicada, no se trata de una presunción, sino que no es más que una simple ficción jurídica, de efectos de índole estrictamente procesal, pues tiene como objetivo facultar al administrado a promover el pleito contencioso administrativo o esperar que el Consejo cumpla con su deber de resolver[52].

46 Arts. 1º *bis*, ap. *g*), puntos *viii*) y *ix*), y Art. 10, inc. *a*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

47 Perrino, Pablo E. "La inactividad administrativa y su control judicial", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Rap, 269-9 y ss.

48 Arts. 1º *bis*, ap. *i*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

49 Art. 10, inc. *b*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742 y Decisión Administrativa 836/2024. DA-2024-836-APN-JGM - Cronograma Implementación - Silencio Positivo.

(vii) Recurso de reconsideración

En cuanto al recurso de reconsideración, cabe mencionar que no está previsto en la LNPA, sino en el reglamento a la citada ley, modificado por el Decreto 695/24, que eleva al doble el plazo anteriormente fijado (de 10 a 20 días).

En el caso del Consejo, la Ley Especial 24.937 no prevé expresamente el recurso de reconsideración.

En relación con este recurso, el Consejo –al igual que lo hizo el Poder Ejecutivo mediante el dictado del Decreto reglamentario de la ley– podría reglamentar dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales. Ahora bien, hasta tanto ello ocurra y mientras un/una interesado/a plantee o solicite una reconsideración de una decisión administrativa, podrá acudirse por la vía analógica a los plazos previstos en el Decreto reglamentario del Poder Ejecutivo.

Ello así, en tanto la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración se encuentra ínsita en toda decisión administrativa, pues el recurso de reconsideración constituye el medio impugnatorio tendiente a que el mismo órgano que dictó el acto lo revoque, sustituya o modifique por contrario imperio y a evita las dilaciones de instancias o grados superiores[50].

(viii) Recurso interpuesto fuera de término

Por último, respecto de la interposición de los recursos fuera de plazo, la LNPA establece que una vez vencido los plazos establecidos para interponer los recursos administrativos, se perderá el derecho a articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiere debido resolver el recurso[51]. En ningún caso podrá exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto, en cuyo caso se entenderá que media un abandono voluntario del derecho[52].

La novedad es que ahora la LNPA define como pauta razonable de tiempo el de 180 días desde la notificación del acto; pauta que debe ser seguida por el Consejo.

3.2. *La vista de las actuaciones*

A los efectos de ejercer el derecho de recurrir una decisión; o bien, para ejercer cualquier derecho, resulta fundamental tener acceso a las actuaciones.

50 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 8ª ed. actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 369.

51 La denuncia de ilegitimidad como instrumento de control por la Administración de la legalidad de sus propios actos y, a la vez, medio de defensa de los derechos e intereses de los particulares, tiene su origen, en nuestro país, en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación (v.gr. dictámenes 71:89; 73:86; 86:285; 87:29; 90:117; 92:18; 100:207; 106:384, 119:22, entre tantos otros).

52 Art. 1º *bis*, ap. *h*), de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

En ese sentido, la vista de los expedientes resulta ser una de las aplicaciones prácticas del principio fundamental a la tutela administrativa efectiva, e implica la exigencia de que los procedimientos administrativos sean públicos. Consecuentemente, resultan incompatibles con la mentada tutela las prácticas restrictivas del derecho a tomar vista de las actuaciones[53].

Para que el derecho sea asegurado es fundamental que se suspendan los plazos. Así, la nueva ley amplía el efecto suspensivo del pedido de vista y se generaliza a diversos supuestos o trámites la suspensión de plazos ante un pedido de vista.

La reforma establece que la presentación de un pedido de vista de las actuaciones produce la suspensión de todos los plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos, promover acciones o recursos judiciales, salvo los de prescripción. Se amplía, de este modo, el ámbito de actuación del efecto suspensivo resultante del pedido de vista, puesto que en el art. 76 de la anterior reglamentación a la LNPA estaba previsto solamente respecto de la presentación de recursos administrativos o de la demanda judicial, en los términos del art. 25 de la LNPA.

3.3. *El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo del Consejo*

Mairal y Veramendi, en un reciente texto publicado, han sostenido que el principio de gratuidad en el procedimiento administrativo "debiera impedir, entre otras, la práctica de exigir garantías para la impugnación de decisiones adoptadas en el marco de una licitación, práctica ésta que diera lugar a presentaciones que sostenían no constituir impugnaciones [...] Lo cierto es que, más allá de esos esfuerzos creativos, en los hechos este tipo de exigencias, en no pocos casos por montos exorbitantes, actúan como un importante disuasivo para el cuestionamiento de las decisiones adoptadas en procesos licitatorios, con la consecuente afectación de los intereses de los particulares afectados y, también, del control de la legalidad administrativa"[54].

En el marco de las licitaciones del Consejo de la Magistratura de la Nación, regían las Resoluciones 274/00 y 95/03, la que disponían que, quienes interpongan el recurso jerárquico previsto en el art. 19 de la Ley 24.937 contra las resoluciones de la Administración General del Poder Judicial de la Nación en las adjudicaciones realizadas con motivo de contrataciones administrativas, debían acreditar como requisito de admisibilidad, haber efectuado un depósito en concepto de garantía equivalente al 1% (uno por ciento) del monto del presupuesto oficial de la licitación o el de su oferta, el que fuere mayor.

53 Urrutigoity, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", ob. cit., p.5.

54 Mairal, Héctor A. Veramendi, Enrique V., "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", *La Ley*, 12/07/2024, La Ley 2024-C.

En nuestra opinión, dicha exigencia debe ser eliminada a partir de la vigencia de la nueva ley que recepta el principio de gratuidad[55].

En efecto, los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la Administración, cuyo ejercicio debe ajustarse a ellos. La compatibilidad entre los reglamentos y los principios generales del derecho obedece a que siendo éstos causa o fuente del ordenamiento su violación tornaría ilegítima cualquier norma general que emita la Administración, ya se tratare de reglamentos de ejecución, autónomos, delegados o de necesidad y urgencia, los cuales se hallarían en tales supuestos, viciados en su elemento objeto[56].

En el mismo sentido, las garantías de impugnación, previstas contra el dictamen de preadjudicación[57], que permiten que se exija la garantía de impugnación, se oponen al art. 1º *bis* de la LPA que incluye entre los principios del procedimiento administrativo, el de gratuidad, lo que a su vez afecta el principio de la tutela administrativa efectiva.

En estos supuestos, el vicio en el objeto del acto de alcance general sería sobreviniente. Al respecto, Sanmartino precisó que, la extinción del acto por razones de juridicidad puede tener su génesis en una antijuridicidad estructural sobrevenida. Tal es lo que sucede cuando, frente al cambio de derecho objetivo, alguno de los elementos esenciales del acto contraviene gravemente el nuevo régimen normativo y la autoridad administrativa, en virtud de ese grave defecto –sobrevenido– decide su revocación. Dicho autor cita al profesor Gordillo al exponer que, en los supuestos de ilegitimidad sobreviniente por cambio en el ordenamiento jurídico o por una modificación de la situación fáctica, es necesario pronunciar su extinción, sea por la administración o la justicia[58].

3.4. *Plazos para la interposición del recurso directo ante la CSJN en materia disciplinaria de magistrados*

La Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura de la Nación tiene como competencia proponer al Plenario las sanciones disciplinarias a los magistrados.

En materia de recursos contra las sanciones disciplinarias que aplique el Consejo de la Magistratura, la ley especial dispone que serán apelables en sede judicial por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El recurso se

55 Art. 1º *bis*, ap. *c*) principio de "Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia de los trámites. Gratuidad", de la Ley 19.549, modificada por la Ley 27.742.

56 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*.., ob. cit.

57 Arts. 116 y 117 del Reglamento de Contrataciones del Consejo, aprobado por Res. CM 254/2015.

58 SANMARTINO, Marcelo 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, Nº 8, Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) p. 136.

interpondrá y fundará por escrito ante el Consejo, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación de la resolución, debiéndose ofrecer la prueba y acompañar la documental de que intentare valerse el recurrente. El Consejo, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, fundará la elevación dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de presentación, y lo elevará, dentro de los cinco días siguientes, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien deberá resolver en el plazo de ciento veinte días[59].

La LNPA ahora establece que 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. De modo que quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores. En ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente. Salvo que se hubiese fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. Si no se cumpliere este plazo, el interesado podrá acudir directamente ante el tribunal judicial[64].

Atento que el plazo especial previsto en la Ley del Consejo de la Magistratura resulta menor al previsto en la LNPA queda modificada o derogada.

4. Conclusiones

La actividad cumplida por el Consejo de la Magistratura es, sin duda, administrativa y queda sujeta, por ende, al Derecho administrativo. De lo antedicho, se colige sin hesitación alguna que, en la medida en que el Poder Judicial también emite actos administrativos está sometida a la LNPA, la que se aplica a las múltiples actividades materialmente administrativa que realiza el Poder Judicial que coadyuvan al ejercicio de la función jurisdiccional.

Resulta razonable interpretar la aplicación directa de la LNPA 19.549 tanto a la actividad materialmente administrativa emanada del Consejo de la Magistratura de la Nación como de las Cámaras Federales de todo el país, en el ejercicio de superintendencia delegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ciertamente, porque mediante la citada ley se reglamenta el ejercicio de un derecho fundamental, a saber, el de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo de los tres poderes del Estado.

Con fundamento en la Constitución Nacional y en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, que conforman el bloque de constitucionalidad vigente, es que las modificaciones que trae la LNPA otorgan más garantías y mejor desarrollo de los derechos de los/as administrados/as y de los/as ciudadanos/as en general.

59 Art. 14, Ley 24.937.

La presente reseña realizada evidencia una clara necesidad de adecuación normativa del Consejo de la Magistratura de la Nación respecto de sus reglamentos vigentes, entre los que se han mencionado el Reglamento General del Consejo, el Reglamento de Contrataciones del Consejo, el Reglamento del Cuerpo de Auditores, a los efectos de ajustar el procedimiento y las actuaciones con miras a la protección efectiva de los derechos e intereses de los particulares.

Sin perjuicio de la tarea por delante, a fin de cumplir con la manda legal y constitucional de garantizar la tutela administrativa efectiva se interpreta que las modificaciones brevemente expuestas deben ponerse en marcha sin dilaciones para concretar y garantizar el ejercicio de los derechos en juego.

MICAELA S. FIGUEREDO

Es Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y Magíster en Políticas Públicas por la Universidad Torcuato Di Tella. Directora General de la Secretaría de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Magistratura de la Nación.

DESCIFRANDO ENIGMAS EN LA REFORMA A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: SILENCIO ADMINISTRATIVO, PODER DISCRECIONAL Y AMPARO POR MORA

Alfredo Silverio Gusman
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Presidente de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.*

a) En ejercicio de su derecho constitucional de peticionar a las autoridades, al iniciar un procedimiento administrativo la parte tiene derecho a obtener que se resuelva con un pronunciamiento expreso, motivado y dictado sin dilaciones indebidas. A su vez, en el ejercicio de la función administrativa, las autoridades deben pronunciarse en los plazos fijados en las normas aplicables.

Acontece que pese a la obligatoriedad de los términos de resolución que las distintas legislaciones imputan a las administraciones públicas, es lo cierto que los despachos administrativos suelen desentenderse de esta exigencia[1]. En Argentina, hace mucho tiempo que no se nos rasgan las vestiduras frente a la falta de respuesta de la Administración. Estamos acostumbrados, de manera resignada y hasta estoica, a presentar el escrito o subir el documento a la plataforma de trámites a distancia, para luego agendar el día en que se configura el silencio administrativo. Confieso que yo mismo procedía de ese modo cuando ejercía la noble profesión abogadil, épocas en las que, por cierto, el expediente electrónico y los trámites a distancia no existían.

* Este trabajo recoge la exposición que el autor brindara el 26 de agosto de 2024 en el marco del Seminario "Ley Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino", llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires organizada por la Asociación de Docentes. Por esa razón su estructura carece de acápites o subtítulos. Se ha completado con las citas pertinentes de fallos y doctrinas, así como también con reglamentaciones dictadas con posterioridad a ese evento. El autor agradece al Dr. Alejandro Rahona las correcciones efectuadas, los errores que aún subsisten son de mi exclusiva responsabilidad.

1 Conf. Gusman, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la Administración*, Buenos Aires, Hammurabi., pp. 17/18 y 21.

Es que el panorama descripto por Guillermo Muñoz hace casi 40 años, pese a los avances tecnológicos, no ha cambiado en sustancia y los individuos siguen enfrentándose con graves dificultades a la hora de exigir el cumplimiento del mandato de actuar que incumbe a las autoridades públicas[2].

Para no perjudicar en demasía al peticionante, los ordenamientos jurídicos acuden a la figura del silencio administrativo, que ha sido definida por el catedrático hispano Rodríguez Arana Muñoz junto a Sandín García como una *ficción jurídica* por la que se entiende, en defensa de los derechos del solicitante, que se ha dictado una decisión de carácter estimatorio o desestimatorio, según sea la consecuencia legal prevista, cuando transcurren los plazos máximos que tiene la autoridad competente para resolver un procedimiento y notificar la decisión del mismo, sin que se cumpla con tales obligaciones[3].

Ante los problemas que provoca la demora en los trámites de las autorizaciones administrativas, para intentar lograr que las actuaciones se resuelvan con un grado de celeridad acorde con las necesidades propias de los negocios y el flujo de las inversiones[4], se pretendió encontrar la solución en el Silencio Administrativo Positivo (de aquí en adelante también lo denominaré SAPO), sobre todo para la autorización de actividades que peticionan llevar a cabo los particulares en ejercicio de derechos preexistentes. En la Unión Europea, este paradigma tiene un punto central a partir de la llamada Directiva de Servicios, o "Bolkestein", 123/2006 del Parlamento Europeo, que impactó fuertemente en los derechos administrativos de los países que la conforman[5], pues ante la unidad de los mercados se tornó conveniente que los aparatos administrativos domésticos adopten mecanismos más fluidos para la gestión. En los casos en que se requiere autorización previa –en otros siquiera es necesario obtener la autorización sino que se considera aprobada automáticamente la solicitud–[6], el art. 13 inc. 4 asignó al silencio administrativo un carácter positivo, admitiéndose lo solicitado, salvo

2 Conf. "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa", *LL*, 1990-B, 891.

3 Conf. "El Procedimiento Administrativo como sistema de control por la Administración y por los ciudadanos: legalidad y eficiencia", en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND - AGUILAR VALDEZ - HALPERIN- JUAN LIMA - CANOSA (dirs.), Buenos Aires, La Ley, T. 1., pp. 120/123.

4 Se protestaba ante lentitud de los procedimientos administrativos, pues "... ahogaban las actividades cotidianas de las empresas, afectando su competitividad" (extraído de la Recomendación de la por entonces Comunidad Europea 344/97 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas).

5 Conf. COSCULLUELA MONTANER, Luis, "El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica", *Revista de Administración Pública,* Madrid, 200, mayo-agosto 2016, pp. 103/120.

6 El art. 9 toma como principio general el de libertad de establecimiento, lo que implica la supresión como regla de aquellas autorizaciones que requieran un control *a priori* de la actividad solicitada, salvo que cuando por los riesgos que pueda acarrear, razones de interés general

que razones de interés general, incluidos los derechos de terceros, justifiquen el silencio administrativo negativo.

Los países de esa comunidad incorporaron ese criterio[7]. Tal orientación también llegó a nuestra región y diversas naciones se han alineado con estas políticas inspiradas en un supuesto marco de mayor diligencia para la atracción de las inversiones[8].

b) Recientemente, en Argentina, con la sanción de la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, llamada Ley de Bases, se introdujo una significativa reforma al régimen del silencio administrativo previsto en el art. 10 de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (LPA). Si bien mantiene la regla general de asimilar la falta de pronunciamiento de la Administración una vez vencidos los plazos[9] a una respuesta negativa, admite el Sapo en los casos en que la norma exija una autorización administrativa para llevar a cabo actividades regladas, con ciertas excepciones[10]. Según esta disposición, el SAPO equivale al acto administrativo finalizador del procedimiento.

---

aconsejen una diferente solución y siempre con respeto a los principios de no discriminación y razonabilidad.

7 España, ver art. 24 de la Ley de Procedimiento Común 39/2015; Portugal art. 102 de su Código de Procedimiento Administrativo (Decreto Ley 442/91); en Francia no fue a través de la ley del 12 de abril de 2000 sino a partir de la Ley 1005 del 12 de noviembre de 2013, llamada de Simplificación de las Relaciones con la Administración que se incorporó como regla general la del silencio administrativo positivo, con excepciones.

8 En Ecuador, el Código Orgánico Administrativo establece en su art. 207 que pasados 30 días de la presentación sin respuesta se considera configurado el silencio administrativo positivo. En Perú, el art. 30 de la Ley 27.444 reconoce el silencio administrativo positivo. Más recientemente Brasil, en 2019 sancionó la Ley de Libertad Económica 13.874, cuyo art. 3. IX establece que el silencio administrativo ante las solicitudes de autorización de actividades económicas supondrá la aprobación tácita de dichas actividades.

9 De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Reglamentario de la norma 695/2024 en su art. 65ter y 65quáter, transcurrido sin respuesta el plazo previsto en el ap. *viii* del inc. *g* del art. 1º *bis* de la Ley 19.549 –sesenta (60) días– o el que la normativa específica aplicable establezca, siempre que estén cumplidas las exigencias normativas establecidas para el otorgamiento de la autorización, se configurará el silencio con sentido positivo. Si una vez presentado el pedido de autorización el órgano competente advirtiera la falta de cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa aplicable para su otorgamiento, deberá solicitar al requirente que acompañe los elementos o datos faltantes en un plazo de diez (10) días. En tal supuesto, el plazo quedará suspendido a partir de la notificación del requerimiento y hasta tanto se satisfaga lo solicitado. Además, si el pedido de autorización fuera iniciado ante una autoridad incompetente o a través de un trámite incorrecto para su pretensión, no se computará el plazo para que se configure el silencio positivo. El art. 65ter finaliza anunciando que: "De corresponder, la administración deberá remitirlo a la autoridad pertinente".

10 La norma indica que: "Este inciso 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 ley específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. La reglamentación podrá determinar otros supuestos específicos en los cuales no sea de aplicación este inciso".

Dicho precepto fue reglamentado por el Decreto 695 del 2 de agosto de 2024, en cuyo art. 65 *bis* se pretende definir la autorización administrativa como el 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. A continuación, en su segundo párrafo, aclara que el SAPO no alcanzará a los permisos, a los que conceptúa como "... los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa". De todos modos, asumiendo que a veces no resulta sencilla la distinción, la norma indica que la denominación del acto será indistinta a efectos de su calificación como autorización. Finalizando la reseña normativa, cabe destacar que en forma reciente, el 1º de noviembre del 2024, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto 971 que aprueba los extensos listados de los procedimientos administrativos en los que rige el silencio administrativo negativo y aquellos en los que se aplica el silencio administrativo positivo.

Conforme al texto reformado del art. 10, los alcances del silencio administrativo positivo se restringen a las autorizaciones requeridas para ejercitar una actividad para la que el sujeto, supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones y exigencias, cuenta con un derecho enunciado en una norma que lo respalda[11]. Por lo tanto, cuando el peticionario se ajusta estrictamente a la normativa aplicable, el acto que decidiera otorgarla es preponderantemente reglado pues no queda librado a la voluntad de la autoridad competente aceptarla o rechazarla. No puede operar en el campo de prerrogativas que se enmarcan en la actividad en las que impera la discrecionalidad de la Administración.

En ese sentido, un trabajo señero en el tema, en pleno debate del texto de la Ley 39/92 reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa de España, fue el publicado por Fernández Pastrana en ese reino[12]. En prieta síntesis, el autor explica que reconocerle alcances positivos al silencio administrativo puede servir en materia de autorizaciones regladas, pero no para el caso en las que prevalece la discrecionalidad, ya que no puede hablarse en este supuesto de un derecho preexistente, sino a lo sumo de un interés legítimo o derecho debilitado.

Aunque algunos autores consideran que el empleo de la técnica de brindar alcance positivo al silencio administrativo puede dotar de mayor celeridad y transparencia a las autorizaciones administrativas[13], por mi parte he criticado la

11 Por ejemplo, el art. 23 de la Ley Federal 24.922 de Pesca establece que "... para el ejercicio de la actividad pesquera, deberá contarse con la habilitación otorgada por la Autoridad de Aplicación".

12 Ver "Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, Nº 127 (enero-abril 1992), pp. 103 a 142.

13 Conf., antes de la reforma, HUICI, Héctor "El Silencio Administrativo" en A.A.V.V., *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND - AGUILAR VALDEZ - HALPERIN - JUAN LIMA

reforma legislativa desde el momento mismo en que se conoció el proyecto; por razones que no se relacionan estrictamente a la temática abordada en esta oportunidad. A mi modo de ver, desde esta perspectiva no se pondera la dificultad de trasladar técnicas que tal vez puedan resultar asequibles en los desarrollados países en donde se originaron, hacia administraciones públicas con relativo apego a la institucionalidad, con plantillas de personal –en la mayoría de los casos, en cantidad insuficiente si se considera a quienes realmente trabajan–, desbordadas de labores –y, en algunos casos, con algún nivel de desidia, negligencia y opacidad– con retrasos crónicos, desincentivados, mal pagos, no evaluados seriamente, con inadecuada capacitación para las tareas que realizan y con débiles mecanismos para efectivizar la responsabilidad disciplinaria y patrimonial. Con relación a esta parte de la reforma legislativa, mi temor es que con la incorporación del silencio administrativo positivo y la consecuencia del apercibimiento previsto para el amparo por mora, como en la canción del inolvidable salsero Frankie Ruiz, "... la cura resulta más mala que la enfermedad...". Me remito entonces, por si resulta de interés y en homenaje a la brevedad a lo que expuse en ese artículo[14].

c) Agrego en esta oportunidad, en atención al tema abordado, que tampoco es del todo clara la distinción entre facultades regladas y discrecionales en la que se basa el esquema del art. 10, pues a esta altura no puede mantenerse esa clasificación en términos absolutamente contrapuestos. Los tiempos modernos reconocen solo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad[15]; en definitiva, como con

---

- CANOSA (Dirs.), T. 1, pp. 832/836; con el nuevo texto MAIRAL, Héctor y VERAMENDI, Enrique, "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", *La Ley*, 12-07-2024.

14 Conf. "El silencio administrativo positivo. ¿Oasis o espejismo?", publicado en La Ley del 15 de febrero de 2024, Suplemento Bases para la reconstrucción de la economía y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

15 Ver CSJN, Fallos: 315:1361 ("Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la A.P.D.H.") en el que sostiene que existen actos administrativos "... en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más atenuada que la regulación y a la inversa". En el mismo sentido SESIN, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*", p. 76; COVIELLO, Pedro, "El control de la discrecionalidad administrativa", en A.A. V.V., *Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, RAP, p. 636; GUSMAN, Alfredo Silverio, *"Fronteras del poder discrecional", La Ley Córdoba, Vol. 2002, pp. 27 a 42 y* "De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial", en *El Derecho Administrativo*, El Derecho, Buenos Aires, Vol. 2007, pp. 490 a 497. En cuanto al análisis concreto del art. 10 de la LPA reformada, conf. PERRINO, Juan Pablo, "Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 155 septiembre-octubre 2024, pp. 162/164, autor que también alerta sobre la dificultad de distinguir autorizaciones y permisos que plantea la norma.

elocuencia lo explica el fallo de la Corte en "Consejo de la Presidencia de la APDH", se trata de una cuestión de grados[16].

Si del ejercicio de atribuciones en las que predomina la discrecionalidad se trata, el Poder Judicial podrá ordenar a la Administración que resuelva la solicitud administrativa, pero no se encontrará en condiciones de profundizar sobre la cuestión de fondo que pende de una elección propia de la autoridad competente. Ahora bien, esta afirmación puede ser puesta en tela de juicio si se la confronta con el nuevo art. 28 de la Ley 19.549 en cuanto a amparo por mora se refiere.

Paso a explicar mis prevenciones. Las normas determinantes del apoderamiento discrecional pueden distinguirse entre las que reconocen a la Administración discrecionalidad de actuación o bien discrecionalidad de selección. En el primer caso, ante la presencia del supuesto jurídico previsto en la norma, el funcionario competente puede optar por actuar o abstenerse de hacerlo[17]. En el segundo tipo, acaecido el supuesto, la norma exhibe al funcionario distintas posibilidades de elección para que discierna a su criterio el proceder que estima acorde, pero sí está obligado a resolver.

En cuanto al amparo por mora, es un proceso que fue concebido para que el Tribunal sólo pueda condenar a la autoridad competente a que se expida o desestimar la acción si aún no venció el plazo para hacerlo[18]. Su finalidad es instrumental y no es subrogar a la autoridad administrativa por la judicial, sino obligar a aquella a resolver, sin indicarle cómo ni en qué sentido[19]. Sin embargo, el texto reformado atribuye al Juez la facultad de disponer como apercibimiento considerar aprobada la solicitud del peticionario, en el caso de que la autoridad administrativa no cumpla con el plazo fijado para dictar el acto en la sentencia condenatoria.

Más allá de las dudas que el art. 28 esparce, cuando se trata de casos de discrecionalidad de selección, es el administrador quien, atendiendo a la fisonomía propia del asunto traído a su competencia, puede inclinarse por alguna de las distintas opciones que contempla la norma aplicable, siendo todas ellas

16 Conf. la sentencia precitada de la Corte en Fallos: 315:1361; BALBIN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, T. 1, pp. 791/795.

17 Por lo expuesto, no considero atinadas argumentaciones como las brindadas por Celso Bandeira de Mello acerca de un supuesto "deber discrecional", en contraposición al llamado "poder discrecional" (conf. *Discrecionariedade e Controle Jurisdicional*, San Pablo, Malheiros, 2003, pp. 14/15).

18 Conf., en ese sentido, Sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial, 10-06-2022, "Campillay c/E.N. s/amparo por mora"; SESIN, Domingo y PISANI, B., "Amparo por mora de la administración", pág. 27, Ed. Advocatus.

19 Conf. GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora*..., ya citado, p. 112.

igualmente justas y válidas[20]. En tal supuesto, además de la requerida en el pedido no despachado del particular, existirán otras posibilidades que la Administración puede considerar[21]. Resulta, como mínimo, heterodoxo, difícil de conciliar con la división de poderes, que sea el Juez quien al concretar el mentado apercibimiento desplace la competencia administrativa y disponga una consecuencia que equivale a la resolución definitiva, decidiendo de tal modo un asunto que es de competencia primaria de la Administración. En tal sentido, con anterioridad a la reforma al art. 28 de la LPA, la Corte sostuvo en el marco de un proceso de amparo por mora que la sentencia que hizo lugar a la pretensión de fondo, reconociendo el derecho del solicitante al tener por acreditados los presupuestos, debía ser dejada sin efecto por arbitraria[22].

En cuanto a los casos de discrecionalidad de actuación, si se admite que al dictar sentencia los jueces son recipiendarios de la discrecionalidad no utilizada por la Administración y se encuentran habilitados a emplearla, estamos ante el supuesto de la llamada "discrecionalidad inadecuada"[23]. La misma Corte Suprema ha sostenido, en ese sentido, que no es función de los jueces sustituir a la autoridad administrativa en el ejercicio de una competencia que le es propia y fue omitida[24].

También puede haber asuntos en los cuales es posible que se lesione el principio de igualdad, por ejemplo, si por no cumplirse el plazo que le fija el Juez a una universidad para resolver la impugnación de un concursante desplazado en el orden de mérito, este termine quedándose con el cargo a partir de una decisión judicial recaída en un proceso en donde se debatía un tema diferente y en el que el candidato seleccionado propuesto por el jurado no intervino.

d) Desde la perspectiva de la división de poderes, habrá que aguardar a la aplicación que hagan los tribunales de tal apercibimiento, siendo de esperar que se proceda con la prudencia que la situación exige. Asimismo, desde la defensa del sistema republicano, resulta crucial que las autoridades administrativas condenadas en el juicio aprendan, de una vez por todas, que deben acatar los

20 Conf., de mi autoría, "De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial", pub. en *Revista El Derecho* del 20 de marzo de 2007.

21 Por eso se dice que ante la discrecionalidad administrativa, anulada por ilegítima la opción por la que se inclinó la autoridad competente, el tribunal no podría sustituirla por una diferente sin mengua a la división de poderes, pues, aún descartada la alternativa inicialmente escogida, pueden restar otras válidas a emplear por la Administración (Corte Suprema, caso "Orias", Fallos: 317:40; HUERGO LORA, Alejandro, *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 315).

22 Conf. Fallos: 308:864, "Guzmán".

23 Conf. PIERCE Jr., Richard, *Administrative Law*, 4ª ed., New York, Vol. III, pp. 1227/1228.

24 Ver, entre otros, 29-05-2012 "Ferrocarriles Argentinos c/Pcia. de Río Negro".

mandatos de los tribunales para que no sea una opción efectivizar el apercibimiento de marras.

El dios Cronos, que en la mitología griega simboliza al tiempo, o al paso del tiempo, le ha generado diversos enigmas al derecho administrativo. Tanto el negativo como el positivo son silencios que, paradójicamente, aturden al administrado, que termina sintiéndose un "sapo de otro pozo".

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

Es Doctor en Derecho. Profesor Regular Adjunto por concurso en la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de posgrado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y en la Universidad del Museo Social Argentino. Profesor de diversos posgrados, seminarios y conferencista tanto en el país como en el exterior. Director Académico de la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales. Miembro de los Institutos de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho. Autor de cuatro libros y de numerosas publicaciones sobre temas relacionados con la especialidad, entre los que destaca su último libro *Las sanciones administrativas*, recientemente publicado por Ad Hoc. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas declarado por la Ley 4490 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
Director en la Especialización de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue*.

Es una muy buena oportunidad siempre tratar de reflexionar desde nuestras universidades con pensamiento abierto y crítico. Teniendo como objetivo la debida transferencia del conocimiento universitario. Las investigaciones y sus resultados deben permear la toma de decisión estatal, resolver problemas sociales de manera innovativa y apalancar en aquello que sea posible los procesos de desarrollo de un país. Es por ello que agradezco esta invitación.

La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) tiene sus aspectos positivos y negativos si la miramos en detalle. Mas una mirada global de la misma nos deja un sabor amargo. Es una oportunidad perdida para aquello que refiere a aspectos de nuestra disciplina, ya que se insiste con un procedimiento obligatorio, con plazos de caducidad y bajo un tratamiento homogéneo. La muestra de ello es, a esta altura de la evolución del derecho constitucional y los derechos humanos, la mención de la persona bajo la caracterización decimonónica de *administrado.*

También constituye una oportunidad perdida en brindar la necesaria impregnación constitucional desde la mirada social fortalecida en la Reforma Constitucional del año 1994. Nótese la ausencia de referencia alguna a la dignidad de la persona, a los principios consagrados por la sistemática interamericana de derechos humanos, a la perspectiva intergeneracional del derecho ambiental, entre tantas otras omisiones deliberadamente omitidas por el legislador.

Sumamos a ello una mirada selectiva de un Derecho Administrativo *contractualizado* a través del RIGI[1], según analizaremos.

* Conferencia pronunciada el 27 de agosto de 2024, en el Salón Verde de la Facultad de Derecho de la UBA, en el marco del Seminario "Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino", organizado por su Asociación de Docentes. https://www.youtube.com/watch?v=1MfMaxqgbzI&t=2723s.

1 Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones.

Como dato positivo indicamos la incorporación de los principios fundamentales, según así los califica la Ley de Bases, al procedimiento administrativo. Entre ellos los de juridicidad, tutela administrativa efectiva y buena administración.

El principio de juridicidad, uno de los que más nos interesa remarcar, acaso pueda suplir aquellas omisiones legislativas que indicábamos. Es que, como es sabido, la juridicidad remite al orden constitucional y convencional que le brinda límites y contenidos a la actuación de las Administraciones Públicas. Esa mirada sistémica parece haberse incorporado ahora de manera exigible por medio del principio de juridicidad caracterizado como fundamental. O al menos es la interpretación que le queremos brindar.

La incorporación de la tutela administrativa efectiva también es una buena noticia. La ley en este punto incorpora a la tutela administrativa efectiva tanto como *a*) principio fundamental del procedimiento administrativo, *b*) elemento del acto administrativo integrado en el elemento y *c*) causal de nulidad absoluta del acto administrativo de alcance individual si es que esta no ha sido garantizada, según así lo entiendo.

En términos de la Corte IDH[2], podemos afirmar que se trata esencialmente del deber (jurídicamente exigible) de las Administraciones Públicas de 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 sentido amplio para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada. Es la tutela administrativa efectiva una expresión de la prevención administrativa y una consecuencia concreta de la aplicación del control de convencionalidad interno, según así lo hemos fundamentado en nuestro último libro *El Control de Convencionalidad de las Administraciones públicas* (Astrea, 2022). El estándar que atrae la aplicación de dicha garantía en sede de las Administraciones públicas es la actividad que determina deberes y derechos. Todo ello con una especial y reforzada intensidad en la aplicación de la garantía en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa, como es sabido. Citamos para todos estos temas las decisiones de la Corte Interamericana en la materia, los casos "Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador" , 27/11/2023; "Mina Cuero vs. Ecuador", 07/09/2022; "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", 02/02/2001; entre muchos otros.

Según así lo interpretamos, creemos que la no observancia del respeto por la tutela administrativa efectiva genera la nulidad del acto administrativo. La incorporación dentro del elemento procedimiento (art. 7º, inc. *d*, Ley 19.549) más la previsión expresa de nulidad cuando se hubiere incurrido en "otra grave violación del procedimiento aplicables" (art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, Ley 19.549), nos permiten afirmar tal nulidad. Complementa ello la sabida afirmación que en materia de garantías *ius* fundamentales la violación de las mismas genera de por si

2 Corte Internacional de Derechos Humanos.

la nulidad de la decisión estatal, ya que el daño emerge nítido en el no respeto de las mismas en el momento preciso en que sucede la toma de decisión estatal. Pero también porque es exigible del Estado el cumplimiento de la tutela administrativa en la realización de otro de los principios fundamentales que nos trae la propia ley: la buena administración. La tutela administrativa efectiva aparece así por una parte como un factor ordenador de la juridicidad de la actividad administrativa y por la otra como condición de la calidad institucional que es exigida por la ley al incorporar a la buena administración como principio fundamental. Visto desde otra óptica, podemos afirmar que la tendencia a convalidar violaciones al debido proceso en sede administrativa proyecta consecuencias más allá de los derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos afectados. Provoca, junto a otros factores, baja calidad institucional la cual al constituirse como una regla generalizada cancela el principio de juridicidad y el de buena administración.

Introducíamos al inicio de nuestra presentación, la existencia de una nueva selectividad en el derecho administrativo. La incorporación del RIGI importa un dispar tratamiento en materia de garantías y derechos entre la ciudadanía a pie y quienes adhieren a dicho régimen. Se pauta, podríamos decir, un verdadero subsistema en materia de tutela administrativa y judicial efectivas que eleva notablemente el piso de garantías de los derechos de quienes adhieren. Hemos indicado que nos encontramos frente a una suerte de *contractualización* del Derecho Administrativo en estas relaciones.

Este contractualismo es para las grandes inversiones, grandes grupos económicos. Bajo el paraguas del fomento para el desarrollo económico, la competitividad de sectores económicos y la creación del empleo entre otros objetivos que dice perseguirse con el RIGI en la Ley de Bases. El RIGI establece la relación privados-Estado bajo un nuevo equilibrio. Ciertamente un verdadero desequilibrio entre las partes a favor de la estabilidad de los derechos y garantías de los titulares de los llamados Vehículos de Proyecto Único. Por treinta (30) años se otorga estabilidad normativa, cambiaria, tributaria y aduanera a los incentivos y demás derechos resultantes del RIGI, bajo una suerte de derecho adquirido asimilable a la propiedad: no podrán ser afectados por normas posteriores. La regulación en este punto es clara en prohibir: a. cualquier norma o vía de hecho que restringa, limite u obstaculice. De existir será nula de nulidad absoluta e insanable y la justicia deberá en forma inmediata impedir su aplicación (art 165); b. los adherentes gozarán en lo que respecta a sus proyectos de estabilidad normativa en materia cambiaria, tributaria y aduanera. Esta estabilidad regulatoria lo será por treinta (30) años y no podrá ser afectada ni por derogación de la ley ni por norma nueva más gravosa o restrictiva (art. 201).

Ciertamente, la Ley de Bases otorga a los titulares de Vehículos de Proyecto Único un derecho a exigir el no ejercicio de competencias propias de las provincias, CABA y Estado nacional de sus competencias regulatorias en la materia.

Alcanza ello, según entendemos tal como ha quedado redactado el texto, al poder de policía provincial ambiental en su faz fiscalizadora y sancionadora en la medida que interfiera en la estabilidad asegurada por la Ley de Bases. Existe una suerte de huida de las competencias constitucionales que hacen a las propias autonomías provinciales por la adhesión que efectúen aquellas provincias al RIGI sin reservas.

Otros detalles de la Ley de Bases en este punto: *a*) el rechazo administrativo al pedido de adhesión al RIGI no puede ser un acto discrecional, solamente reglado y por las causales tasadas establecidas en la propia ley (art. 177). Una clara violación de la división de poderes al impedirle a la Administración Pública merituar dentro de su propio campo de apreciación política institucional el mérito, conveniencia y oportunidad de cada proyecto presentado; *b*) existen notables asimetrías entre derechos y obligaciones del adherente al régimen (art. 178): los derechos se generan desde la fecha de adhesión mientras que las obligaciones desde la fecha de notificación de la decisión administrativa que dispone haber sido incorporado al RIGI ; *c*) en materia de garantías, se otorgan efectos suspensivos a las decisiones del BCRA, que afecten, por ejemplo, los derechos e incentivos hasta tanto exista decisión pasada en cosa juzgada material (Art. 206); *d*) la innecesaridad de agotar la vía para utilizar el régimen arbitral, sin plazo de caducidad alguno (art. 217).

El RIGI nos coloca frente a una verdadera subordinación (cuando no verdaderas cancelaciones) de las competencias públicas al derecho (y garantías) de los titulares de los Vehículos de Proyecto Único a partir de un microsistema jurídico propio (RIGI) establecido por la Ley de Bases.

Finalizando, deseo felicitarlos otra vez por la organización de estas jornadas que promueven el pensamiento abierto, plural y crítico de nuestra disciplina. Proponerles seguir pensado qué derecho administrativo queremos construir de aquí en más: ¿un derecho administrativo que propone saldar desigualdades o uno que, por el contrario, propone agravar las desigualdades existentes?

PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

Es Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Académico visitante en la Universidad de Oxford, Reino Unido. Director de la Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional del Comahue. Autor y coautor de diversos libros. El último de ellos: *Control de Convencionalidad en la Administración Pública: Aplicación de los Tratados Internacionales a la Actuación Administrativa* (Astrea, 2022).

LA APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO DEL PODER LEGISLATIVO NACIONAL A PARTIR DE LA SANCIÓN DE LA LEY DE BASES

Juan Manuel Hubeñak
Especialista en Derecho Administrativo Económico, Universidad Católica Argentina.

Sumario: 1. Breve introducción. 2. El ámbito de aplicación de la LNPA a partir de la Ley de Bases. 3. El ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de órganos y organismos del Poder Legislativo Nacional. 4. La aplicación de las disposiciones de la LNPA a la actividad materialmente administrativa del Poder Legislativo Nacional luego de la sanción de la Ley de Bases. 5. Reflexiones finales.

1. Breve introducción

Es sabido que la Ley 27.742[1], denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante, Ley de Bases), incluyó, dentro su amplio y heterogéneo contenido, una modificación sustancial de varias disposiciones de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (en adelante LNPA)[2].

En efecto, transcurridos 23 años desde la última reforma de su texto[3], con la sustitución de la redacción de 24 artículos y la incorporación de 3 nuevos (como

1 B.O. 08/07/24.

2 B.O. 27/04/72.

3 Antes de la reforma de la Ley de Bases, la LNPA (1972) fue modificada a través de las Leyes 21.686 (1977), 25.344 (2000) y el Decreto 1023/21. Por la primera de esas normas, se sustituyó la redacción de varios artículos (1º, 9º, 15, 17, 25, 28, 30 y 32), mientras que por la segunda, únicamente se modificó la regulación del reclamo administrativo previo a la demanda judicial (arts. 30 a 32 de la LNPA). Finalmente, por intermedio del art. 36 del citado Decreto 1023/21, se incorporó como último párrafo del art. 7º de la LNPA que "los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere

bises)[4], se han efectuado cambios en todos los títulos de la LNPA. Aquellos abarcan desde el ámbito de aplicación hasta los principios fundamentales y requisitos del procedimiento administrativo, el régimen del acto administrativo, el instituto de las vías de hechos, el sistema recursivo administrativo y de impugnación judicial de actos administrativos –incluidos los dictados durante la ejecución contractual–, entre otros. El contenido, por sí solo, evidencia el tenor de la modificación efectuada al procedimiento administrativo general o común que regula el cauce formal de la actuación administrativa.

Luego de ello, con la finalidad de adecuar el contenido del Reglamento de Procedimientos Administrativos (en adelante RPA), aprobado por el Decreto 1759/72[5] (t.o. 2017), a la nueva normativa sancionada, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 695/24[6], por cuyo Anexo I se aprobó la reglamentación del Capítulo III del Título II de la Ley de Bases, referido al procedimiento administrativo"[7].

Por su parte, en forma casi inmediata a la entrada en vigencia de la Ley de Bases, destacados doctrinarios[8] emitieron sus opiniones sobre los alcances e implicancias que se advierten de la reforma de la LNPA. A partir de ese entonces, sin lugar a dudas, se iniciará una profusa publicación de nuevos trabajos de doctrina sobre la temática[9], que, sumados a las opiniones que vayan emitiendo los órganos de asesoramiento jurídico de los poderes del Estado (y, seguramente, en algún momento, de la Procuración del Tesoro de la Nación) en la práctica diaria

---

pertinente". Sin embargo, este párrafo fue suprimido a partir de la modificación del mencionado art. 7º dispuesta por la Ley 27.742 (art. 27).

4 La Ley 27.742 modificó la redacción de 24 artículos de la LNPA (1º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32), reemplazó el nombre de la sección "Revisión" del Título III de la Ley 19.549 por el nombre de Prescripción (art. 39 de la Ley de Bases) e incorporó 3 artículos nuevos (1º *bis*, 8º *bis* y 25 *bis*).

5 B.O. 27/04/72.

6 B.O. 05/08/24.

7 El Decreto 695/24 fue emitido con fundamento en los inc. 1º y 2º del art. 99 de la Constitución Nacional. En relación, el art. 236 de la Ley de Bases, establece: "Salvo para los casos en que se establezca un plazo específico, el Poder Ejecutivo nacional reglamentará la presente ley en un plazo máximo de noventa (90) días a partir de su entrada en vigencia y dictará las normas complementarias, interpretativas o aclaratorias que resulten necesarias para su aplicación".

8 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique E., "La Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", *La Ley*, del 12 de julio de 2024; CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *La Ley*, del 17 de septiembre de 2024; BEZZI, Osvaldo H. y ESPINOZA MOLLA, Martín R., "Comentarios preliminares a la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Con referencia especial a su impacto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *Revista El Derecho*, Nº 8, agosto de 2024.

9 Recientemente se ha publicado una edición especial de la *Revista de Derecho Administrativo* (RDA), septiembre- octubre 2024 (155), dedicada íntegramente a la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.

administrativa y, en su caso, a las decisiones que adopten los tribunales del fuero contencioso administrativo federal en las controversias que se planteen ante sus estrados, permitirán conocer con mayor precisión los alcances concretos de los cambios normativos producidos en la actividad materialmente administrativa.

Hecha esta sucinta referencia a modo de introducción, debo mencionar que el objetivo de este artículo es esbozar unas primeras consideraciones sobre los alcances y efectos que conlleva la inclusión expresa de la actividad materialmente administrativa que despliegan los órganos (y organismos) del Poder Legislativo Nacional dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos, conforme lo dispone la Ley de Bases.

2. El ámbito de aplicación de la LNPA a partir de la Ley de Bases

Desde su sanción en el año 1972 hasta el 8 de julio de 2024, la LNPA preveía en su art. 1º que sus disposiciones se aplicaban a la Administración Pública nacional, centralizada y descentralizada –incluidos los entes autárquicos– y, al mismo tiempo, excepcionaba de su ámbito a los organismos militares y de defensa y seguridad.

La redacción de la norma no dejaba lugar a dudas sobre la adopción del denominado criterio subjetivo u orgánico[10].

Con la modificación del art. 1º de la Ley 19.549 efectuada a través de la Ley de Bases[11], se amplío en forma expresa el ámbito de aplicación de la norma a resultas de la consagración de la denominada concepción o criterio objetivo o material como delimitante del concepto y alcances de la función, o, más precisamente, de la actividad materialmente administrativa. A tales fines, se ha seguido la opinión mayoritaria propiciada en la doctrina nacional[12], la jurisprudencia y

10 Al respecto, se ha sostenido que: "... Efectuada la aclaración precedente corresponde señalar que el art. 1º del decreto-ley de procedimientos administrativos ha adoptado un criterio subjetivo a los fines de delimitar su ámbito de aplicación; así es como el primer párrafo del art. 1º enuncia los órganos y entes que quedan comprendidos ..." (Gordillo, Agustín (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2003, p. 6). En sentido similar, Halperin manifestó que: "La ley (dec.) 19.549, establece en su art. 1º un criterio orgánico o subjetivo, ya que en su ámbito de aplicación sólo alcanza al órgano administrativo, sin regular directamente la función administrativa que pueden desarrollar los órganos legislativo y judicial". (Halperin, David, "Análisis y comentarios de la Ley 19.549", en Pozo Gowland-Halperin-Aguilar Valdez-Juan Lima-Canosa (dirs.) *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012, T. III, p. 30). En esa misma inteligencia, consultar la opinión de Cassagne y Perrino, ob. cit., nota 8, p. 10.

11 Art. 24 de la Ley 27.742.

12 Cassagne y Perrino resaltaron que una reforma importante de la ley de bases fue justamente la recepción de la concepción material de la función administrativa –basada en la doctrina de Marienhoff– tal como se desprende de la redacción del nuevo art. 1º. En efecto, los citados autores sostuvieron que: "Allí, al regularse el ámbito de aplicación de la LNPA, en los apartados (*i*) y (*ii*),

las prescripciones de la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires y de numerosos códigos contencioso administrativos provinciales[13].

---

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" (CASSAGNE-PERRINO, ob. cit., p. 10 y nota 7).

Sobre la cuestión aludida, solo recordar brevemente que en doctrina se han postulado, en términos generales, tres (3) concepciones o criterios principales para definir que debe entenderse por "función administrativa". Los mismos son: *a*) el orgánico o subjetivo *b*) el material, substancial u objetivo; y *c*) el mixto (para algunos residual). *a*) La concepción o criterio subjetivo, orgánico o formal tiene en cuenta a exclusivamente los órganos que se les asignan funciones administrativas. Adhieren a este criterio DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, T. I, pp. 200/1) y GARRIDO FALLA, F., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1966, Vol. I, pp. 37/8). Según esta posición, la función administrativa que desarrollen los órganos legislativo y judicial no sería tal, sino legislativa o jurisdiccional, respectivamente; *b*) La concepción o criterio substancial, material u objetivo, la cual según palabras de Marienhoff, "considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad concreta desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad 'administrativa', stricto sensu, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos legislativo y judicial". (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. I, 1982, p. 77). También siguen esta postura, entre otros, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo,* 6ª ed. actualizada, T. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 79 y ss.) y SAYAGUES LASO, E., *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1987, T. I, p. 46); y *c*) La concepción o criterio mixto (o residual también), por su parte, recoge elementos de las dos concepciones anteriores. Su principal exponente es Gordillo, para quien función administrativa es "toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T.I., 2003, IX-7 y ss. y IX-30 y ss. Asimismo, siguen sus postulados COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 123 y DROMI, José R., *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 2009, T. 1, pp. 141 y 152). Dentro del criterio mixto, se encuentra la postura de Barra, que distingue entre los conceptos de función y actividad. Entiendo al primero como la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido, y al concepto de actividad como el resultado material de una conducta (BARRA, Rodolfo C, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, 1998, T. 1, p. 236 y ss. En sentido similar, LUQUI, Roberto E., "Algunas consideraciones sobre el concepto de administración pública", *Rev. La Ley*, T. 151, pp. 1069, 1072 y ss.).

13 Art. 1º del Decreto 1510/97 de la Ciudad de Buenos Aires. En ese orden de cosas, se ha señalado que: "La modificación del ámbito de aplicación de la LNPA sigue el criterio adoptado por la Ley de Procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires, en donde el ejercicio de función administrativa es la pauta determinante de su aplicación, y por tanto se incluye a los órganos legislativo y judicial y a los entes públicos –cuando ejercen potestades públicas otorgadas por leyes–". Se puede consultar sobre la temática, ZILLI DE MIRANDA, Martha, "Acto Administrativo en la Ciudad de

Por su parte, es dable señalar que la actual redacción del art. 1º de la LNPA –según texto del art. 24 de la Ley de Bases– no fue objeto de reglamentación por parte del Decreto 695/24.

Vemos entonces, en primer término, que el legislador mantuvo la redacción originaria de la Ley 19.549, a partir de lo cual sus normas resultan aplicables en forma directa a la Administración Pública nacional –centralizada y descentralizada–, con el agregado ahora que lo allí dispuesto lo es sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales. De este modo, para el complejo orgánico constitutivo de la Administración Pública se ratifica la adopción del criterio subjetivo u orgánico, en la medida en que el Poder Ejecutivo ejercita, preponderantemente, la función administrativa.

En segundo término, de acuerdo a los términos dispuestos en el sub-inc. (*ii*) del inc. *a*) del art. 1º, a partir del 9 de julio de 2024 las disposiciones de los 4 Títulos de la LNPA se aplican directamente a los órganos de los Poderes Legislativo, Judicial y al Ministerio Público cuando los mismos ejercen la llamada actividad materialmente administrativa, y es este último presupuesto el determinante para tornar obligatorio la utilización de los términos de esa norma.

Luego de ello, en el inc. (*b*) del aludido art. 1º, se establece la aplicación supletoria de los Títulos I, II y III de la LNPA (se excluye de esta manera el título IV sobre la impugnación judicial de los actos administrativos) a: (*i*) a los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales[14], y (*ii*) a los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que llevan a cabo los órganos y entes de la Administración Pública centralizada y descentralizada, y los órganos de los Poderes Legislativo, Judicial y del Ministerio Público de la Nación.

Para estos últimos supuestos mencionados se recepta en forma palmaria el criterio objetivo o material, en la medida que la aplicación del régimen del procedimiento general dependerá del ejercicio de una actividad materialmente

---

Buenos Aires", en *Acto y Reglamento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Rap, 2002 p. 633/4.

14 La CSJN ha resuelto que los entes públicos no estatales, en determinados casos y siempre que una norma les delegue en forma circunstanciada el cumplimiento de fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, pueden dictar actos administrativos, quedando sujetos al régimen de procedimientos administrativos (Fallos 311:1974 y 315:1830). Sobre el ejercicio de función administrativa por parte de entes públicos no estatales ampliar en Ivanega, Miriam M, "Actos Administrativos de Entes Públicos No Estatales", Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Rap, 2002, p. 403/15, y Monti, Laura M. y Muratorio, Jorge I., "La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a los actos de los entes públicos no estatales", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, N 14, septiembre-diciembre, 1993, p. 517. Con relación a las personas privadas en ejercicio de actividad materialmente administrativa a raíz de una "delegación transestructural de cometidos públicos" ver Barra, Rodolfo C., "Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública", *La Ley*, 1982-D, 356.

administrativa o de un potestad pública, previamente delegada o transferida –siendo que, en esencia, el ejercicio de una potestad pública implica el desarrollo de una actividad materialmente administrativa–. Así las cosas, la diferencia –entre ambos incisos– está dada por el carácter directo o supletorio de aplicación de la LNPA según se trate o no de órganos del Estado Nacional, y, de acuerdo a ello, serán los títulos aplicables de la ley.

A su vez, un cambio importante de temperamento se advierte en el caso de los organismos militares y de defensa y seguridad, toda vez que con la sanción de la Ley de Bases se invierte completamente el criterio original previsto en la LNPA al preverse que sus disposiciones les serán directamente aplicables, salvo en aquellas materias regidas por leyes especiales y en 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 (inc. *d*) del art. 1º)[15].

De este modo, del texto de los incs. *a*), *b*) y *d*) del art. 1º, es posible inferir una marcada intención legislativa de reforzar la condición de régimen general o común de la función o actividad materialmente administrativa que reviste la LNPA, mediante la *expansión* de sus términos –tanto en forma directa como supletoria– hacia actividades administrativas desarrolladas por órganos, organismos y personas jurídicas que hasta la sanción de la Ley de Bases no se encontraban incluidas –en forma explícita– dentro de sus alcances.

A contrario sensu, se excluyó expresamente del ámbito de la LNPA a todo el denominado "sector empresario y societario" (en sentido amplio) del Estado Nacional –cualquiera sea su tipología jurídica[16]– y al "sector bancario oficial y financiero" del Estado Nacional (inc. *c*) del art. 1º)[17]. En rigor, se trata de una exclusión expresa[18] que ciertamente se condice con el hecho que tanto las empresas públicas –también en un sentido amplio siguiendo en ello a Gordillo– como los bancos oficiales adoptan generalmente figuras de derecho privado (salvo el Banco de la Nación Argentina) y si bien desde un punto de vista eminentemente fiscalista o contable integran el Sector Público Nacional (art. 8º de la Ley

15 Sobre la aplicación de la LNPA a los organismos militares y de defensa y seguridad consultar COMADIRA, Julio R, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y comentada*, La Ley, 2002, T. I, pp.13/32.

16 Se excluyó de la aplicación de los términos de la LNPA a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y a 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.

17 La norma dispone que la LNPA no se aplica al Banco de la Nación Argentina ni a cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado Nacional.

18 La exclusión –expresa– veda cualquier intento de recurrir a las técnicas de la analogía o de la supletoriedad para pretender aplicar alguna disposición de la LNPA.

24.146), no ejercen actividad materialmente administrativa ni tienen atribuidas –en principio– potestades públicas, por lo que su relación con terceros se regía por el derecho privado y a partir de lo dispuesto en la Ley de Bases, continuará rigiéndose por ese mismo[19]. En esa inteligencia, es dable agregar que tanto lo dispuesto en el art. 149 del CCyCN[20] como la circunstancia –no menor– que todas las sociedades y empresas con participación estatal –independientemente de su tipo o forma societaria– deban transformarse dentro del plazo otorgado a tal fin[21] en sociedades anónimas en los términos de la Ley 19.550 (art. 48 del Decreto 70/23[22]), otorga también sustento a la exclusión dispuesta[23].

Finalmente, mencionar que en el último párrafo de ese mismo inciso *c*) del art 1º, se otorga al Jefe de Gabinete de Ministros la facultad de someter controversias (vinculadas a los sectores aludidos en el párrafo anterior) 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, en cuyo caso se deberá contar con el previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación y la petición debe haber sido formulada por el interesado.

3. El ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de órganos y organismos del Poder Legislativo Nacional

No existen en la actualidad discrepancias doctrinarias en torno a que la actividad estatal se canaliza a través del ejercicio de las funciones administrativa,

19 Ver al respecto Villata, Ricardo A., "Modificaciones de la Ley Bases a la normativa nacional de procedimientos administrativos", *La Ley*, publicado en ADLA 2024-8, 90, p. 2.

20 Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). El art. 149 establece que: "Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

21 Art. 51 Decreto 70/23.

22 B.O. 21/12/23.

23 El art. 48 del Decreto 70/23 establece las tipologías comprendidas dentro del alcance de la norma (Empresas del Estado que no tengan una forma jurídica societaria, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas), y prescribe a su vez que las sociedades anónimas transformadas estarán sujetas a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna. En tal sentido, el art. 50 del citado Decreto 70/23 prevé que: "Las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga".

legislativa y judicial, y que, en rigor, "las atribuciones de las funciones a los órganos (del Estado) no constituyen división de poder sino distribución de funciones"[24].

Es en el marco de esa distribución de funciones que el Poder Legislativo Nacional tiene constitucionalmente asignada la titularidad y el ejercicio de la denominada función legislativa[25], que consiste en la elaboración y el dictado de normas jurídicas generales –leyes– de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido a tal fin (arts. 44 a 75 de la Constitución Nacional, CN).

Al mismo tiempo, para el cumplimiento de esa función primordial, los distintos órganos y organismos que componen o integran la estructura administrativa de ese poder del Estado (órgano legislativo o legiferante)[26] llevan diariamente a cabo actividades que resultan pasibles de ser consideradas administrativas de acuerdo con la concepción o el criterio material u objetivo al que se hizo mención[27]. Sin perjuicio de lo cual se debe resaltar que el ejercicio de la actividad materialmente administrativa tiene el exclusivo fin de soportar la función específica de legislar, es decir, que administran para su propio consumo. Por tal motivo, se ha sostenido que la ejecución de esa actividad administrativa resulta complementaria de la principal[28].

24 MARIENHOFF, Miguel, *Derecho Administrativo*, ob. cit., T. I, p. 34. Ver CSJN, Fallos: 315:2990, "Rodríguez Varela", 23/12/1992.

25 DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 2009, T. 1, p. 146. Ver también CANOSA, Armando N., *Procedimiento Administrativo. Recursos y Reclamos*, Astrea-Ediciones RAP, T. 1, p. 2. Para profundizar sobre la temática, consultar MENEM, Eduardo, *Derecho Procesal Parlamentario*, Thompson-Reuters La Ley, 2020, y MIDON, Mario A, *Organización y funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina. Legislaturas de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA. Constituciones Sudamericanas*, Hammurabi-José Depalma Editor, 2012.

26 La estructura administrativa u organigrama de la Cámara de Diputados de la Nación puede consultarse en esta página https://www.diputados.gov.ar/institucional/autoridades/index.html. En el caso del Senado de la Nación, cotejar https://www.senado.gob.ar/autoridades.

27 La actividad materialmente administrativa o la *Administración* ha sido definida como "la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran" *(*MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., T. I, p. 40*).* Ampliar sobre el punto en SORIA, Daniel F., "Control Judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", La Ley 1988-B, 580. Con el mismo criterio, García Pulles sostiene que: "Pero la admisión sobre la existencia de algunos actos políticos no impide advertir que, por regla general, la actividad intra-órganica e interórganica de los órganos legislativo y judicial se presenta como una organizadora de elementos para la acción posterior, que reúne los caracteres típicos de la función administrativa". (GARCIA PULLES, Fernando, "Actividad administrativa interna, interorgánica e interadministrativa", en *Acto y Reglamento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Rap, 2002, p. 338). Por su parte, Gordillo tiene dicho que: "Similarmente, los órganos legislativos no realizan función jurisdiccional sino sólo la suya propia –legislativa– y además la administrativa; toda la actividad del Congreso que no sea producción de leyes constituirá pues un procedimiento administrativo". (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. IX-7).

28 CANOSA, Armando N., ob. cit., pp. 9 y 15.

De este modo, el desarrollo de actividad administrativa requiere de la existencia previa de una estructura orgánica, la cual es factible de ser asemejada a un aparato administrativo o Administración Pública (aunque, por supuesto, de menor extensión). Para algunos autores, este último concepto abarca no solo a la Administración estatal (órganos del Poder Ejecutivo) sino también a los órganos integrantes de los otros Poderes del Estado (Legislativo y Judicial), en cuanto realicen esa actividad sustancial de ejecución práctica y gestión inmediata de cometidos estatales[29]. Es así entonces que para su gestión administrativa diaria asociada a la función legislativa, el órgano se estructura en forma jerárquica –símil al órgano ejecutivo–, a través de distintas dependencias (u órganos internos), con funciones administrativas asignadas.

En ese sentido, se ha sostenido que al "margen de la tarea parlamentaria que le toca desempeñar, el presidente del órgano legislativo dirige un complejo orgánico especial", al que le incumbe una tarea singular y diferente de aquel (cuerpo legislativo)"[30].

Ahora bien, el ejercicio específico de la actividad administrativa por parte del órgano legislativo necesariamente se instrumenta a través de un procedimiento administrativo –que le sirve de cauce formal–, y se traduce en la emisión de distintos hechos, actos de carácter interorgánico y, en menor medida, en actos administrativos, los cuales –en su mayoría– producen efectos en sus empleados en el marco de la relación de empleo legislativo[31] y, en algunos casos, en los administrados[32]. El carácter administrativo de tales actos ha sido reconocido casi

29 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 2009, pp. 153/4. Este criterio (amplio desde el punto de vista orgánico) de Administración Pública es similar al propiciado por Marienhoff.

30 Soria, Daniel, ob. cit., y Soler, Analía, "El acto administrativo y la función materialmente administrativa (Los actos administrativos del Congreso, del Poder Judicial y de los órganos extrapoderes)", en Tawil, Guido S. (dir.), *Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, 2014, p. 168.

31 Canosa, Armando N., ob. cit., pág. 8 y ss.

32 Canosa, siguiendo en esto a Bianchi, sostiene que la actividad administrativa –complementaria– de los órganos superiores de los Poderes Legislativo y Judicial se desarrolla hacia adentro, a diferencia de la órbita del Poder Ejecutivo que es hacia afuera (Canosa, Armando N., ob. cit. 15, y Bianchi, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", *El Derecho*, T.129-276). Si bien coincido con ambos autores en el sentido que la actividad del órgano legislativo se traduce mayoritariamente "hacia adentro" (por ejemplo, una sanción a un empleado legislativo), también –aunque en menor medida– los órganos superiores de ese poder dictan algunos actos de alcance particular y general que surten efectos "hacia afuera" (como ser, por ejemplo, la adjudicación de contrataciones, el otorgamiento de becas o subsidios, la reglamentación sobre el ingreso de terceros a sus dependencias).

en forma unánime por la doctrina nacional (Marienhoff[33], Cassagne[34], Fiorini[35], Gordillo[36] y Comadira[37], entre otros), con la excepción de Diez[38].

En esa misma línea, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) como los tribunales del fuero Contencioso Administrativo Federal se han pronunciado en favor del carácter administrativo de los actos dictados por órganos y organismos del Poder Legislativo Nacional en ejercicio de actividad materialmente administrativa[39].

Asimismo, en varios ordenamientos procesales administrativos provinciales se reconoce la existencia de actos administrativos emanados de autoridades legislativas (y judiciales) y su revisión judicial[40]. Con relación a la Ciudad de

33 Marienhoff ha sostenido que: "Los actos administrativos que concreten la respectiva actividad del Congreso o del Poder Judicial hállanse sometidos, en general, a los mismos principios jurídicos que regulan esa especie de actos cuando provienen del Ejecutivo. Por eso, por ejemplo, los 'reglamentos' internos que emiten los Poderes Legislativo y Judicial (Constitución Nacional, arts. 58 y 99), son, asimismo, 'administrativos'. Como consecuencia de lo expuesto, el concepto de 'acto administrativo' no sólo comprende los actos de esa índole emitidos por el Ejecutivo, sino también los de igual naturaleza emitidos por los órganos Legislativo y Judicial. Es la consecuencia lógica de la concepción 'objetiva', 'material' o 'sustancial' de Administración Pública". (MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., T. II, p. 219).

34 CASSAGNE, Juan Carlos, "Acto y Reglamento en la Ley nacional de Procedimientos Administrativos", en Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, *RAP*, 2002, p.18.

35 FIORINI, Bartolomé A, ob. cit., pp. 417/8.

36 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 1998, T. 1., p. IX-5.

37 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 40.

38 DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, T. II, p. 207.

39 Ver CSJN "Persoglia (Fallos: 311:260, del 10/03/1988), "Aranzazu" (Fallos: 317:683, del 23/06/1994), "Barneda" (Fallos: 321:2373, del 27/08/1998), y "Konh Loncarica" (Fallos: 322:2075, del 07/09/1999). Por su parte, en el fuero Contencioso Administrativo Federal se sostuvo que: "Frente a ello, la jurisprudencia ha dicho: Si bien es cierto que el Congreso nacional está excluido en forma implícita del ámbito de aplicación de la ley 19549 y su decreto reglamentario, no es desdeñable el argumento, según el cual resulta inevitable cubrir el vacío derivado de la falta de normas procedimentales en ese ámbito, mediante la aplicación analógica de aquéllas dictadas para el poder administrativo por excelencia, esto es, el Ejecutivo". *(*CNCAF, Sala III, "Llanos Carlos Roberto c. Estado Nacional –Congreso de la Nación– s/ordinario", del 02/11/1982 (La Ley, 1983-D, 643, 36.460-S). Ver también CNCAF, Sala IV, "González", del 02/06/92 y Sala IV "Persoglia" del 11/08/1994, entre otros. Ampliar jurisprudencia sobre la materia en BUTELER, Alfonso, "La actividad administrativa del Poder Legislativo y del Poder Judicial en la Jurisprudencia de la Corte", *La Ley*, 2008-A, 1029, y RENELLA, María Paula, "Procedimientos Administrativos en el ámbito Parlamentario" (Capitulo XVIII) en *Procedimiento Administrativo* La Ley, T. IV, p. 1080.

40 Códigos de Mendoza, Ley 3918 (1973), art. 43; Formosa, Ley 584 (1978), art. 53; Neuquén, Ley 1305 (1981), art. 47; Catamarca, Ley 2403 (1971), art. 1º; Chaco, Ley 848 (1967),

Buenos Aires, ya hemos hecho mención el art. 1º del Decreto 1510/97 (Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires), que prescribe que esa normativa se aplica a los órganos legislativo y judicial de la ciudad en ejercicio de función administrativa.

Finalmente, señalar que, a partir de la modificación dispuesta por la Ley de Bases, la actividad materialmente administrativa desplegada por los distintos órganos del Poder Legislativo Nacional en el ejercicio de sus cometidos deberá canalizarse de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento administrativo general (LNPA), sea en forma directa o supletoria (o quizás analógica), como veremos seguidamente.

4. La aplicación de las disposiciones de la LNPA a la actividad materialmente administrativa del Poder Legislativo Nacional luego de la sanción de la Ley de Bases

La Ley 19.549 de 1972 no incluyó en su ámbito de aplicación a las actividades materialmente administrativas ejecutadas por órganos del Poder Legislativo Nacional (art. 1º), ni tampoco lo hicieron sus normas modificatorias y/o reglamentarias posteriores.

Fue así que la adopción del señalado criterio subjetivo u orgánico en el texto del art. 1º de la LNPA condujo a afirmar que existía una exclusión implícita en torno a la aplicación de sus disposiciones en el ámbito de los Poderes Legislativo (y Judicial) cuando sus órganos realizaban actos característicos de gestión administrativa[41].

Ante esa situación, los tribunales del fuero contencioso administrativo federal recurrieron a la aplicación analógica de la LNPA en oportunidad de resolver los casos que –sobre el asunto– fueron sometidos a su consideración[42].

Asimismo, la Procuración del Tesoro de la Nación expresó que los principios fundamentales del procedimiento administrativo resultan aplicables no solo en la esfera del Poder Ejecutivo sino también a la actividad administrativa que desarrollan los Poderes Legislativo y Judicial, y que frente a la ausencia de

---

art. 1º, Córdoba, Ley 7182 (1984), arts. 1º y 14, inc. *a*, 2, Corrientes, Ley 4106 (1986), art. 60, inc. 2º en conc. arts. 1º, 35; Buenos Aires, Ley 12.008 (1997), art 1º; Entre Ríos, Ley 7061 (1983), art. 53; La Pampa, Ley 952 (1979), art. 34; Misiones, Ley 95 (2009), art. 64; Neuquén, Ley 1305 (1981), art. 47; Santa Cruz, Ley 2600 (2001), art. 59; y Tierra del Fuego, Ley 133 (1994), art. 34.

41 CNCAF, Sala III, in re "Carmas S.R.L", del 22/02/2000 (referido al Poder Judicial).

42 CNCAF, Sala III, in re "Llanos, Carlos A. c/Gobierno Nacional- Congreso de la Nación", del 2/11/1982, y Sala IV, in re "González, Claudio Luis v. Estado nacional - Honorable Senado de la Nación s/juicio de conocimiento", del 02/06/1992, y jurisprudencia mencionada en la nota 38.

normas que regulen el procedimiento administrativo de éstos, cabe recurrir a la aplicación analógica de las existentes en el ámbito del Poder Ejecutivo[43].

En este aspecto, con la reforma del art. 1º de la LNPA, se ha pasado de un criterio interpretativo basado en la analogía a uno sustentado en la aplicación de manera directa de sus 4 títulos en los supuestos del sub-inc. (*ii*) del inc. (*a*).

Subsiguientemente, entonces, deviene necesario efectuar una serie de consideraciones sobre los alcances que entiendo conlleva la aplicación de las disposiciones de la LNPA en el ámbito de actuación administrativo del Poder Legislativo a partir de un análisis –en principio– literal del art. 1º. A tal fin, tengo en cuenta que el Decreto 695/24 –reglamentario de la Ley de Bases– si bien modificó varias normas del RPA, aprobado por el Decreto 1759/72, no reglamentó el art. 1º de la Ley 19.549, según su actual redacción.

a) En primer término, el citado art. 1º prevé que las disposiciones de la LNPA –sus 4 títulos y 34 artículos– se aplican en forma *directa* a los órganos del Poder Legislativo Nacional cuando estos ejercen actividad materialmente administrativa[44].

De ello se desprende que actualmente no resulta necesario recurrir a la técnica de la analogía[45] ni tampoco –en principio–[46] a la interpretación supletoria a

43 PTN, Dictámenes 179:154.

44 Con carácter previo a la reforma instrumentada por la Ley de Bases, Jeanneret de Perez Cortés se había pronunciado en favor de la aplicación directa del Título IV de la LNPA para demandar al Estado Nacional por la función administrativa de competencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial", por considerar que al desarrollar función administrativa les resultan aplicables a ambos poderes los principios y normas de derecho administrativo que rigen esa específica función (JEANNERET DE PEREZ CORTÉS, María, "El control judicial de la función administrativa de los poderes legislativos y judicial", *ED*, Supl. de Derecho Administrativo, 31/07/2002, p. 21).

45 Para la doctrina, la analogía consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera (DIEZ, Manuel María, ob. cit, 1.1, p. 536, citado por CASSAGNE, Juan Carlos, en *Derecho Administrativo*, T. 1, p. 176). En tal sentido, se considera a la analogía como una técnica de interpretación del derecho (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. 1, ob. cit., p. 176). Comadira distingue entre la técnica de la analogía y la subsidiaridad, en donde "la primera supone carencia histórica de normas, y la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no sólo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado; la segunda, por el contrario, no supone ausencia de normas, sino, simplemente, aplicación directa que un sistema a otro, excluyendo, por ende, elaboración o adaptación alguna" (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y comentada*, La Ley, 2002, T. I, p. 17). En un sentido similar, HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, 5ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 62. Con un criterio distinto sobre los alcances de ambos términos, ver la opinión de Pozo Gowland en nota 83.

46 Digo en principio por el hecho que la actividad materialmente administrativa en el ámbito del Poder Legislativo se despliega o canaliza, mayoritariamente, a través de procedimientos

fin de sustentar la aplicación de la Ley 19.549 en el ámbito del órgano legislativo[47]. Por el contrario, los órganos que integran la estructura administrativa del Poder Legislativo Nacional se encuentran obligados a aplicar de manera directa –sin margen de apreciación o interpretación– las disposiciones de la Ley 19.549 en el ejercicio diario de la actividad materialmente administrativa que despliegan.

En tal orden de cosas, los órganos legislativos en ejercicio de actividad administrativa deberán respetar los principios fundamentales y los requisitos del procedimiento administrativo actualmente consagrados en el art. 1º *bis* de la LNPA, sin posibilidad de integración o adaptación alguna de los mismos. Entre tales principios, merece destacarse la recepción de la *tutela administrativa efectiva* (en reemplazo de la denominación *debido proceso adjetivo*) como expresión concreta en el ámbito del procedimiento administrativo del principio constitucional y convencional de la tutela administrativa y judicial efectiva. La relevancia que su recepción expresa reviste ha sido recientemente resaltada por la doctrina en atención a la incidencia que ha tenido dicho principio en las reformas efectuadas a la regulación del acto administrativo, al trámite del procedimiento común y al acceso a la justicia[48], sin perjuicio que su contenido sea similar al de la garantía del "debido proceso adjetivo" previsto en el texto original de la LNPA[49].

En relación a los requisitos del procedimiento administrativo, si bien en el texto de la LNPA se mantuvieron los previamente estipulados, corresponde señalar que se han efectuado una serie de modificaciones a través del citado art. 1ºbis que ameritan ser tenidas en cuenta por el órgano legislativo. Así las cosas, se incluyó una disposición específica sobre el plazo mínimo para interponer recursos administrativos que agotan la vía (art. 23, inc. *d*), se estableció que se entiende configurado un abandono voluntario del derecho por excederse razonables pautas temporales cuando la denuncia de ilegitimidad se haya presentado más allá de los ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto (art. 1º, inc.

---

específicos o, si se quiere, propios de este poder del Estado. Ver sobre este asunto las consideraciones efectuadas en el ap. (*v*) del Título IV de este artículo.

47 Lo expuesto sin perjuicio de señalar que al tratarse de la delimitación de los términos y alcances de la aplicación de una norma de derecho público (LNPA) a una esfera también regulada por el derecho público (actividad materialmente administrativa del órgano legislativo) la *adaptación* de las normas al caso no requeriría, en principio, de un ajuste sustancial, a diferencia del supuesto de aplicación de normas provenientes del derecho privado en donde ese proceso debería efectuarse "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina" (CSJN, Fallos: 190-151).

48 Cassagne-Perrino, ob. cit., p. 1.

49 Dentro del contenido de la tutela administrativa efectiva, cabe mencionar que se incorporó el derecho a un plazo razonable, que exige que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación (ver art. 1ºbis, inc. (*a*), sub-inc. (*iv*) de la LNPA).

h), y se dispuso que la interposición de reclamos administrativos (no solo de los recursos) o de recursos o acciones judiciales interrumpirá el curso de todos los plazos (tanto los legales como reglamentarios, 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 (no se requiere actualmente que haya sido producto de un error excusable).

Por su parte, las normas que regulan la competencia del órgano en ejercicio de actividad administrativa también resultan trasladables y por ende aplicables a los órganos del Poder Legislativo (art. 3º). En cambio, los arts. 4º y 5º de la LNPA que regulan las cuestiones de competencia que se susciten entre órganos y organismos –de plantearse en sede del Poder Legislativo– requerirán de una adecuación de sus términos de acuerdo con la organización o estructura jerárquica de ese poder del Estado y las competencias asignadas a cada órgano u organismo, según el caso. La disposición sobre recusación y excusión de funcionarios y empleados públicos (art. 6º) también resulta pasible de ser empleada en el caso de ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de personal del Congreso de la Nación[50].

El régimen completo del acto administrativo será también de aplicación en forma directa a los actos que emita el órgano legislativo competente en la medida en que los mismos encuadren o puedan subsumirse dentro de su definición. En tal orden, los actos deberán contener para su existencia y validez –sin margen para interpretación alguna– los requisitos o elementos esenciales prescriptos en el art. 7º, y deberán adecuarse en cuanto a su forma a lo estipulado en el art. 8º[51], y en tal caso, tendrán las presunciones legales de ley (art. 12) y los efectos prescriptos en el art. 13. La regulación de su eficacia, según su alcance sea particular o general, estará dada por la satisfacción de lo dispuesto en el art. 11, y les resultará directamente aplicable el régimen de nulidades instituido en los arts. 14 a 22. En el caso de no contar con un procedimiento impugnatorio especial en sede administrativa y/o judicial (por ejemplo, recurso judicial directo contra las sanciones de cesantía y exoneración), se regirán por el régimen general regulado en los arts. 23 a 32.

50 La DP-1047/98, reglamentaria de la Ley 24.600, establece pautas para la recusación y excusación del sumariante o el secretario en el marco de un sumario o de una información sumaria. Al ser una norma enmarcada en un procedimiento administrativo *sancionatorio* regido por una ley especial, la aplicación de la LNPA es supletoria (ver art. 1º, inc. *b*), sub-inc. (*ii*) de la LNPA).

51 La utilización de medios electrónicos o digitales para la emisión de actos administrativos se encuentra sujeta a la reglamentación pertinente conforme lo dispuesto en el actual art. 8º, último párrafo, de la LNPA. La reglamentación de dicha norma en el ámbito interno del Poder Legislativo debería emanar de los órganos competentes de esa jurisdicción, habida cuenta la necesidad de contemplar las particularidades, tiempos y medios con los que actualmente cuenta el órgano legislativo, aunque ello no empecé a que en su momento, de resultar técnicamente factible, dicho poder del Estado pudiese adherirse o hacer suya la reglamentación que el Poder Ejecutivo dicte al respecto.

b) En segundo lugar, se prevé en la norma en comentario que la aplicación directa de la LNPA en el ámbito específico del Poder Legislativo será procedente en aquellos casos en que sus órganos ejerzan actividad materialmente administrativa.

El interrogante puntual que aquí se suscita se vincula con el tipo o clase de actividad que el órgano legislativo ejercita cuando dicta un reglamento o acto de alcance general regulado por la Ley 19.549 ¿Es una actividad de carácter administrativa o legislativa? Si la respuesta fuese legislativa o normativa, parecería, al menos en principio, que las disposiciones de la Ley 19.549 no resultarían directamente aplicables a esa actuación.

De modo tal que la redacción del artículo en cuestión nos lleva a tener que precisar que se entiende por actividad materialmente administrativa desde un criterio objetivo. En respuesta, siguiendo a Cassagne, diré que es aquella "...actividad qué en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público"[52].

En doctrina, la mayoría de los autores consideran que los reglamentos (autónomos) emanados del Poder Ejecutivo Nacional traducen el ejercicio de una actividad materialmente administrativa[53], y no así legislativa o normativa[54] . En ese escenario, la aplicación directa de la LNPA se impondría como respuesta a

52 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., T. 1, p. 82.

53 Marienhoff ha sostenido que: "Si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia, dado su contenido son sustancialmente 'legislativos', aunque formalmente sean administrativos, los reglamentos autónomos –independientes o constitucionales– y los de ejecución, tanto por su contenido como por su forma son, en cambio, sustancial y formalmente 'administrativos'. El Poder Ejecutivo, al emitir reglamentos 'autónomos' y de 'ejecución' ejercita facultades constitucionales propias" (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., T.II, p. 223). "Pero la actividad administrativa no sólo puede consistir en actos individuales o particulares, sino también en actos de contenido general, verbigracia, los 'reglamentos' que, a pesar de su contenido abstracto, han de tenerse como actos administrativos (reglamentos de ejecución y autónomos). El reglamento es un acto administrativo general. Es un acto administrativo en sentido formal. No puede existir duda al respecto: en el plano formal el reglamento no es ley" (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T I, p. 58). Ver también Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 2015, T. 1, p. 540, y Barra, Rodolfo, ob. cit., T. 1, p. 621.

54 Por su parte, Gordillo se ha manifestado en el sentido de: "El que se designe como 'acto administrativo' sólo a una porción limitada de los actos jurídicos realizados en ejercicio de la función administrativa, no significa que los demás actos (contratos y reglamentos) dejen de pertenecer a dicha función; no es que no sean 'administrativos' en su sustancia, ni que dejen de tener el régimen general que corresponde a la función administrativa por oposición a las funciones legislativa y jurisdiccional; se hace la distinción tan sólo tratando de establecer, dentro del régimen jurídico de la función administrativa, algunas diferencias específicas que no varían el régimen general sino que lo particularizan en distintos sentidos y hacer luego una elección semántica que permita la comprensión recíproca". (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, p. IV-31).

partir de la extensión de ese criterio para el caso de los reglamentos emanados del órgano legislativo.

A los fines indicados, partimos de la base que el Poder Legislativo también emite -aunque en menor medida que el órgano administrativo en virtud de las competencias constitucionalmente asignadas-, reglamentos[55], es decir, actos de alcance general, conforme ha sido reconocida por la doctrina[56].

Sin embargo, entiendo que el ejercicio de esa potestad reglamentaria se manifiesta, en verdad, través del dictado de normas jurídicas que tienen como característica propia su alcance general y su obligatoriedad[57], constitutiva de una situación impersonal y objetiva para los administrados a quienes las normas van destinadas[58], ello en mayor medida que en el desarrollo de una actividad permanente, concreta, práctica e inmediata.

Así las cosas, los reglamentos en su condición de actos de alcance o contenido general, desde el punto de vista eminentemente material, traducirían más

---

Cassagne considera que: "En nuestro concepto, la actividad reglamentaria es una actividad materialmente legislativa o normativa, ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa" (CASSAGNE, Juan Carlos, 7ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, ob. cit., p. 137,). Agrega al respecto que: "Los reglamentos se encuentran sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos, siendo sus principales características [...] Dentro de este contexto puede postularse la idea de que la potestad reglamentaria finca en la Administración en ejercicio de poderes propios en la medida en que no avance sobre la reserva de la ley. Se trata, por ende, del fruto del ejercicio de una función materialmente normativa o legislativa por medio de la cual se crean reglas jurídicas generales e impersonales aplicables a un sector abstracto de ciudadanos, constituyéndose, a través de ella, el ordenamiento jurídico" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 137). Barra si bien considera que el dictado de reglamentos implica el ejercicio de una actividad materialmente legislativa, desde el punto de vista sustancial la ubica dentro de la función administrativa, según el alcance por él atribuido a dicho término. En el caso de desarrollo de dicha actividad normativa por parte del Poder Legislativo en ejercicio de la función legislativa, considera que en primer término debe aplicarse el derecho correspondiente a esa función (BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, 2002, T. 1, pp. 627/8).

55 Por ejemplo, el régimen de contrataciones de bienes, obras y servicios.

56 "En doctrina se sostuvo que: "En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la Administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 142). Por su parte, Barra afirma que: "En realidad, los reglamentos autónomos no son exclusivos de las Administraciones Públicas. Pueden, y deben, ser dictados por las restantes ramas del Gobierno, el Poder Judicial y el Poder Legislativo, incluso en cabeza de cada Cámara, por separado, y los otros órganos constitucionales auxiliares" (BARRA, Rodolfo, ob. cit., p. 621).

57 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit. T. 1, p. 208 y ss.

58 CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, ob. cit., T. I, p. 84.

exactamente el ejercicio de una actividad legislativa o normativa –que no debe confundirse con la función legislativa–, pero que al no contar con una regulación específica propia en esa jurisdicción para este tipo de actos, necesariamente debería recurrirse –por vía de analogía– a la regulación específica prevista en la LNPA y, en su caso, en el RPA[59].

Sin perjuicio del criterio antes brindado, una interpretación armónica del contenido integral del art. 1º de la LNPA me lleva en definitiva a sostener que la intención legislativa ha sido que toda aquella actividad realizada por el Poder Legislativo que no concierna específicamente al ejercicio de la función legislativa (derecho parlamentario) ni tampoco jurisdiccional, se encuentre sujeta a la regulación general que para los actos de alcance particular o general –según corresponda– contempla la Ley 19.549. En ese orden, a priori, no se advierten razones valederas y conducentes para excluir de la aplicación directa de las normas pertinentes de la LNPA a los actos de contenido general que dicte el órgano legislativo (o el judicial) y que, en virtud de ello, se deba recurrir a una aplicación analógica de esas disposiciones.

En tal sentido, podría propiciarse que el legislador ha tomado partido –implícitamente– a favor de la postura que considera que el ejercicio de la potestad reglamentaria se enmarca dentro la actividad materialmente administrativa.

c) Por otro lado, el art. 1º prescribe que la LNPA se aplica directamente a los órganos del Poder Legislativo (y Judicial) cuando ejercen actividad materialmente administrativa. De este modo, los órganos que integran la estructura u organigrama de ambas Cámaras del Congreso Nacional deben aplicar obligatoriamente la Ley 19.549.

Ahora bien, sabido es que los *órganos* no son sujetos de derecho y, por lo tanto, carecen de personería jurídica propia. Sobre la cuestión, se ha sostenido que: "El concepto de órgano traduce siempre la configuración de un centro de competencias o, si se prefiere, de imputación normativa carente de personalidad jurídica, cuyos titulares son personas físicas individuales u organizaciones colectivas o colegiadas (órganos individuos) que encarnan la institución que integran (órganos institucionales). El órgano, dentro de la persona moral o jurídica, traduce algo así como la fusión de dos aptitudes; la propia de la persona física que encarna el órgano y la competencia objetiva que le atribuye la norma constitucional, legal o reglamentaria"[60].

En base a lo hasta aquí señalado, se debería concluir que las disposiciones de la LNPA no resultan aplicables en forma directa a los entes u organismos que integran la estructura descentralizada del Poder Legislativo Nacional, entendiéndose

59 arts. 11 (publicidad), 18 (revocación), 24 (impugnación), y 25 (plazos de acción judicial) de la LNPA; y arts. 73 (recursos), 75 (órgano competente para resolver recurso administrativo),83 (derogación) y 103 (efectos) del RPA.

60 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 27.

por tales a las personas jurídicas públicas –entidades autárquicas–que conforme con sus normas de creación tienen asignadas competencias y funciones específicas para el logro de sus cometidos[61]. De acuerdo con la literalidad de la norma, para aplicar las disposiciones de la LNPA a los organismos u entes que desarrollen actividad administrativa, tendría, en todo caso, que recurrirse a la técnica de la analogía.

Sin embargo, también como en el caso anterior, una interpretación integral y armónica de los restantes incisos y sub-incisos que forman parte del art. 1º de la LNPA[62] y la consagración de la concepción de material u objetiva como criterio rector delimitante de los alcances de la función o actividad administrativa de los poderes del Estado y de las personas jurídicas en ejercicio de potestades públicas, me conduce a propiciar que la voluntad legislativa ha sido la de incluir tanto a los órganos como a los entes que están bajo la órbita del Poder Legislativo dentro de su ámbito de aplicación directa en la medida en que efectivamente desarrollen actividad materialmente administrativa. La falta de mención a estos últimos en el sub-inc. (*ii*) ap. (*a*) podría responder, en todo caso, a un error u omisión involuntaria, que de cualquier modo no obsta a la interpretación aquí realizada.

d) Finalmente, con relación al inc. (*a*) del art. 1º, corresponde analizar si a partir de la modificación de la Ley de Bases, los órganos (y organismos) del Poder Legislativo Nacional también se encuentran obligados a aplicar en forma directa el Reglamento de Procedimientos Administrativos –aprobado por Decreto 1759/72 (t.o. 2017, con las modificaciones introducidas por el Decreto 695/24)– cuando ejercen actividad materialmente administrativa[63]. En vinculación con ello, es necesario preguntarse si el Poder Ejecutivo Nacional tiene

61 art. 146, inc. *a*) del CCyCN. Entre los entes u organismos que se encuentra en la órbita del Poder Legislativo Nacional se pueden mencionar los siguientes: la Imprenta del Congreso (creada por Ley 11.601 de 1932), la Dirección de Ayuda Social para el Personal Legislativo (DAS) (creada por Ley 13.265 de 1948), la Biblioteca del Congreso de la Nación (BCN) (creada por Ley 212 de 1859, Ley 11.662 de 1932 y Ley 14.975 de 1959), y la Oficina de Presupuesto del Congreso (creada por Ley 27.343 de 2016). Por su parte como "sujetos auxiliares" de la función legislativa se encuentran la Auditoría General de la Nación, organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional (art. 85 CN) y el Defensor del Pueblo, órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, también con autonomía funcional (art. 86 CN).

62 Sobre el particular, agrego que el sub-inc. (*ii*) del inc. *b*) del art. 1º de la LNPA se sostiene que los Títulos I, II y III de dicha ley resultarán aplicables en forma supletoria, a los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incs. (*i*) y (*ii*) del inc. *a*) precedente, pero en ninguno de esos 2 sub-incisos se ha alusión a entes, sino únicamente a órganos.

63 En un artículo de reciente publicación Fonrouge Echague sostuvo que tanto la LNPA como su RPA son de aplicación directa a los actos del Poder Judicial, del Poder Legislativo o del Ministerio Público Fiscal de la Nación, expedidos en el ejercicio de una actividad materialmente administrativa (FONROUGE ECHAGUE, Julio C., "El ámbito de aplicación de la ley 19.549 y su decreto reglamentario", en *Suplemento de Derecho Administrativo* Nº 2, Thomson Reuters La Ley, 2024, p. 96).

competencia para reglamentar los alcances de la aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos en el ámbito de otro poder del Estado que no sea la Administración Pública y, en todo caso, si el Poder Legislativo Nacional tiene competencia para reglamentar la LNPA a ser aplicada en su jurisdicción[64].

Como aclaración previa, refiero que el capítulo III del Título II (relativo al procedimiento administrativo) de la Ley de Bases no hace ninguna mención al RPA ni, como ya sostuve, el art. 24 de esa norma –por el cual se modificó la redacción del art. 1º de la LNPA– fue reglamentado por el Decreto 695/24.

Ahora bien, para intentar dar una respuesta a la cuestión aquí planteada, es menester tener presente que la LNPA y el RPA conforman el llamado procedimiento general u ordinario de la Administración Pública[65], que constituye el cauce formal de la función o actividad materialmente administrativa. Dicho *corpus* está integrado no solo por normas de naturaleza estrictamente procesal o adjetivas, tanto administrativas como contencioso administrativas, sino también cuestiones de eminentemente naturaleza sustantiva o de fondo. A estas últimas, Fiorini las denomina de "fondo" o "comunes", e incluye dentro las mismas, por su significación como normas sustanciales en las que debe apoyarse el ejercicio de toda la función administrativa, al régimen jurídico del acto administrativo, a las prescripciones consagratorias de los principios básicos o fundamentales del procedimiento y a las reguladoras de la impugnación judicial de los actos administrativos. Según su parecer, las tres nombradas conforman el contenido normativo común, general u ordinario del procedimiento de la Administración,

64 Por ejemplo, a través de una Resolución Conjunta (RC) emanada de los presidentes de ambas Cámaras.

65 Ver Hutchinson, Tomás, ob. cit., p. 47. A su vez, sobre el asunto, Uslenghi sostuvo que: "... en algún modo, la ley (19.549) sigue las teorías del doctor Marienhoff. Por ello es que los principios fundamentales que rigen ese tipo de procedimiento se encuentran en la ley y, en cambio, el corpus del procedimiento se ha establecido a través de la reglamentación del Poder Ejecutivo. Es esa distribución de competencias, se advierte, subyacente, a mi modo de ver, la tesis de la zona de reserva de la Administración. Este camino no es el que en general han seguido los derechos administrativos locales o provinciales, ya que normalmente incorporan dentro de la ley, de la norma sancionada por la legislatura provincial, tanto las normas básicas procedimentales como los recursos para impugnar actos o reglamentos. Creo que en la base de esta otra opción está la concepción de que estos instrumentos son garantías y derechos de los particulares oponibles a la Administración y, por lo tanto, su determinación es un resorte del legislador más que del administrador. En consecuencia, frente a este panorama, podemos afirmar que en el reglamento de procedimientos administrativos está volcado un procedimiento administrativo común". (Uslenghi, Alejandro, "El procedimiento en materia de migraciones: ¿Un procedimiento especial?, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, RAP, 2006, pp. 618/9). En esa inteligencia, cabe adicionar que en los considerandos del Decreto 722/96 se reconoce expresamente que la Ley 19.549 ha fijado un procedimiento administrativo común o general para la Administración Pública Nacional.

mientras que las relativas al *trámite* administrativo y al sistema recursivo[66], contempladas sustancialmente en el RPA, configuran las disposiciones estrictamente procesales[67], junto con las restantes normas incluidas en ese reglamento[68].

No obstante lo señalado, corresponde mencionar que no existe ninguna disposición en la LNPA (ni en otra norma de rango similar) que disponga expresamente que el RPA resulta de aplicación directa por parte de los órganos del Poder Legislativo cuando ejercen actividad materialmente administrativa. De modo entonces que, sin desconocer que el RPA integra el contenido del procedimiento ordinario o común y que por tanto, en virtud del principio de generalidad del procedimiento[69], debería tenderse a su empleo cuando se ejercita actividad materialmente administrativa, lo cierto es que el órgano legislativo no se encuentra compelido legalmente a tener que aplicarlo en su ámbito interno.

Por su parte, si bien en relación a la naturaleza jurídica del RPA existen opiniones doctrinarias divergentes[70], particularmente me considero más cercano a aquellos que postulan el carácter de autónomo de ese reglamento, en razón de su contenido (propio de la denominada "zona de reserva de la administración"), toda vez que a través del mismo se regulan las distintas etapas internas que conducen a la adopción de decisiones por parte de los órganos y entes de la Administración

66 Sin embargo, no puede dejar de destacarse que en la LNPA se incluyen disposiciones sobre el trámite administrativo y el sistema recursivo (por ejemplo, art. 1º, inc. *h*) o art. 23, inc. *d*).

67 FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 415.

68 HUTCHINSON, ob. cit., p. 51.

69 Con relación a los principios que gobiernan el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo consultar HALPERIN, David A. y BOGUT SALCEDO, José Esteban, "Procedimiento Administrativo: Ámbito de Aplicación" en *Derecho Administrativo,* T. I, *Procedimientos Administrativos*, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 6/7.

70 En el art. 1º del Decreto 1759/72 se estableció que el RPA "... constituye la reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos". Luego de ello, en el Decreto 1883/91 que reformó el reglamento, se hizo referencia al art. 86. inc.1º de la CN (actualmente, 99, inc. 1º), y finalmente, en el Decreto 894/17 –que aprobó el texto ordenando del reglamento– se invocaron los incs. 1º y 2º del art. 99 de la CN. En cuanto a su naturaleza, Cassagne considera que el Decreto 1759/1972 –Reglamento de Procedimientos Administrativos–, es un reglamento autónomo, en la medida en que refiere a materias que pertenecen a la competencia del Poder Ejecutivo, constituye un reglamento autónomo, no ejecutivo (CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., T. 1, p. 146). En ese mismo sentido, ver BARRA, Rodolfo, ob. cit., p. 631. Por su parte, Canosa sostuvo que: "El art. 3º del Decreto 1883/1991 establece que la norma que por él se modifica se denominará 'Reglamento de Procedimientos Administrativos', estableciendo una clara diferenciación con la propia LPA. Además debe tenerse en cuenta que se modificaron ciertos artículos del RPA al solo efecto de no mencionar a éste como reglamentario de la ley 19.549; v.gr., si observamos el art. 23 en su antigua redacción, se refería únicamente a la 'ley', pero a partir de la reforma se menciona expresamente a la 'Ley de Procedimientos Administrativos', ello a los fines de diferenciar bien lo que representa un reglamento autónomo y un decreto reglamentario" (CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recurso y Reclamos*, T. 1, nota 286, p. 63 y ss.).

Pública en ejercicio de actividad administrativa, ello sin perjuicio que de su texto parecería inferirse, más bien, el carácter de ejecutivo del mismo o, en todo caso, una naturaleza dual.

De más está decir que, a tenor de la función –principal– atribuida por la Constitución Nacional, cada poder del Estado posee una suerte de *zona o ámbito de reserva* administrativa, que comprende aquellas cuestiones o materias propias de organización y funcionamiento del órgano institucional de que se trate, y en las cuales los otros poderes no pueden (ni deben) entrometerse. En ese marco, cada poder cuenta con la potestad reglamentaria –autónoma– para dictar normas de alcance general (reglamentos internos[71]) relativas a su organización interna y funcionamiento, sus procedimientos administrativos, y sobre la regulación de relaciones interorgánicas e, inclusive, interadministrativas[72].

En base a ello, para el cumplimiento de los fines inherentes a la función legislativa, los órganos superiores del Poder Legislativo se encuentran facultados para establecer en su esfera interna el procedimiento administrativo específico aplicable (que incluso podría diferir de los términos del RPA[73], en cuyo caso

71 Doctrinariamente se ha sostenido que: "...la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que solo tienen eficacia interna en la Administración o que están dirigidas a los agentes públicos –instrucciones de servicio, circulares– no producen efectos jurídicos respecto de los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior" (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 137/8). Asimismo, se ha sostenido que: "Los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general; esta es la terminología que utiliza la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues, en dicha ley, el reglamento es un acto de alcance general. Esa expresión, empleada en la ley, comprende, además, a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico" (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., T.1. p. 137).

72 El art. 66 de la Constitución Nacional atribuye a cada Cámara del Congreso de la Nación la facultad de dictar su propio reglamento interno. Por otra parte, la facultad reglamentaria del Poder Legislativo Nacional con relación a los empleados legislativos emana de los propios términos de la Ley 24.600 (art. 59, inc. 2º, en general, y en particular en los arts. 14 –en materia de la carrera administrativa–, 14 –licencias–, 36 y 40 –sanciones–, 51 –cantidad de empleados por bloque parlamentario–, entre otras). En materia de contratación de bienes, obras y servicios, la atribución reglamentaria encuentra sustento normativo en el art. 39 del Decreto 1023/01.

73 Al decir de Canosa: "... debemos considerar que los órganos competentes para el dictado de normas atinentes al procedimiento administrativo dentro de los poderes Legislativo y Judicial son los propios de su estructura conforme a las pautas arriba mencionadas. De todas formas, si estos órganos superiores del Estado no dictaren normas sobre esta temática, regirán las disposiciones del procedimiento administrativo común y general para toda la administración, porque en definitiva regulan los institutos propios de nuestra disciplina" (Canosa, Armando, ob. cit., p. 66). Gordillo ha manifestado que: "... se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y, medios materiales y personales de los respectivos organismos. Así, en la Justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, etc.); lo

debería motivarse la necesidad de su especificidad) al ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de sus órganos y organismos, o bien para adoptar –mediante la adhesión a sus términos y contenido, o, en su defecto, por interpretación analógica– las disposiciones del RPA –en forma total o parcial–, previo análisis de su compatibilidad y/o adecuación interna.

La circunstancia cierta que no se haya establecido en la Ley de Bases que la reglamentación de las normas sobre el procedimiento administrativo interno aplicables al ejercicio de actividad materialmente administrativa dentro del Poder Legislativo (y del Poder Judicial y Ministerio Público) se encuentra en cabeza de ese mismo poder del Estado –como sí se ha fijado en otras leyes, en sentido formal y material, aplicables en el ámbito del Congreso de la Nación–[74], no puede conducir a sostener que el legislador renunció a ejercer la facultad reglamentaria de la LNPA en su ámbito interno ni tampoco que, por ello, el RPA resulte directamente aplicable al ejercicio de actividad administrativa en el ámbito del Poder Legislativo Nacional, sin que exista –a tal fin– un acto de aceptación previa por parte de los órganos superiores de ese poder.

A su vez, como ya señalamos, a partir de la reforma dispuesta por la Ley de Bases, las disposiciones de la LNPA no pueden ser inaplicadas ni incumplidas por el órgano legislativo. Por ende, el procedimiento administrativo interno –normas de carácter adjetivo– que eventualmente pudiere aprobar el Poder Legislativo –sí así lo estimare– no podrá alterar ni modificar el contenido de la Ley 19549.

Sin perjuicio de lo hasta aquí referido, creo oportuno agregar que incluso en el caso en que consideremos que el RPA reviste la condición de Decreto reglamentario de la LNPA (art. 99, inc. 2 CN), su aplicación directa al ámbito de actuación administrativa de los otros poderes del Estado, también encuentra sus reparos.

En efecto, si bien la potestad reglamentaria de la ley es una competencia originaria propia y exclusiva[75] del Poder Ejecutivo Nacional por atribución directa de la Constitución Nacional, en la medida en que el reglamento ejecutivo se encuentra subordinado a la ley formal, aunque posee su misma jerarquía jurídica[76],

---

referente a las contrataciones efectuadas (compras de los diferentes elementos necesarios; contratos de obra pública para la construcción o refacción de sus edificios; contratos de edición de libros; concesiones de servicio de cafetería, etc.) y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio, contralor de la inversión, etc.), pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, p. IX-7).

74 art. 65 de la Ley 24.600 y art. 39 del Decreto 1023/01.

75 art. 99, inc. 2º de la CN. BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco, 2002, T. 1, p. 559.

76 BARRA, Rodolfo, ob. cit., pp. 564 y 568 y ss.

tiene como límite justamente no alterar el espíritu de la ley que reglamenta[77]. En tal orden de cosas, sólo pueden reglamentarse –por principio– aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo Nacional[78], en razón que el ejercicio de dicha competencia no puede afectar o inmiscuirse en competencias de otros órganos o jurisdicciones (provinciales, por ejemplo). De donde se desprende que aquellas cuestiones –entre ellas, las estrictamente procedimentales o adjetivas– que conciernan a la organización interna de los otros poderes del Estado no deberían ser objeto de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo Nacional, sino por los órganos competentes de esos mismos poderes.

Al respecto, en doctrina se ha sostenido que: "... los decretos del Poder Ejecutivo reglamentando el procedimiento administrativo no son aplicables sino al procedimiento de los órganos de él dependientes (en la administración nacional centralizada o descentralizada)"[79].

En conclusión, es el Poder Legislativo Nacional, a través de sus órganos superiores competentes, el que posee la competencia para establecer la reglamentación del procedimiento administrativo –adjetivo– en su ámbito interno, a cuyo fin podrá disponer la aplicación del RPA –en todo o en parte– o establecer un procedimiento propio, pero en ambos casos respetando las disposiciones previstas en la LNPA –tanto sustanciales como adjetivas–, de las cuales no puede apartarse.

e) En el sub-inc. (*ii*) del inc. *b*) del art. 1º de la LNPA se establece que los primeros tres (3) títulos de la LNPA (no el Título IV, relativo al régimen de impugnación judicial) se aplicarán de manera supletoria o subsidiaria a los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que desarrollen los órganos

77 Lapierre, José A., "Los Reglamentos Ejecutivos", Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Rap, 2002. 565/70).

78 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, ob. cit., T. 1., p. 143, y las citas de Marienhoff y Diez efectuadas en la nota 59. Por su parte, Barra afirma que: "Solo el Presidente se encuentra investido de la competencia para reglamentar leyes con alcance para toda la Administración Pública centralizada y descentralizada y, aún, en la medida en que no invada competencias reservadas, con alcance sobre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, aunque estos son supuestos francamente excepcionales y, en todo caso, de interpretación restrictiva" (Barra, Rodolfo, ob. cit., p. 563). En la nota 6 de la página 563, el mismo autor aduce que "si se trata de la reglamentación ejecutiva de la ley, es indiscutible que sólo puede emanar del Presidente, aunque sea aplicable sobre los otros dos "poderes" (Barra, Rodolfo, ob. cit., p. 563). En fecha reciente, la Corte Suprema de la Nación sostuvo que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo se encuentra sujeta a las siguientes limitaciones: *a*) no alterar el contenido de la ley, *b*) *la materia regulada debe ser competencia del Ejecutivo, con excepción de los aspectos donde su aplicación se le encomienda,* y *c*) su ejercicio debe respetar el "principio de razonabilidad" (CSJN, "EN - CONICET (expte. 7334/98) y otro c/ Andereggen, Ignacio Eugenio y otro s/ proceso de conocimiento", del 15/10/24, ver consid. 10).

79 Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. IX-8.

y entes de la Administración Pública nacional –centralizada y descentralizada–, de los Poderes Legislativo y Judicial[80], y del Ministerio Público de la Nación.

De este modo, la regla de aplicación supletoria de la Ley 19.549 fijada en el art. 2º de dicho marco normativo, y ratificada por el art. 2º del Decreto 722/96 (texto según Decreto 1155/97)[81] para los procedimientos administrativos especiales que mantuvieron su vigencia, se termina extendiendo por disposición legal a los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En ese orden, la Procuración del Tesoro de la Nación se expidió y dictaminó a favor de la supletoriedad en el caso de los procedimientos especiales aprobados por leyes posteriores al dictado de los Decretos 722/96 y 1155/97[82].

Por aplicación supletoria o subsidiaria de una norma jurídica se entiende la técnica de interpretación según la cual ante un vacío o laguna del derecho (inexistencia total o parcial de una disposición específica que regule la cuestión específica suscitada), el mismo ordenamiento indica la norma a la que se debe recurrir para suplir tal omisión, previa realización de las adecuaciones que sean necesarias y pertinentes en función de las circunstancias de cada caso[83].

80 Al respecto, es interesante mencionar que recientemente los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el dictado de la Acordada 34/2024, de fecha 04/11/24, se pronunciaron sobre los alcances de la modificación del art. 1 de la LNPA en el ámbito de actuación administrativa del Poder Judicial. A través de dicho reglamento, resolvieron: 1) Hacer saber que comparten el criterio de actualización y modernización de las normas que rigen los procedimientos administrativos dispuesto por la Ley de Bases, 2) Ratificar y mantener la vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación, *precisando que la Ley 19.549, con sus modificaciones, sólo será aplicable al ejercicio de la superintendencia de esta Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga*, 3) Establecer que esta Corte llevará adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales, dictando las medidas adecuadas a este Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742), y 4) Ordenar que la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales y eleve al Tribunal una propuesta con las modificaciones que correspondería realizar para la paulatina adaptación dispuesta en el punto 3 anterior (la cursiva no es original del texto).

81 El art. 2 del Decreto 722/96 establece la aplicación supletoria de las normas contenidas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (sin excluir su Título IV) y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por Decreto 1759/72 (modificado por Decreto 1155/97) a los procedimientos administrativos especial allí contemplados, que continúan vigentes.

82 PTN, Dictámenes 151:331 y 213:291.

83 Pozo Gowland, citando a Cassagne, afirma que el concepto de supletoriedad es bastante ambiguo. Para dicho autor: "La supletoriedad o subsidiariedad supone la ausencia de normas específicas aplicables al caso, brindando una alternativa que permite llenar el vacío normativo a través de otras normas que de alguna manera se acercan a la problemática que se busca regular. Ante la

Los procedimientos administrativos a los cuales es posible aplicar por vía de subsidiariedad los Títulos I, II y III de la LNPA son aquellos que se encuentran regidos por leyes especiales, debiéndose considerar el término ley en su sentido amplio, comprensivo de aquellos gobernados por leyes en sentido formal como material (léase, Decretos Delegados[84] o de Necesidad y Urgencia).

Dentro del ámbito del Poder Legislativo, los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales –según las materias detalladas en el Decreto 722/96– que desarrollan sus órganos y entes[85], son, fundamentalmente, los relativos a los regímenes de compras y contrataciones y disciplinario, ello sin perjuicio de señalar que la relación de empleo público (legislativo) se encuentra regida por una ley específica (Ley 24.600)[86].

---

ausencia de normas específicas, el mismo ordenamiento indica las normas a las que se debe recurrir, efectuándose lógicamente las adecuaciones que sean necesarias y pertinentes en función de las circunstancias de cada caso. Así lo dispone expresamente la LNPA en el art. 2º inc. *a*). En el caso de la analogía, no existe una norma predeterminada que deba aplicarse como ocurre en la supletoriedad, sino que el intérprete busca otras normas que, por contemplar situaciones y fines comunes, permiten encontrar reglas y soluciones que razonablemente hacen posible superar el vacío normativo" (Pozo Gowland, Héctor, "El Procedimiento Administrativo Común y Los Procedimientos Administrativos Especiales", en *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012, T. IV, pp. 15/6). Por su parte, en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal se ha resuelto que: "En efecto, no se ha recurrido a la analogía como técnica de interpretación para solucionar la controversia como erróneamente lo sostiene el recurrente, sino a la aplicación supletoria de las disposiciones del decreto 1428/73 como régimen complementario de la ley 22.140, en cuanto no se oponga ni sea incompatible con las disposiciones de la ley 24.600. La apreciación señalada no resulta irrelevante o superflua, habida cuenta que el caso bajo examen no se circunscribe a un supuesto normativo no previsto en el ordenamiento, sino que el legislador ha concebido la posibilidad de adecuar y compatibilizar el marco jurídico específico con aquel que corresponda aplicar subsidiariamente como técnica de integración para alcanzar una solución regulada normativamente" (CNCAF, Sala IV, en autos:"Vazquez Gregotti, Mónica Beatriz c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ Empleo público", del 21/09/23). En ese mismo sentido, por ejemplo, la aplicación supletoria del régimen de investigaciones administrativas –hasta tanto se instrumenté un régimen específico– requiere de un análisis previo de compatibilidad (art. 37 de la DP 735/96).

84 Decreto 1023/01 "Régimen de Contrataciones de la Administración Pública".

85 Ver Renella, María Paula, *Procedimiento Administrativo en el ámbito Parlamentario*, T. IV, ob. cit. p. 1080, y Pozo Gowland, Héctor, "El procedimiento administrativo común y los procedimientos administrativos especiales, en *Procedimiento Administrativo*, T. IV, ob. cit., pp. 1/17.

86 La Ley 24.600, Estatuto y Escalafón parar el Personal del Congreso de la Nación, (BO 18/12/95), es la ley especial que regula los derechos y obligaciones del empleado legislativo, es decir, del personal que presta servicios remunerados en el Poder Legislativo Nacional. Dicha norma contiene una disposición de reenvió, por la cual mantienen su vigencia "las resoluciones dictadas por la autoridad competente de cada uno de los sectores del Honorable Congreso de la Nación y las normas complementarias de la ley 22.140, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley" (art. 65). Por su parte, la reglamentación de la ley se encuentra a cargo de órganos del mismo Poder Legislativo, según lo previsto en el art. 59 de la Ley 24.600. La reglamentación del Estatuto

En materia de contrataciones, ambas Cámaras del Congreso de la Nación (Senado y Diputados) aplican en forma directa, por decisión propia, el Régimen (General) de Contrataciones de la Administración Pública, aprobado por el Decreto 1023/01, pero no así su reglamentación, sino que a tales fines dictaron sus propios reglamentos de procedimientos internos para la contratación de bienes, obras y servicios, conforme lo dispuesto en el art. 39 del citado Decreto Delegado[87].

En ese sentido, cabe tener presente que la adopción del Decreto 1023/01 conlleva a que la aplicación del Título III de la LNPA (requisitos esenciales del acto administrativo) sea, en el caso, de forma directa[88], no supletoria. Este criterio parecería encontrarse ratificado a partir de lo previsto en el reglamento de contrataciones aprobado por el Senado, aunque su texto habilita la opción de efectuar un análisis de compatibilidad o pertinencia de este título[89]. En el caso de la Cámara de Diputados, el reglamento para la contratación de bienes, obras y servicios solo prevé la aplicación supletoria de los principios generales del Derecho

---

se encuentra a cargo de la Comisión Paritaria Permanente, y su validez estará sujeta a la aprobación por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras (art. 59 Ley 24.600). Esta facultad reglamentaria de la Ley 24.600 por parte de las autoridades del Congreso Nacional ha sido validada en sede judicial (ver CNCAF, Sala III, "Napoli, Miguel c/ Biblioteca del Congreso de la Nación -Resol 86/02 s/ Empleo Público", del 17/10/13). En igual sentido, el art. 40 de esa misma ley, establece que la reglamentación establecerá las autoridades competentes en el ámbito legislativo para la imposición de sanciones disciplinarias a sus empleados.

87 En Diputados, a través de la Resolución Presidencial 1073/18 se aprobó el Reglamento para la contratación de bienes, obras y servicios de la HCDN. En el Senado mediante DP 368/16 se aprobó el Reglamento de procedimientos para la contratación de bienes, obras y servicios del Honorable Senado de la Nación. En ese orden, se ha sostenido que: "Con un criterio restrictivo, se podría sostener que si la voluntad del legislador delegado fue incluir a los tres poderes del Estado en este régimen de contrataciones, le faltó precisión terminológica y los Poderes Judicial y Legislativo podrían argumentar no estar comprendidos en la norma. Sin embargo, el Senado, en lo que respecta a su ámbito de actuación en ejercicio de función administrativa, aceptó que la norma delegada le era aplicable (decreto 1023/01 dictado por la delegación ómnibus de la ley 25.414) y que debía proceder a dictar su reglamentación" (RENELLA, María Paula, ob. cit., p. 1083).

88 art. 11 del Decreto 1023/01.

89 Repárese en sentido, que el art. 3º (Régimen jurídico de los contratos) del Anexo I de la DP 368/16 (por la que se aprobó el Reglamento de Procedimiento para la contratación de bienes, obras y servicios de HSN) establece que: "Los contratos comprendidos en este reglamento se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el Decreto Delegado 1023/01 y sus modificaciones, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones, por el Contrato, Convenio, orden de compra o venta, según corresponda, *sin perjuicio de la aplicación directa de la normas del título III de la Ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente, en ese orden"*. (el destacado me pertenece). La redacción escogida deja lugar a dudas sobre si, en verdad, la aplicación de LNPA es realmente de manera directa o si, por el contrario, requiere de un previo análisis de pertinencia o compatibilidad en el caso específico, y en este último supuesto en que oportunidad se realizaría.

Administrativo ante la existencia de discrepancias de las normas que rigen la contratación[90].

Por su parte, el régimen procedimental sancionatorio del empleo legislativo se encuentra regulado en la Ley 24.600 (arts. 36 a 40) y en su reglamentación (DP 735/96[91]). A su vez, en eso mismo DP se estableció que hasta "hasta tanto se instrumente un régimen específico se aplicará supletoriamente, en cuanto resulta compatible, el Decreto 1798/80 (Reglamento de Investigaciones)"[92]. Toda vez que al día de la fecha ninguna de las Cámaras ha dictado aún un procedimiento administrativo sancionatorio específico, ambas jurisdicciones aplican en forma supletoria e íntegra –por considerarlo compatible– el procedimiento previsto en el Reglamento de Investigaciones Administrativas actualmente vigente para la Administración Pública, aprobado por Decreto 456/22[93].

Es decir, el Poder Legislativo Nacional, en ejercicio de la función legislativa y la consecuente potestad reglamentaria interna, ha dictado (o adherido a normas aplicables a la Administración Pública) las normas de fondo y las procedimentales específicas que rigen la actividad materialmente administrativa desplegada por sus órganos y organismos. Al respecto, Balbín ha sostenido que "... los Poderes Legislativo y Judicial dictaron normas específicas sobre sus funciones materialmente administrativas. Es decir, las reglas sobre ese sector son fijadas por cada Poder con carácter propio y no común con las disposiciones del Derecho Administrativo. En tal sentido, en el campo material administrativo del Poder Legislativo y Judicial no aplicamos las reglas que comúnmente llamamos Derecho Administrativo sino lisa y llanamente el bloque normativo específico de cada poder..."[94].

Ahora bien, no obstante lo expuesto, la aplicación supletoria de los primeros 3 títulos de la LNPA, que actualmente prevé la ley, ante la existencia de vacíos normativos y/o indeterminaciones, no debería, en principio, generar mayores inconvenientes en su implementación práctica, habida cuenta que el contenido de

90 En el Reglamento para la Contratación de bienes, obras y servicios de la HCDN, aprobado por RP 1073/18, su art. 123 (orden de prelación) se establece que en caso de existir discrepancias se aplicaron las normas allí detalladas en el orden indicado, y finalmente, dispone que supletoriamente se aplicaran los principios generales del Derecho Administrativo. En relación a los principios del procedimiento administrativo, Gordillo sostuvo que: "Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son iguales y en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo" (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.2, p. IX-7).

91 Decreto de Presidencia de ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Sin perjuicio de lo cual, actualmente la denominación correcta de una norma reglamentaria suscripta por los presidentes de ambas cámaras es RC (Resolución Conjunta).

92 Arts. 36 de la Ley 24.600 y 37 de la DP 735/96.

93 Decreto 456/22 (BO 04/08/22).

94 Balbin, Carlos, F., *Tratado, de Derecho Administrativo*, La Ley, 2011, T. I, p. 220.

esos títulos, en su gran mayoría –como vimos–, se compone de normas generales sobre aspectos o materias de fondo o sustantivas[95]. En tal sentido, considero que en el caso de disposiciones incluidas en esos títulos (por ejemplo, regulación del acto administrativo) que, en razón de su naturaleza y carácter general o común, no se encuentran reguladas en el procedimiento administrativo especial, las mismas resultaran aplicables directamente a ese procedimiento[96] cuando exista una norma de reenvío directo al régimen en cuestión[97] o, en su defecto, por aplicación supletoria según dispone el art. 1º, inc. *b*) sub-.inc. (*ii*) de la Ley 19.549 –permitiéndose en este último supuesto el análisis de adaptación o compatibilidad–. Por otra parte, en el supuesto en que la norma del procedimiento general (LNPA) sí encuentre recepción expresa en el régimen específico (por ejemplo, principios "generales" de las contrataciones o principios previstos en el art. 37 de la Ley 24.600 para los procedimientos sancionatorios), es probable (aunque no seguro) que en principio la disposición contenida en el régimen especial resulte acorde o compatible con la prevista en el régimen general (principios fundamentales y requisitos del procedimiento administrativo). En el caso que hubiera alguna discrepancia efectiva primará o se aplicará –por regla– la norma contemplada en el procedimiento especial, en la medida que encuentre debida motivación y no sea manifiestamente incompatible con la norma general[98]. En virtud de ello, la supletoriedad quedará restringida a aquellos aspectos o cuestiones puntuales que la norma específica no haya regulado expresamente.

95 Con relación a la aplicación supletoria de los términos de la LNPA a los procedimientos administrativos especiales, en doctrina se ha argüido: "En los otros procedimientos especiales comentados no hay referencias expresas a la aplicación de la Ley 19.549. Sin embargo, compartimos el criterio de que en virtud de la aplicación supletoria de la Ley 19.549, los principios genéricos de esta como el debido proceso adjetivo, los elementos esenciales del acto administrativo y en particular todas aquellas normas que se vinculen con la garantía del derecho de defensa (vistas, notificaciones), debe ser aplicadas supletoriamente a todo procedimiento especial que concrete el ejercicio de la función administrativa en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado". (HALPERIN, David A., "Los procedimientos administrativos especiales y el derecho comercial", RDCO 2000, Lexis Nº 0021/000155).

96 Ver CANOSA, Armando, ob. cit., p. 10. En definitiva, siguiendo en esto a Fiorini, el régimen del acto administrativo contemplado en la LNPA constituye en rigor una regulación de fondo o común a todo el ejercicio de actividad administrativa, que si bien fue incluida en una norma (que se denomina) procedimental, su contenido se asemeja, en esencia, regulación de naturaleza sustantiva, que por consiguiente su empleo no puede ser omitido por ningún órgano u ente que desarrolle actividad administrativa o el ejercicio de alguna potestad pública delegada. (FIORINI, Bartolomé A., ob. cit., p. 415).

97 ver art. 11 del Decreto 1023/01, art. 40 del Decreto 456/22, e, inclusive, arts. 1º y 3º de la Ley 24.600 en el caso de designación del personal legislativo.

98 "La ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad" (Fallos 315:1274).

Finalmente, hacer mención a que toda vez que el Título IV de la LNPA (impugnación judicial del acto administrativo) no ha sido incluido dentro de los alcances de la aplicación supletoria prevista para los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales, deberá estarse a la vía recursiva y/o impugnatoria expresamente prevista en el régimen especial de que se trate y, en el caso en que no la hubiere resultará aplicable –por analogía– el régimen general de agotamiento de la instancia administrativa e impugnación judicial para actos administrativos que establece dicho Título IV[99].

5. Reflexiones finales

La extensión explícita del ámbito de aplicación del procedimiento común o general de la Administración Pública a la actividad materialmente administrativa desplegada por órganos y entes de otros poderes del Estado y de personas jurídicas (públicas o privadas) en ejercicio de cometidos públicos ha permitido suplir los vacíos normativos existentes en la materia desde el dictado mismo de la Ley 19.549 en el año 1972 –quizás entendibles en esa fecha–, que necesariamente requerían de la utilización de las técnicas de interpretación.

En lo que concierne específicamente al objeto circunscripto de este artículo, la decisión del Poder Legislativo, en ejercicio de su función propia, de disponer la aplicación directa (y obligatoria) de la LNPA en su ámbito de actuación interno termina por receptar en el ordenamiento jurídico administrativo una situación que ya contaba desde hace tiempo con consenso –casi unánime– en el ámbito

99 En materia de sanciones, el art. 40 de la Ley 24.600 prevé una vía judicial específica (recurso directo) contra los actos administrativos que dispongan la cesantía o exoneración del personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen por ante la Cámara Nacional de Apelaciones o Salas, en su caso, con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal (art 40), que excluye por lo tanto la procedencia de cualquier otra vía recursiva, ya sea en sede administrativa o judicial (ver Dictámenes 285:217). Por su parte, al no contarse con un régimen impugnatorio específico y no preverse la posibilidad de recurrir a la vía de la supletoriedad, los actos administrativos que disponen sanciones de apercibimiento o suspensión a los empleados legislativos –sean o no con sumario previo (art. 121 del Decreto 456/22)– serán recurribles, por vía de analogía, a través el régimen general de agotamiento de la instancia administrativa y de impugnación judicial previsto en el Título IV de la LNPA.

En el caso de los procedimientos de contrataciones de bienes, obras y servicios de ambas Cámaras, la reglamentación no previó un régimen o mecanismo recursivo específico o propio (administrativo y/o judicial) contra los actos administrativos que se dicten durante el trámite del proceso de selección ni tampoco luego de perfeccionada la relación contractual. Ante ello, los órganos competentes del Poder Legislativo aplican directamente además de las disposiciones correspondientes de la LNPA (Título IV), la reglamentación del procedimiento recursivo contemplada en el RPA (Título VIII). Finalmente, agregar que, con la reforma de la Ley de Bases, se estableció un plazo (de caducidad) para la impugnación judicial de actos administrativos dictados durante la ejecución contractual que también resulta aplicable directamente a las contrataciones que realicen los órganos y organismos de Poder Legislativo (ver art. 23, inc. *e*) de la LNPA).

doctrinario, jurisprudencial y en el derecho provincial, esto es, que los órganos y entes que forman parte de la estructura orgánica de ese poder del Estado ejercitan actividad materialmente administrativa, la cual resulta pasible –en principio– de ser encauzada formalmente dentro del procedimiento administrativo general de la Administración Pública.

No obstante lo expuesto, es preciso tener en cuenta que el ejercicio de actividad materialmente administrativa por parte de los órganos y organismos del Poder Legislativo Nacional reviste la particularidad que, básicamente, se encuentra regulada por una norma específica (Ley 24.600) y por procedimientos administrativos especiales, razón por la cual la aplicación supletoria de los 3 primeros títulos de la Ley 19.549 deviene por demás acertada, y en ese sentido sigue el temperamento adoptado en su momento con relación a los procedimientos especiales vigentes en el ámbito del Poder Ejecutivo.

En definitiva, sin perjuicio de algunas imprecisiones que pueden advertirse del cotejo del texto aprobado del art. 1º de la LNPA y que requieren de la interpretación de sus términos y quizás del dictado en un futuro de alguna reglamentación interna en el ámbito específico del órgano legislativo, es dable sostener que si bien la norma sancionada –en la medida en que consagra el denominado criterio objetivo o material como delimitante de su ámbito de aplicación– implica la extensión del carácter de general o común del procedimiento administrativo previsto en la Ley 19.549 –originariamente previsto para la Administración Pública– a los otros poderes del Estado cuando ejercen función o actividad materialmente administrativa –según corresponda–, lo cierto es que en el ámbito específico del Poder Legislativo –como vimos– las disposiciones de ese procedimiento ordinario serán aplicables en forma directa o –en su caso– por vía de subsidiariedad, aunque en este último supuesto –al menos *a priori*– difícilmente resulten incompatibles con las normas que regulan el procedimiento especial de que se trate.

JUAN MANUEL HUBEÑAK

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Integrante del Estudio Jurídico HBCS Abogados Consultores.

ACERCA DEL PRINCIPIO DEL PLAZO RAZONABLE Y SU RECIENTE RECEPCIÓN EXPRESA EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Walter Lara Correa
Profesor Titular, Universidad Nacional del Oeste;
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco normativo. 2.1. Vía interna.2.2. Vía internacional. 3. La noción dinámica del plazo razonable. 4. El fallo "Losicer". 5. ¿Es vinculante el precedente "Losicer" en el sistema argentino? 6. La recepción expresa del principio y su función de cohesión. 7. Conclusión.

1. Introducción

Recientemente, la Ley 27.742 (Ley de Bases), al reformar la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA) incluyó, en el marco de la "tutela administrativa efectiva", el derecho a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa de la Administración[1].

En este contexto, el presente procurará definir el plazo razonable, su contexto normativo y el camino recorrido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), antes de ser receptado por la Ley reformada, a fin de pensar, en términos prácticos, qué importa su recepción expresa en la LNPA, para las personas y para la Administración.

1 LNPA, Ley 19.549, 1972 (BO del 27-abr-1972 Número: 22411, Página: 3), modificada por la Ley 27.742 (BO 08/07/2024): Art. 1º bis Ley 19.549: "Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. En función de ello, los procedimientos regidos en esta ley se ajustarán, además, a los siguientes principios y requisitos: a) Tutela administrativa efectiva: los administrados tienen derecho a una tutela administrativa efectiva, que comprende la posibilidad de: (...) (iv) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación".

2. MARCO NORMATIVO

Sobre la base de un criterio cronológico, corresponde ahora referirse al bloque normativo al que se incorpora, recientemente, la recepción legislativa del plazo razonable.

Dicho bloque recepta el plazo razonable mediante una doble vía: interna o constitucional e internacional o convencional.

2.1. *Vía interna*

Cabe destacar que el plazo razonable no se encontraba receptado de manera expresa en el texto de la Constitución Nacional con anterioridad a la reforma del año 1994, pero surgía implícito de la garantía del debido proceso adjetivo del art. 18 y se infería de una interpretación dinámica y axiológica de la misma (art. 33 de la Constitución Nacional).

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en innumerables precedentes, dictados de manera previa[2] a la suscripción de la CADH.

2.2. *Vía internacional*

Luego, la Reforma Constitucional de 1994 incorporó diversos Instrumentos Internacionales en la cúspide del bloque de constitucionalidad federal. De este modo, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional receptó, "en las condiciones de su vigencia", la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 8.1, menciona de manera expresa al principio del plazo razonable dentro de las Garantías Judiciales exigibles en todo proceso (CADH, 1969, art. 8.1º)[3].

Sobre ello, cabe tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar el citado precepto constitucional, dejó sentado que la frase "en las condiciones de su vigencia" está referida al modo en que un tratado rige efectivamente "en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación... de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales"[4].

2 Por ejemplo, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Mattei" (Fallos: 272:188, sentencia del 29/11/1968) y "Mozzatti", (Fallos: 300:1102, sentencia del 17/10/1978).

3 CADH, Artículo 8.1: "Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)". También lo menciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque circunscripto a la detención dispuesta en un proceso penal (PIDCP, 1966, art. 9º inc. 3º).

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Giroldi, Horario David y otro s/ Recurso de Casación - Causa Nº32 (Fallos 318:514 sentencia del 07/04/1995) y en el mismo sentido,

De allí que, corresponderá entonces recurrir a la jurisprudencia de la Corte IDH a fin de analizar de qué manera ha sido interpretado y aplicado el mentado principio.

3. La noción dinámica del plazo razonable

La noción de plazo razonable –en tanto concepto jurídico indeterminado– es dinámica, pues su construcción debe efectuarse de manera casuística, debido a que no hay un tiempo establecido en abstracto, sino el adecuado a cada proceso o procedimiento.

Esta problemática ha sido tratada en varios precedentes de la Corte IDH, desde la década de 1990 hasta la actualidad, no solamente encuadrando el plazo razonable en el contexto del Derecho Penal y la protección de la libertad personal, sino también concibiéndolo como una garantía judicial exigible en controversias sobre distintas materias, como derecho de familia o derecho de daños, entre otras.

Lo expuesto permitió construir jurisprudencialmente ciertas directrices y atribuir responsabilidad a los Estados que no cumplían con el resguardo de esta garantía, lesionando derechos fundamentales.

Tales directrices –tomadas por la Corte IDH a partir de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el plazo razonable– son las siguientes: 1) La complejidad del caso; 2) La actividad procesal del Interesado; 3) La conducta de las autoridades judiciales; y 4) El análisis global del procedimiento. Corresponde precisar que, en diversas oportunidades se ha incluido también una quinta directriz, dada por la afectación que genera la prolongación del proceso en la persona[5].

Pautas que, como se expuso, no son exclusivas del ámbito del Derecho Penal, sino que deben estar presentes en todo tipo de procesos y procedimientos. En efecto, al relevar la jurisprudencia de la Corte IDH, se advierte que algunos precedentes pertenecen al ámbito del Derecho Penal como "Genie Lacayo vs. Nicaragua" (1997) y "Suarez Rosero vs. Ecuador" (1997); al Derecho Administrativo Sancionador como "Baena vs. Panamá" (2001) y "Tribunal Constitucional vs. Perú" (2001); al derecho de daños de una persona con discapacidad: "Furlán vs. Argentina" (2012); al derecho de familia y adopción como los casos "Fornerón vs. Argentina" (2012) y "María y Otros vs. Argentina" (2023), entre muchos otros.

"Bramajo, Hernán Javier s/ Incidente de Excarcelación Causa Nº 44.891" (Fallos 319:1840, sentencia del 12/09/1996).

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2019, párr. 148; Caso "María y Otros vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de agosto de 2023, párr. 144, entre muchos otros.

A esta altura, lo que importa resaltar es que el plazo razonable se conjuga con diversas problemáticas y distintos colectivos muchas veces afectados por vulnerabilidades, que hacen que la celeridad en la resolución de una controversia judicial o administrativa, frecuentemente, haga la diferencia entre ejercer efectivamente un derecho y tener una sentencia inútil.

4. El fallo "Losicer"

A nivel interno, la CSJN se pronunció en reiteradas oportunidades acerca del plazo razonable y su relación con la prescripción de la acción penal, como en los precedentes "Barra" (2004)[6], "Acerbo" (2007)[7], "Farina" (2019)[8], entre otros.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Administrativo, es importante recordar el fallo "Losicer" (2012), el cual posee relevancia dentro de la materia en análisis, por ser la primera oportunidad en que el Máximo Tribunal aplicó la garantía al procedimiento administrativo, por lo que corresponde hacer una especial referencia al respecto[9].

En esa oportunidad, se trataba de la multa impuesta por el ente contra quienes habían actuado como directores y síndicos de una compañía financiera, por diversas transgresiones al régimen. La duración del sumario se había extendido por dieciocho años desde la comisión de las infracciones, sin perjuicio de lo cual, existían diversas actuaciones que interrumpieron el curso de la prescripción. Por ello, los recurrentes invocaron vulneración de la garantía de defensa en juicio y el derecho a obtener una decisión fundada en un plazo razonable.

Al resolver la causa, el Máximo Tribunal, estableció que: 1) El carácter administrativo del procedimiento sumarial no impide aplicar los principios invocados y, en particular, la garantía del plazo razonable porque integra la defensa en juicio, sin importar el tipo de proceso y deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales (considerandos 8º y 10º); 2) Aunque las sanciones aplicadas sean de carácter disciplinario y no penal, igualmente es aplicable la garantía del plazo razonable (considerando 9º); 3) Con apoyo en el caso "Baena vs. Panamá" de la Corte IDH, dispuso que las garantías judiciales no sólo se aplican a los recursos en sentido estricto sino en todas las instancias procesales (considerando 8º). 4) Para evaluar si existe una demora irrazonable, tomó los criterios asentados por la jurisprudencia de la Corte

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Barra, Roberto Eugenio Tomás s/ Defraudación por Administración Fraudulenta" (Fallos: 327:327, sentencia del 09/03/2004)

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Acerbo, Néstor Horacio s/ Contrabando", (Fallos: 330:3640, sentencia del 21/08/2007).

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", (Fallos: 342:2344, sentencia del 26/12/2019).

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. 169/05", (Fallos: 335:1126, sentencia del 26/06/2012).

IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo las pautas a observar que se enunciaron *supra*: *a*) La complejidad del asunto, *b*) la actividad procesal del interesado, *c*) La conducta de las autoridades judiciales, y *d*) El análisis global del procedimiento, y consideró que tales directrices dan contenido concreto a las garantías invocadas, debiendo presidir un juicio objetivo sobre el plazo razonablemente admisible en el caso particular (considerandos 10 y 11).

5. ¿ES VINCULANTE EL PRECEDENTE "LOSICER" EN EL SISTEMA ARGENTINO?

Sin perjuicio de lo expuesto, la relevancia del fallo estará dada por la mayor o menor aplicación que del precedente –y por consiguiente, del principio del plazo razonable– hagan los tribunales inferiores, a cuyo fin será necesario determinar si "Losicer" resulta de seguimiento obligatorio.

A esta altura, no es ocioso referir a la regla del *stare decisis et quieta non movere* que tiene su origen en el derecho anglosajón, regido por el sistema del *common law*, en donde, por aplicación de esta regla, los jueces se encuentran obligados a seguir los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos.

"El *stare decisis* tiene su origen en una decisión deliberada y solemne de un tribunal o un juez dictada luego de discusión, sobre un punto de Derecho planteado correctamente en un caso, y necesaria para su decisión, es una autoridad (*is an authority*) o precedente obligatorio en el mismo tribunal, o en otros tribunales de igual o inferior rango, en casos subsiguientes, cuando 'el mismo punto' se vuelve a litigar; (...) [su aplicación] depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación del Derecho real o vigente, y la compulsión o exigencia de la doctrina es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitraria e inflexible"[10].

En este marco, si bien es cierto que el régimen argentino se encuentra regido por el sistema del *civil law*, por lo que la fuente principal y obligatoria del derecho es la ley –más allá del valor que se le asigne a la jurisprudencia como fuente del derecho–, lo cierto es que los magistrados se encuentran facultados a apartarse de los precedentes; ello no implica que los fallos dictados por el Alto Tribunal no deban ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores debido a su rol institucional de último intérprete de la Constitución Nacional[11].

En este sentido, "ante casos cuyos hechos relevantes son sustancialmente análogos, los jueces no pueden cambiar sus criterios de decisión sin ofrecer

10 CUETO RUA, Julio, "El '*Common Law*' su estructura normativa - su enseñanza", Buenos Aires, La Ley, 1957, pp. 123/124.

11 BIANCHI, Alberto B., "De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema - una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*", en el Derecho Constitucional, Revista El Derecho, 17/04/2001, cita digital ED-DCCLXVII-58.

una adecuada justificación (...) [dado que], el mantenimiento del precedente ... brind[a] una guía clara para la conducta de los individuos (...) [y] prom[ueve] una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos"[12].

Ello por cuanto, la importancia del precedente radica –entre otras razones– en las normas de derecho positivo que pueden ser encontradas en esencia en todos los Estados constitucionales, como principios de la seguridad jurídica –de donde resultan la exigencia de la "unidad de jurisprudencia"–, la búsqueda de "estabilidad" y certeza del sistema jurídico, de la igualdad en la interpretación de la ley o en la aplicación del derecho y de la coherencia[13].

De tal modo, el seguimiento del precedente "Losicer" se impone, no sólo por razones de estabilidad y certeza del sistema jurídico, sino como norte, pues cristaliza las directrices del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante una interpretación y aplicación conforme.

6. LA RECEPCIÓN EXPRESA DEL PRINCIPIO Y SU FUNCIÓN DE COHESIÓN

Tras el desarrollo jurisprudencial reseñado, la Ley de Bases vino a receptar este principio para traerlo de manera indubitable como un mandato en el procedimiento administrativo argentino, al cual deben ajustarse las personas y las autoridades en el transcurso de las actuaciones.

Ahora bien, si el plazo razonable ya había sido receptado de manera expresa por la CADH, implícita por la CN y reconocido por la Corte IDH y por la CSJN, e incluso también estaban previstas la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites (art. 1º inc. *b*) de la LNPA en su redacción original), es momento de pensar a qué se debe su incorporación; o dicho de otra forma, qué cambios conlleva su mención explícita.

En este punto, la incorporación de esta garantía dentro del art. 1º *bis* de la LNPA reformada, viene a resolver la tensión entre potestades derivadas del régimen exorbitante –concepto, cuanto menos, cuestionable a esta altura– y derechos del particular, en favor de este último. Este aspecto de la garantía, ahora expresamente incluida en la LNPA, es consecuente con la optimización del procedimiento e indirectamente con el mejoramiento de la administración de justicia. Un procedimiento administrativo que se resuelve en un plazo razonable, posiblemente defina muchas cuestiones evitando el litigio y de no ser así, agotará

12 SCHVARTZMAN, S., "'Tobar': ¿El fin de las emergencias o sólo una excepción a la regla?", en Jurisprudencia Argentina, 2002, Vol. 2002-IV, p. 1227.

13 DA ROSA DE BUSTAMANTE, T. *Teoría del precedente judicial*, Ediciones Legales, Lima, Perú, 2016. pp. 329/330.

más rápido la vía administrativa. Esto no solamente beneficia a la persona, sino que es un beneficio común de la sociedad toda.

Además, la recepción expresa del principio viene a terminar con la cuestión relativa a su aplicación en el procedimiento administrativo *stricto sensu,* más allá de si está involucrada la potestad punitiva de la administración.

En este marco, la reformulación de los principios del art. 1º en su antigua redacción y del art. 1º *bis* de la LNPA modificado, es un logro en aras de dar cohesión a todas las garantías que integran la tutela administrativa efectiva y los principios fundamentales del procedimiento administrativo. De este modo, la tutela administrativa efectiva prevista expresamente en la LNPA ha vislumbrado de una manera más amplia y actual, acorde al tiempo en que vivimos, las herramientas necesarias para un procedimiento más ágil, dinámico y amigable para la mayoría de los administrados (dado que incluyen la celeridad, economía, sencillez, eficacia, informalismo, que ya se contemplaban antes) y se suman por ejemplo, la eficiencia burocrática, la buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos.

7. CONCLUSIÓN

El principio del plazo razonable ya se encontraba receptado implícitamente en la Constitución histórica: emerge del debido proceso adjetivo del art. 18 y de los derechos implícitos del art. 33.

Luego, la reforma de 1994 trajo aparejada su recepción expresa al otorgarle jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, y su indudable aplicación a diversas materias que exceden el ámbito del Derecho Penal, en los términos que surgen de la letra del art. 8.1 y de la interpretación que de aquel realizan los órganos autorizados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este orden, la incorporación legislativa expresa del principio en la LNPA es el resultado de varias décadas de labor jurisprudencial de expansión de los Derechos Humanos y su realización en el procedimiento administrativo.

Además, cabe tener presente que la LNPA atravesó diferentes contextos en medio siglo de vigencia: desde el gobierno *de facto* que la vio nacer, hasta la crisis del 2001, pasando por las privatizaciones de los años 90 y las reestatizaciones de las décadas siguientes; deslizándose actualmente en la "era digital": en el proceso de despapelización de la Administración Pública, en los trámites a través de plataforma TAD, en el expediente electrónico y en toda clase de innovaciones que nos alcanzan todos los días.

En esta inteligencia, la reforma introducida por la Ley de Bases viene a dotarla de actualidad, acercándola a las personas, a la par que otorga completitud al ordenamiento sobre la materia en análisis.

Asimismo, es menester precisar que, en el transcurso del procedimiento podrían entrar en pugna el principio del plazo razonable y la necesidad de tramitar

el proceso tendiente a la verdad jurídica objetiva con la inversión de tiempo adecuada a la complejidad de cada caso. Por esto, este principio actuará como un "mandato de optimización", una manera de "encontrar mediante la ponderación (*weighting*) la mejor solución para estos conflictos"[14].

Probablemente, ello nos llevará a interpretar la inclusión del plazo razonable en la LNPA como un modo de exhortar a todos los actores involucrados en el procedimiento, a lograr que aquel sea más efectivo y accesible, con el correlativo deber de tramitarlo de manera leal, de buena fe y sin dilaciones, tanto en las peticiones y como en las resoluciones que demande la controversia hasta su resolución final.

Por eso, será menester tener presente que, como principio, deberá preservar su identidad y su finalidad a través del tiempo, pero su apreciación exige un análisis global y particular en cada caso.

WALTER LARA CORREA

Es Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Profesor Adjunto Interino en la materia Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José Clemente Paz y en la materia Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Avellaneda. Profesor Titular en la materia Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Oeste. Docente del Curso de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Juez del Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 10. walter.lara-correa@pjn.gov.ar.

14 ALEXY, Robert, "Sobre reglas y principios (Entrevista a Robert Alexy)", Publicado en: Sup. Act. 30/10/2008, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2968/2008.

LOS PRINCIPIOS EN EL MARCO DE LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. INTERROGANTES

GALA RAMOS
Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Funcionaria en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La relevancia del procedimiento administrativo. El acceso a la justicia. 3. Principios del procedimiento administrativo. Interrogantes. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La reflexión que aquí nos ocupa tiene lugar en el marco de las modificaciones sustanciales que tuvo la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos mediante la Ley 27.742, publicada en el Boletín Oficial el pasado 8 de julio. Uno de los aspectos en los que fue modificada mediante la denominada Ley de Bases fue en lo atinente a los principios que rigen el procedimiento administrativo.

En ese contexto, este trabajo se propone analizar algunos aspectos esenciales de estas modificaciones, comparar el esquema actual de los principios del procedimiento con la ya antigua Ley 19.549 y advertir sobre sus posibles impactos en los derechos de los particulares, estudiándolos desde un plano del derecho administrativo actual, donde las demandas de la exigibilidad de los derechos sociales, cambiaron y las respuestas que debe brindar el Estado, desde el derecho administrativo en este caso, no pueden quedar huérfanas de actualidad y de efectivo cumplimiento.

Los estándares sostenidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, replicados en muchas de las decisiones judiciales que se adoptan en el Fuero Contencioso Administrativo, permitieron el avance y la reconfiguración de algunos institutos de nuestra rama de estudio, Es en este contexto en el que se van a analizar las nuevas directrices establecidas en la nueva Ley de Procedimientos Administrativos.

2. LA RELEVANCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL ACCESO A LA JUSTICIA

Previo a adentrarnos en las modificaciones que en este espacio se analizarán, deviene necesario recordar que, cuando se está estudiando el procedimiento administrativo, se está analizando la forma en la que el particular debe articular sus pretensiones, las reglas que regulan la comunicación entre el Estado y los particulares y los recaudos imprescindibles que deben cumplirse para avanzar en esta etapa previa a la instancia judicial, con las implicancias que esto puede tener para los particulares.

Así es que, uno de los rasgos más característicos del sistema administrativo, común a todos los regímenes inspirados en el modelo francés, consiste en que las administraciones públicas actúan habitualmente con sujeción a formas rituales: toman sus decisiones y llevan a cabo su actuación de manera formal, observando un determinado procedimiento que se halla definido e impuesto coactivamente mediante normas jurídicas. Así, esta circunstancia distingue a la administración de las personas privadas, cuya actuación es, en principio, informal. Desde esa perspectiva, Santamaría Pastor[1] atribuye el surgimiento del procedimiento administrativo a tres motivos distintos; por un lado, aparece como una reacción natural del Estado liberal de Derecho ante el fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la administración. En este apartado se sostuvo que, en las etapas finales del régimen absoluto, se había consolidado una tendencia a atribuir el ejercicio de tales potestades a autoridades no judiciales. Ello con el objeto de desapoderar de tales funciones a los jueces y tribunales y, también, con la finalidad de que las autoridades administrativas ejerciesen dichas potestades de manera expeditiva e informal, sin sujeción a trámites procesales lentos y engorrosos.

Luego, en segundo lugar, se lo adjudicó al crecimiento orgánico que la administración estaba experimentando a lo largo de los dos últimos siglos. Y, como tercer apartado, señaló que la aparición del procedimiento administrativo se debía también a la presión de la burocracia, a la que el procedimiento proporciona comodidades, seguridad y garantiza esferas de influencia[2].

Es que entonces, y frente a este cuadro de situación, debe considerarse a los procedimientos administrativos como un conjunto de actuaciones efectuadas en orden legalmente predeterminado bajo la forma de actos preparatorios o de trámite y reflejadas documentalmente en los correspondientes expedientes administrativos; actuaciones que se dirigen a preparar y prefigurar la declaración final resolutoria con relevancia jurídica bajo la forma de actos definitivos o resoluciones (o, en su caso, acuerdos o convenios sustitutivos de éstas). Así, cada acto conserva su

1 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*. Tomo II. Editorial Iustel. Quinta edición. Págs. 23/24.

2 Ib. Pág. 24.

propia individualidad, lo que implica que su naturaleza y régimen sean diferentes[3]. Mientras que el procedimiento es el cauce formal para el desarrollo de la actividad administrativa, mediante el que se articula la relación jurídica formal entre la administración pública actuante y los sujetos interesados en su actuación[4].

En términos de Balbín[5], el procedimiento tiene dos finalidades, por un lado, el de garantizar los derechos de las personas que interactúan con el Estado, ya sea de una relación especial o no, debido que a través del procedimiento hacen valer sus derechos e intereses. Recordando aquí que el procedimiento se construyó sobre los principios del proceso judicial y de allí que cualquier procedimiento que pudiese afectar el derecho o interés de los particulares, éstos deben ser escuchados, conocer las actuaciones, expresar sus intereses, desarrollar sus argumentos y obtener una decisión clara, expresa y fundada por parte del Estado. Por otro lado, el procedimiento persigue garantizar y resguardar la legitimidad, racionalidad, acierto y eficacia de las conductas y decisiones estatales mediante el cumplimiento de ciertas reglas.

En este sentido, se concluye con la afirmación de que mediante el procedimiento se permite cohesionar y consolidar las estructuras internas del Estado y sus principios ordenadores. Es, entonces, un modo de racionalizar las decisiones estatales[6].

Ahora bien, con estos parámetros en claro, se puede advertir que cuando se hace una nueva interpretación de los principios del procedimiento administrativo, debería realizarse esta lectura y reflexión, tal como fuera descripto por Balbín, desde una visión que advierte que si bien, en algunos aspectos el derecho administrativo avanzó, al mencionar por caso los procesos colectivos, el acceso a la información pública, las técnicas de participación; esta evolución fue tardía y no impactó de manera coordinada en los institutos del derecho administrativo[7]. Y desde esta perspectiva, el objeto que persigue el derecho administrativo no solo es igualar entre las partes, sino entre todos. Así entonces, la redefinición que puede plantearse del derecho administrativo exige cambiar el viejo paradigma de un derecho limitativo del poder estatal por otro, cuyo eje sea limitar por un lado y por el otro, incluir e igualar[8]. Es desde esta mirada que se propone analizar la nómina de los principios del procedimiento administrativo conforme las modificaciones efectuadas por la Ley 27.742[9].

3 Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Cuarta edición revisada y actualizada. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 320.

4 Parejo Alfonso, Idem. Pág. 320.

5 Balbín Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Editorial La Ley. Primera Edición 2011. Pág. 468/469.

6 Ídem. Pág. 470.

7 Balbín, Carlos F., *Crisis del Derecho Administrativo.* Editorial Astrea. Pág. 387.

8 Ib. Pág. 395/396.

9 BO 08/07/2024.

3. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INTERROGANTES

Al hablar de los principios, debe señalarse que constituyen el entramado básico y la estructura esencial de la institución jurídica que es el procedimiento administrativo. En este sentido, se ha entendido que los principios son la esencia última de la institución del procedimiento, en su triple dimensión de vehículo de participación de los administrados en la elaboración de las decisiones administrativas, de mecanismo de garantía de los derechos de los particulares y de cauce para la pronta y eficaz satisfacción de los intereses generales[10].

Su relevancia como pautas ordenatorias e instructoras del procedimiento resulta esencial para la interpretación de las diversas situaciones que se suscitan en la instancia previa al acceso a la jurisdicción. Ello es así, pues, puede suceder que la interpretación y aplicación de estos principios tengan como consecuencia inmediata, la pérdida del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva para un particular, con las consecuencias disvaliosas que ello implica.

No está de más recordar, sobre este aspecto, que cuando estamos haciendo mención al acceso a la tutela judicial, a la relevancia de su impacto, podría decirse que la justa paz de la comunidad únicamente es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo se formulan. Pues, si los anhelos de justicia que lleva en lo más íntimo de su ser todo hombre no encuentran satisfacción por los cauces pacíficos instaurados por el Estado, por fuerte y brutal que sea la máquina represiva, será desbordada por aquella búsqueda desesperada de la justicia. De allí la importancia de una efectiva tutela judicial, de que todo aquel que crea tener un derecho a algo pueda acudir a un órgano estatal imparcial que lo atienda, verificando su razón y, en su caso, haciendo efectivo el derecho[11]. De allí su importancia y el delicado estudio que debe hacerse respecto de estos principios.

Sobre estos lineamientos, entonces, corresponde hacer la descripción de las innovaciones los principios del procedimiento administrativo, en el marco de la Ley 27.742.

Para comenzar, en la nueva redacción de la Ley 19.549 los principios se estipulan en el art. 1º *bis*, y se establece como pautas fundamentales que el procedimiento administrativo se regirá por los principios esenciales de 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 sobre esta base desarrolla cada uno de los principios.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II". Editorial Thomson Reuters. Décimo cuarta edición. Pág. 465.

11 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas. Pág. 23.

Entre los que enumera: *a*) tutela administrativa efectiva; *b*) impulsión e instrucción de oficio; *c*) celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites; *d*) eficiencia burocrática; *e*) informalismo; y luego en el mismo punto desarrolla todo lo pertinente a los plazos del procedimiento y días y horas inhábiles. En dicho apartado se indicó también que cuando las normas no establecieran un plazo para resolver, el mismo será de sesenta (60) días.

De igual manera, en el apartado *h*) de este art. 1º inc. *b*, se replicó lo atinente a la presentación de los recursos por fuera del plazo previsto en la norma. Sin embargo, en este punto la nueva ley efectuó una restricción de plazos, al establecer como plazo límite para la presentación de la denuncia de ilegitimidad un total de ciento ochenta días (180), computados desde la fecha de notificación del acto.

Analicemos las diferencias que se advierten en la redacción del nuevo artículo vinculado a los principios en comparación con el texto de la anterior Ley de Procedimientos Administrativos.

Para comenzar con el primero de ellos. Tal como fuera identificado en el apartado anterior, la primera modificación en este punto es la decisión de establecer como bases esenciales para el trámite del procedimiento administrativo, garantías tales como: 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.

Lo novedoso, en este punto, podría entenderse que, al momento de analizar las diversas situaciones que se puedan suscitar en el marco del trámite de los expedientes administrativos, los principios rectores que surgen de la ley deberían prevalecer por sobre otros y orientar la resolución de las distintas incidencias.

Esta modificación podría impactar favorablemente en el procedimiento administrativo, en la medida en que, efectivamente se respeten estas pautas orientadoras y no queden sujetas a una mera enunciación normativa, huérfana de aplicación efectiva.

En segundo lugar, en la nueva Ley de Procedimientos, se modificó la denominación del debido proceso adjetivo, de la redacción anterior, por el nombre de "tutela administrativa efectiva". Y de allí se desprenden los tres apartados que ya contenía el debido proceso adjetivo, tales como: (*i*) derecho a ser oído; (*ii*) derecho a ofrecer y producir prueba; (*iii*) derecho a una decisión fundada.

Asimismo, y como novedad en la nueva redacción, en este apartado se incluye un cuarto punto de la tutela administrativa efectiva, el derecho a un plazo razonable. Allí, específicamente, se indica que los "procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación" (v. apartado IV del art. 1º, inc. *b*).

Esta incorporación también podría ser interpretada como un aspecto positivo de la reforma de la Ley de Procedimientos, por cuanto la previsión normativa incorpora al texto de la ley lo que viene propiciando la jurisprudencia y doctrina hace ya varios años, el resguardo de la razonabilidad de los plazos en sede administrativa. En efecto, sobre esta cuestión, ya se viene sostenido que las personas tienen derecho a una decisión en tiempo oportuno, es decir, el Estado no sólo debe decidir y explicar cuáles son las razones de sus decisiones, sino que debe hacerlo en un plazo razonable. Es que el Estado tiene la obligación de pronunciarse y las personas el derecho de exigir las respuestas[12].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el mismo sentido hace más de diez años, cuando se refirió a la vulneración del plazo razonable en el marco de un procedimiento administrativo que involucraba un sumario instado por el Banco Central de la República Argentina, –en ejercicio de sus facultades de superintendencia–, cuya duración en la instancia administrativa se había extendido por más de veinte años. En efecto, los hechos que se habían sancionado databan del año 1987, la apertura del sumario se había dispuesto en el año 1990 y la resolución sancionatoria aconteció en el 2005.

Al respecto, el más Alto Tribunal consideró que el "plazo razonable" de duración del proceso al que se alude en el inc. 1 del art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos constituye, entonces, una "garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose los jueces la casuística determinaci6n de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana –cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)– como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar– han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación que pueden resumirse en: *a*) la complejidad del asunto; *b*) la actividad procesal del interesado; *c*) la conducta de las autoridades judiciales; *d*) el análisis global del procedimiento (casos 'Genie Lacayo vs. Nicaragua', fallada e1 29 de enero de 1997, párrafo 77; 'López Alvarez v. Honduras', fallado el 1º de febrero de 2006; 'Koning', fallado el 10 de marzo de 1980 publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales)"[13].

12 BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Editorial La Ley. Primera Edición 2011. Pág. 511.

13 CSJN, Fallos 247:121 "Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (Expte. 105666/86 - SUM FIN 708)", sentencia del 26/6/2012.

La aplicación de la garantía del plazo razonable es una pauta ordenatoria en el marco del procedimiento administrativo, desde hace varios años, y en este aspecto, la incorporación expresa a las previsiones del procedimiento administrativo, es una modificación que resguarda al particular y coadyuva al cumplimiento del debido proceso[14].

Luego, y con relación al primer apartado de la tutela administrativa efectiva, referente al derecho a ser oído, aquí la nueva ley replicó el mismo texto que la versión anterior y luego, posteriormente, incorporó en este punto lo atinente al procedimiento de las audiencias públicas.

En efecto, se indicó que "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" (v. apartado (*i*) del art. 1º *bis*).

De esta innovación podemos, cuanto menos, efectuar los siguientes interrogantes. Por un lado, la primera parte del enunciado señala que en el marco de las audiencias públicas el procedimiento aplicable será el que esté indicado en las normas, sin embargo, luego, en el mismo párrafo se indica que tales pautas podrían ser complementadas, o sustituidas por el mecanismo de consulta pública, o el que resulte más idóneo para garantizar la mayor participación de los interesados. Aquí el interrogante gravita sobre la referencia al sistema de consulta pública, y con la posibilidad de reemplazar el procedimiento de audiencia pública por otro que no se indica cual o cuales podrían ser y que tampoco, define cuáles serían los parámetros que deberían resguardarse para que se pueda permitir el reemplazo del sistema de audiencia pública por uno distinto.

La reglamentación a la Ley 27.742, efectuada mediante el Decreto 695[15], en el cual se efectúan modificaciones al reglamento de procedimientos administrativos, Decreto 1759/72 - T.O. 2017, nada dice respecto de este art. 1º.

En conclusión, respecto de esta modificación, la normativa incorpora el procedimiento de audiencia pública a la Ley 19.549; pero de igual manera habilita a que la administración pueda sustituir este procedimiento de participación pública

14 Ver respecto del plazo razonable Gala F. Ramos en "Algunas notas sobre la garantía del plazo razonable en el Derecho Administrativo Sancionador", publicado en *Temas de Derecho Administrativo Sancionador*, Mortier Natalia y Stupenengo Juan [Coord.] Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial Librería Editora Platense, 2022.

15 Decreto reglamentario 695/2024 PEN, del 02/08/2024 (BO 5/8/2024).

sin indicar –cuanto menos en la ley– cuáles podrían ser sus eventuales reemplazos. Es cierto que esta alternativa, de acuerdo a lo que surge del texto de la ley, tendría que ser de manera que garantice la mayor y mejor participación de los interesados, pero de la lectura de la norma no se identifica claramente cuáles serían estos sistemas que la letra de la ley habilita, y en qué casos específicamente podría hacerse. Lo que podría implicar un mayor margen de discrecionalidad para la administración.

Luego, en el segundo apartado de la tutela administrativa efectiva, vinculado al derecho de ofrecer y prueba, si bien la nueva redacción de este artículo incorpora modulaciones en el texto, esencialmente respeta la misma idea de la redacción del artículo anterior. De igual manera, el punto referente al derecho a una decisión fundada, también replicó el mismo texto de la ley anterior.

Más abajo, se encuentra el principio de "impulsión e instrucción de oficio", que determina la obligación de la administración de instar el expediente administrativo, con la colaboración de los particulares, directriz que no tuvo modificaciones tampoco respecto de la redacción anterior.

Asimismo, se encuentra el principio de "celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites". En este apartado la nueva redacción de este principio, hace mención a la gratuidad de los recursos y los reclamos administrativos, los cuales deberán tramitar y sustanciarse íntegramente por el órgano de grado que deba resolverlos, excepto en el caso de recursos o reclamos dirigidos al Poder Ejecutivo Nacional. Se indica que los trámites, recursos, reclamos y demás impugnaciones serán gratuitos, sin perjuicio de la obligación del interesado de sufragar los honorarios que pudieren corresponder a sus letrados y representantes y a los peritos que su parte proponga. Y agregan que "tanto la Administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos".

Este principio en la nueva Ley de Procedimientos Administrativos tiene una definición distinta y apunta, esencialmente, a la gratuidad del procedimiento. En su texto incorpora la obligación de la administración de un obrar de buena fe como dirección del procedimiento. Recordemos que, en la redacción anterior de la Ley 19.549, la norma preveía la posibilidad del "Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal. Este régimen comprende la potestad de aplicar multa de hasta cien pesos –cuando no estuviere previsto un monto distinto en norma expresa– mediante resoluciones que, al quedar firmes, tendrán fuerza ejecutiva", sin que en la actual redacción se haga mención alguna a esta posibilidad de sanción por parte del Poder Ejecutivo.

Luego, la nueva ley incorpora una novedad en sus principios, el de eficiencia burocrática. Su texto así lo define: "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. La Administración podrá

recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes o bases estatales o mediante consulta a las plataformas de intermediación u otros sistemas habilitados al efecto. Cuando se trate de informes ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramite el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez (10) días a contar desde la solicitud" (ver apartado *d* del art. 1º *bis*).

La propuesta de este artículo parecería ser similar a lo que en derecho procesal se conoce como inversión de la carga probatoria. Esta dinámica probatoria consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado[16].

En este caso, la letra de este nuevo principio de la Ley de Procedimientos Administrativos libera al particular de acompañar documentación que hubiera creado la propia administración, que es quien –conforme el principio procesal indicado– estaría en mejores condiciones de probar estos dichos.

Ahora bien, el texto indica que la administración podrá acceder a estos datos, siempre que el interesado hubiera expresado su consentimiento para que esa información pueda ser recabada. Así, entre las posibilidades que prevé a los fines de buscar los documentos en manos de la administración, indica que puede ser a través de (*i*) sus redes, (*ii*) bases estatales; (*iii*) consulta a plataformas de intermediación; y, (*iv*) otros sistemas habilitados al efecto. Con esto en claro, uno de los interrogantes que podría generar esta redacción, es la identificación de las plataformas a las cuales la administración podría acceder para acompañar información en el marco de un procedimiento administrativo, ¿a qué documentos se podría acceder?.

Sobre esta cuestión, y vinculado a esta previsión del otorgamiento del consentimiento para acceder a los datos/información de un particular, resulta oportuno incorporar al análisis un precedente en el cual se analizó el acceso a la información a través de plataformas digitales y sistemas de reconocimiento facial.

Sucintamente los hechos del caso, la asociación Observatorio de Derecho Informático Argentino inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la que luego adhirieron habitantes de la CABA, y diversas asociaciones, respecto de determinados actos administrativos vinculados al Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos (SRFP), el sistema preventivo y el sistema forense y sus correspondientes registros de bases de datos informatizadas, de los que se realizaban tratamientos de datos automatizados, por considerar que dicha conducta vulneraba diversas garantías constitucionales.

16 López Mesa, Marcelo en "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas", Tomo Zeus Nro. 76, pág. 1, Zeus Editora S.R.L; referencia bibliográfica realizada por SAIJ en http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dasa990043-lopez_mesa-doctrina_las_cargas_probatorias.htm (últ. rev. 15/10/2024).

En primera instancia se hizo lugar a la acción de amparo y se declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 398/2019 por cuanto allí el SRFP se había implementado sin cumplir los recaudos legales de protección de los derechos personalísimos de los habitantes de la CABA; se dispuso también la nulidad de todo lo actuado por el Ministerio de Justicia y Seguridad local en el marco del SRFP, y se supeditó la puesta en funcionamiento del SRFP a la Constitución y debido funcionamiento de los órganos de control, que eran la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia en el ámbito de la Legislatura de la CABA y Defensoría del Pueblo de la CABA. Dicha decisión fue apelada por las partes y motivó el pronunciamiento de la Sala I de la CATyRC de CABA.

En lo que aquí interesa, la Sala resolvió (*i*) rechazar el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal; (*ii*) desestimar la apelación deducida por el GCBA; (*iii*) no hacer lugar a los recursos incoados por los coactores ODIA; y Paula Castillejo Arias y Víctor Leopoldo Castillejo Rivero; y (*iv*) hacer lugar parcialmente a los agravios del coactor CELS y, en consecuencia, ordenó: *a*) la rehabilitación del funcionamiento del SRFP, además de quedar supeditada a la Constitución y debido funcionamiento de los órganos de control (de acuerdo a lo dispuesto por la jueza de grado) también quedara sujeta a la realización de las investigaciones y pruebas necesarias sobre el *software* que utiliza el SRFP (por parte de los organismos de control con asistencia del accionado o de quien este considere adecuado), para determinar si su empleo tiene un impacto diferenciado según las características personales de los individuos afectados; y *b*) antes de poner en funcionamiento el SRFP, se dé a publicidad y se informe –en el ámbito de los FOSEP y a través de la Coordinación– a los vecinos y organizaciones que así lo soliciten (a través de los mecanismos habituales) la existencia de esta herramienta, su funcionamiento y las reglas jurídicas que en su totalidad lo rigen, a fin de que expongan las observaciones que entiendan necesarias; escrutinios que deberán ser transmitidos a la autoridad de aplicación del SRFP a fin de que exponga las explicaciones necesarias y, de entenderlo procedente, adopte medidas que perfeccionen el sistema[17].

Ahora bien, de acuerdo al trabajo que aquí nos convoca, cabe efectuar una breve reseña de aquellos argumentos que más se vinculan con nuestro tema de análisis.

Respecto del acceso a los datos con los que el sistema SRFP operaba, el Tribunal analizó detalladamente de qué forma se obtenían y en este sentido, se afirmó que el SRFP funcionaba a partir de la reunión del dato biométrico provisto por el RENAPER (Registro Nacional Público de las Personas) y la orden judicial incorporada a la CONARC (que es el sistema donde están registradas todas las

17 Sala I, CATyRC *in re* "Observatorio de Derecho informático Argentino O.D.I.A. y otros c/GCBA s/amparo -otros", sentencia del 28/04/2023, publicado en consulta pública (wwww.consultapublica.gob.ar)

personas que tienen pedido de captura o están en rebeldía), y ello daba lugar al registro de búsqueda sobre el que trabaja el SRFP.

Asimismo, se señaló que existía un Convenio Marco de Colaboración entre la Defensoría del Pueblo de la Ciudad y el Ministerio de Justicia y Seguridad del GCBA, en el cual la Defensoría le había solicitado a la autoridad de aplicación que informara que medidas se habían adoptado frente a la constatación de errores en las comunicaciones judiciales de los distintos juzgaos, lo que había motivado interceptaciones y detenciones de ciudadanos distintos a los requerido, y que dicha información no había sido brindada sino hasta el transcurso de la causa judicial.

En este punto, el Tribunal señaló que la cuestión versaba sobre el funcionamiento adecuado del SRFP *in totum*. Y la acción era contra el GCBA en su calidad de creador y operador del sistema; y en consecuencia, responsable de su puesta en marcha sin errores que generen restricciones indebidas sobre los derechos de los ciudadanos. Recordó que en el sistema del SRFP intervienen distintos organismos, por un lado la CONARC y por el otro, el RENAPER y que además, participa la Secretaría de Justicia y Seguridad (órgano donde deben dirigirse los requerimientos realizados por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la CABA). Finalmente, el Centro de Monitoreo Urbano de la Policía de la Ciudad (CMU) quien tiene a cargo la operatoria del SRFP.

Se destacó que de un informe elaborado por la Dirección Nacional de Registro de Reincidencia se había señalado que, sin perjuicio de haberse realizado diversos contralores y relevamientos permanentes de la información contenida en la CONARC, igualmente podían surgir diferentes supuestos tales como la fallas en los datos patronímicos de las personas humanas incluidas; fuese por información brindada por la propia persona humana, o por errores involuntarios de parte de los operadores del sistema judicial, modificación de temperamentos procesales, cuya comunicación para su debida toma de razón se demoraba y ello podía dar lugar a detenciones erróneos –falsos positivos– con las consecuencias disvaliosas que ello podría ocasionar al sujeto involucrado. Se agregó también que de la prueba del expediente surgía que cuando el sistema comenzó a funcionar en el año 2019 se produjeron múltiples casos de falsos positivos.

Así fue que el tribunal, luego de efectuar una detallada reseña de lo sucedido, de las falencias del sistema, de los informes elaborados y las medidas adoptadas por los distintos organismos, concluyó que: desde la fecha en que se habían producido los falsos positivos detallados por la DP local y aun cuando estos eventualmente no hubieran sido provocados por errores imputables directamente al manejo de la herramienta por parte de las autoridades locales, no fue posible para el demandado demostrar la inexistencia de detenciones o demoras injustificadas de quienes transitaban por la Ciudad con motivo de la utilización del SRFP y, por ello, se sostuvo que el SRFP no podía concluir que no arrojara

errores en la identificación de las personas. En este sentido, destacaron que si bien se había acompañado un informe en el que se dejaba constancia de las mejoras del sistema, en tanto se había realizado un ajuste en la densidad de pixeles para alcanzar una mejor calidad, ello no aludía a la inexistencia de errores en la carga de datos en la CONARC.

En este aspecto, el Tribunal advirtió que la relevancia de este debate radicaba en "la incidencia en la vida cotidiana de las personas debido al ejercicio irregular de las competencias por parte de las autoridades, con sustento en errores u omisiones en el cumplimiento de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico (...), constituye una afectación directa y concreta a los derechos constitucionales a la libertad ambulatoria; a la autonomía personal; a la dignidad; a la igualdad de trato; y a todos los derechos que incidentalmente se ven restringidos a partir de la vulneración de aquellos (derecho a la intimidad personal; de reunión; a trabajar; etc.)".

Luego, y ya para finalizar, en lo que aquí es relevante, en el destacado fallo, se afirmó que no se podía minimizar la existencia de una mayor cantidad de registros de datos biométricos que aquella que conformaba la base de datos de la CONARC; en particular, cuando no se había justificado a qué obedecía esa discrepancia inapropiada en el marco del SRFP. Y sobre estas bases el Tribunal resolvió confirmar la sentencia de grado y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por uno de los coactores[18].

Ahora bien, luego de esta reseña y volviendo con el análisis del principio de eficiencia burocrática, es oportuno indicar que el legislador habilitó al Poder Ejecutivo a que, en aquellos casos en los que el interesado hubiera expresado su consentimiento para que esa información pueda ser recabada, la administración podía acceder a ella a través de distintos sistemas. Y los interrogantes que aquí

18 Asimismo, dispuso rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, por los coactores ODIA, Paula Castillejo Arias y Victor Leopoldo Castillejo Rivero; y la apelación planteada por el GCBA. Dispuso hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por a los agravios del coactor CELS y, en consecuencia, ordenar que: a. la rehabilitación del funcionamiento del SRFP, además de quedar supeditada a la Constitución y debido funcionamiento de los órganos de control (tal como dispuso la sentencia de grado; actuación 2453371/2022), también quede sujeta a la realización de las investigaciones y pruebas necesarias sobre el *software* que utiliza el SRFP (por parte de los organismos de control con asistencia del accionado o de quien este considere adecuado), para determinar si su empleo tiene un impacto diferenciado según las características personales de los individuos afectados; y b. antes de poner en funcionamiento el SRFP, se dé a publicidad y se informe –en el ámbito de los FOSEP y a través de la Coordinación– a los vecinos y organizaciones que así lo soliciten (a través de los mecanismos habituales) la existencia de esta herramienta, su funcionamiento y las reglas jurídicas que en su totalidad lo rigen, a fin de que expongan las observaciones que entiendan necesarias; escrutinios que deberán ser transmitidos a la autoridad de aplicación del SRFP a fin de que exponga las explicaciones necesarias y, de entenderlo procedente, adopte medidas que perfeccionen el sistema.

se podrían plantear serían: ¿a qué tipo de plataformas la administración podría acceder en la búsqueda de información?, ¿quién tendría la competencia para seleccionar estas plataformas?, y sobre estas premisas también se podría pensar, ¿de qué manera se controlaría que, la información a la que la administración eventualmente pudiera acceder, se correspondiera exactamente con aquella a que los particulares, habilitaron su acceso?, ¿cómo se instrumentaría el sistema de control?, ¿qué poder del Estado controlaría el efectivo cumplimiento de este requisito?

Teniendo en cuenta que la nueva Ley de Procedimientos Administrativos tuvo su fecha de publicación reciente, como así también, que la reglamentación –hasta el momento– nada ha sostenido respecto del apartado aquí en comentario[19], subsiste la posibilidad de que la administración próximamente brinde pautas ordenatorias referidas a este artículo y zanje estos interrogantes; caso contrario, eventualmente se verá en la efectiva aplicación de este principio los instrumentos y/o procedimientos de control que se vayan instando en el marco de la ejecución de esta potestad que la nueva redacción de la Ley 19.549 le otorga a la administración.

4. Conclusiones

Finalmente, y para cerrar estas breves líneas acerca de las modificaciones de la Ley de Procedimientos Administrativos referentes a los principios que rigen el procedimiento administrativo, recapitulemos algunos aspectos.

En primer término, reiterar la importancia de los fines del procedimiento, pues tal como fuera expuesto, en esta instancia administrativa, en esta senda de comunicación directa con la administración, el procedimiento administrativo es el camino que el particular tiene para transitar sus reclamos, solicitudes para con el Estado, de cuyo resultado luego dependerá, en algunos casos, su derecho a continuar con ese reclamos en sede judicial, su acceso a la justicia.

Más adelante, y luego de efectuar una comparación entre los principios regulados en la versión anterior de la ley y la nueva redacción, se plantearon algunos interrogantes en torno a este nuevo art. 1º *bis*, aquí se puso de resalto la posibilidad que le otorga el nuevo texto de la Ley de Procedimientos Administrativos a la administración para sustituir el procedimiento de audiencia pública por otro procedimiento. En este apartado se advirtió sobre los riesgos que podría acarrear la falta de regulación expresa de cuáles podrían llegar a ser estos nuevos procedimientos, o de qué manera se podría arribar a ellos. En este apartado, el interrogante se apoyó sobre la discrecionalidad que la redacción de este nuevo artículo le otorga a la administración para decidir de qué manera va a garantizar la participación de los particulares en la toma de decisiones públicas.

De igual manera, y con relación al principio de eficiencia burocrática, se esgrimieron algunos cuestionamientos vinculados a su efectiva aplicación y, desde

19 Decreto reglamentario 695/2024 PEN, del 2/8/2024 (BO 05/08/2024).

allí, se intentó advertir sobre los riesgos que puede ocasionar la falta de regulación específica vinculada al control del uso de los datos personales por parte de la administración.

La nueva Ley de Procedimientos Administrativos incorporó sustanciales cambios en el ejercicio del derecho administrativo, en institutos como el amparo por mora, modificó también los plazos para la impugnación de los actos de la administración, como así también los silencios del Poder Ejecutivo y sus efectos, entre otros aspectos. En este contexto, es que se incorporaron estos cambios entre las pautas ordenatorias del procedimiento; y si bien, su estructura resulta similar –en principio– a la versión anterior de la Ley 19.549, lo cierto es que, tal como se ha identificado a lo largo de esta reflexión, la nueva ley viene a incorporar mejoras en algunos de estos principios, como en el caso de la razonabilidad de los plazos al momento de resolver los planteos en sede administrativa, apartado que se incorpora en el principio de la tutela administrativa efectiva. Lo cierto es que la nueva redacción de la Ley de Procedimientos Administrativos establece nuevas pautas ordenatorias que, cuanto menos, suscitan interrogantes en cuanto a su aplicación, tales como lo atinente a los posibles reemplazos de los procedimientos de las audiencias pública, o el acceso por parte de la administración a la información de los particulares, y sus respectivos controles.

El derecho administrativo ha cambiado mucho y sigue cambiando constantemente. Ello se debe a su estrecha conexión con la evolución de la política, de la economía y de la sociedad pues, más que desde las alturas del derecho constitucional, es a través del estudio del derecho administrativo como mejor podemos percibir y entender las relaciones del ciudadano con los poderes públicos y la relación entre Estado y mercado[20]. En este contexto, en el cual las demandas sociales actuales requieren por parte del Estado una intervención, que además de garantizar la prestación de las garantías esenciales, incorpore herramientas que permitan maximizar la exigibilidad de estos derechos, la aplicación de los principios rectores que orientan el trámite del procedimiento debe efectuarse de manera que coadyuven a la celebración de unos de los fines esenciales del Estado que es el acceso a la justicia, y ello también abarca el recorrido que realiza el particular en la instancia administrativa. Desde esta perspectiva, esperemos que la nueva letra de la Ley de Procedimientos Administrativos, en este aspecto, pueda dar una adecuada respuesta.

GALA RAMOS

Es Doctoranda en Derecho y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Docente

20 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo.* Parte General". Editorial Tecnos. Vigésima edición. 2024. Pág. 27.

de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Investigadora. Prosecretaria Letrada de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

BREVES APUNTES ACERCA DE ACIERTOS, INCERTIDUMBRES Y SORPRESAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS RECIENTES REFORMAS A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

GUILLERMO SCHEIBLER
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Juez en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué novedades aporta en la materia la Ley 27.742 (y su reglamentación)? 3. Aciertos. 3.1. Adopción de algunos principios "amigables" a la participación. 3.2. Adopción de una fórmula amplia de legitimación compatible con el art. 43 de la CN. 3.3. Previsión expresa de los mecanismos de participación ciudadana. 3.4. Otorgamiento de "rango legal" a ciertas garantías y recaudos que deben reunir los métodos participativos. 4. Incertidumbres. 4.1. ¿Es reemplazable la audiencia pública prevista legalmente? 4.2. ¿Y la materia ambiental? 4.3. El derecho de acceso a la información pública (Ley 27.275). 5. Sorpresa. 6. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN[1]

A más de cuarenta años del regreso a la democracia y treinta de la reforma constitucional de 1994, la principal ley que debe regir en gran parte el modo en que la Administración se desenvuelve, toma sus decisiones y se relaciona con la ciudadanía no había casi sufrido modificaciones desde su sanción en 1972 por parte de un gobierno de facto. Ni la recuperación democrática continuada desde 1983 ni las importantes instituciones jurídicas incorporadas al texto constitucional en 1994[2] parecían hacer mella en su articulado.

1 Agradecemos en primer lugar muy especialmente a la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA la invitación a participar de esta obra, formulada por su Secretario, Dr. Enrique ALONSO REGUEIRA.

2 Artículos 37, 39, 40, 41, 42, 43, 75 inc. 22, entre otros.

En efecto, más allá de los avances en la jurisprudencia y lo afirmado por la doctrina, en concreto el sistema del texto de la Ley 19.549/72 y su reglamentación seguía limitando la legitimación para recurrir o accionar a los portadores de "derechos subjetivos e intereses legítimos" y no preveía en su articulado mención alguna a ningún mecanismo de participación ciudadana en el procedimiento administrativo, la denominada "participación administrativa"[3].

A tal fin entendemos por "participación administrativa" aquella intervención del particular en el ejercicio de diversos aspectos de la función administrativa en aquellos casos que excede la defensa de un derecho subjetivo o un interés propio. Es decir, cuando el administrado actúa a título de ciudadano, simple afectado por el interés general o integrante de determinados sectores más específicos, pero siempre genéricos (vecino, usuario, profesional, comerciante, habitante de determinado ambiente, etc.)[4].

Por lo general, lo que tal instituto persigue es "romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público" que tradicionalmente recae únicamente en órganos de la Administración y abrir ese procedimiento decisorio a la opinión ciudadana[5]. Es, como afirmaba Gordillo citando a Rivero, "el clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder"[6].

En esta línea, ha de recordarse que conforme corresponde a la moderna república democrática, la Constitución Nacional garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular (art. 37), a la vez que reconoce aquellos otros no enumerados que nacen del mismo principio y de la forma republicana de gobierno (art. 33).

Tales derechos no se limitan a la emisión periódica del sufragio en las elecciones de representantes y autoridades ejecutivas, sino que comprenden el derecho a participar "*directamente*" en la "*dirección de los asuntos públicos*" (art. 21, DUDH y art. 23 de la CADH, art. 75, inc. 22, CN).

3 Ver GORDILLO, Agustín; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1973;. USLENGHI, Alejandro J. y GATTI, Walter O., "Aportes para un teoría de la participación administrativa", Revista RAP Nº162 (1992); COMADIRA, Julio Rodolfo, "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas), Buenos Aires, EDA, 2005-400; REIRIZ, María Graciela (2005), "La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control", en *Revista Jurídica de Buenos Aires Vol. 2004,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, entre muchos otros.

4 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2006); *Curso de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, La Ley, 2006.

5 REIRIZ, Graciela; op. cit.

6 GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2,* Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10ed., 2014.

En efecto, "[l]a participación ciudadana en la gestión pública es consustancial a la democracia. Los principios democráticos de la representación política *deben complementarse con mecanismos de participación de la ciudadanía en la gestión pública*, que permitan expandir y profundizar la democracia y su gobernabilidad"[7].

Con similar orientación se ha sostenido desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el ciudadano "quiere algo más que ser bien gobernado, quiere gobernar. En la estructura del gobierno de la sociedad tradicional el sufragio se reducía al derecho a ser bien gobernado. En la estructura del gobierno de la sociedad actual adquiere una dimensión nueva y se convierte en el derecho a gobernar y ser bien gobernado. El advenimiento de la democracia contemporánea ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum *o cualquier otro medio de consulta o participación popular.* Es decir, no sólo el derecho a intervenir en la elección de sus representantes sino a participar en la actividad gubernativa"[8].

Nuestro tribunal supremo también ha destacado más recientemente la vigencia e importancia de este derecho en numerosos precedentes afirmando que "[f]undamentalmente la democracia consiste en la habilidad de los individuos de participar efectivamente en la toma de decisiones que los afecten"[9].

En la misma inteligencia la CIDH ha resuelto que "[l]a participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, *así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa"*[10]. El mismo Tribunal recordó en otra ocasión que "la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [... es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia"[11].

2. ¿QUÉ NOVEDADES APORTA EN LA MATERIA LA LEY 27.742 (Y SU REGLAMENTACIÓN)?

Una primera (y siempre provisoria) lectura de las reformas introducidas al régimen de procedimiento administrativo en materia de participación ciudadana

7 Punto 3 de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Estoril, Portugal, 2009, el destacado no es original.

8 Del voto en disidencia del Dr. Carlos S. Fayt en CSJN *"Baeza",* 1984*,* Fallos 306:1125, el destacado no es original.

9 CSJN, "ADC", 2012, Fallos: 335:2393; CSJN "CEPIS", 2016, Fallos 339:1077, entre otros.

10 Corte IDH, "Yatama", 23 de junio de 2005.

11 Corte IDH, "Reyes", 19 de septiembre de 2006.

nos permite señalar la existencia de incorporaciones que nos parecen acertadas, disposiciones que nos generan preocupación o incertidumbre y también, alguna sorpresa en la reglamentación. Intentaremos repasarlas en ese orden y finalizar con alguna conclusión a modo de balance transitorio.

3. ACIERTOS

Podemos señalar cuatro factores que, en principio, nos parecen aciertos o elementos que actualizan y ponen un poco más a tono al régimen procedimental con la normativa de jerarquía superior ya vigente hace décadas en el país y por lo tanto implican una superación respecto de la situación anterior. Los reseñaremos brevemente.

3.1. *Adopción de algunos principios "amigables" a la participación*

En efecto, el art. 1º *bis* que detalla los principios del procedimiento administrativo agrega algunos nuevos –sin detallar su contenido, es cierto– a los ya "tradicionales". En este punto, nos parece pertinente mencionar los principios de transparencia, tutela administrativa efectiva, buena administración y razonabilidad. De la interpretación conjunta de ellos es posible derivar –o al menos intentarlo– la necesidad de incluir ciertos aspectos del factor participativo entre las características del procedimiento administrativo de una Administración democrática.

3.2. *Adopción de una fórmula amplia de legitimación compatible con el art. 43 de la CN*

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia ya habían interpretado que la recepción constitucional de los derechos de incidencia colectiva en el art. 43 implicaba necesariamente su traslación al ámbito de las materias regidas por la Ley del Procedimiento Administrativo y su reglamentación, la ley y su reglamento seguían limitando en su texto la legitimación activa a los portadores de "derechos subjetivos o intereses legítimos". En este sentido la nueva fórmula que adopta tanto la ley como su reglamento –"derecho o interés jurídicamente tutelado"– indudablemente debe interpretarse como inclusiva de los derechos de incidencia colectiva reconocidos por el constituyente en 1994.

3.3. *Previsión expresa de los mecanismos de participación ciudadana*

Ahora sí, tras más de 40 años de democracia y 30 años de la última reforma constitucional, la Ley 19.549 contiene institutos que permiten –en ciertos casos– ejercer el "derecho a participar en los asuntos públicos" en situaciones que involucran decisiones de la Administración en asuntos que trascienden lo meramente individual. La mención explícita en los arts. 1 *bis* y 8 *bis* a la audiencia pública, consulta pública u otros equivalentes, que permitan la participación de interesados con carácter previo al dictado de un acto, más allá de los portadores

de derechos subjetivos. Su inclusión (el supuesto el art. 1 *bis*) se da en el marco del "derecho a ser oído", lo nos conduce a recordar el planteo que siempre formulaba el recordado Agustín Gordillo, quien sostenía desde la reforma de 1994 que respecto de los derechos de incidencia colectiva regía igualmente la garantía constitucional del artículo 18, que debía materializarse también en tales casos, a su criterio, mediante la realización de audiencias públicas[12].

Sentado lo expuesto, podemos señalar que la ley hace referencia a dos supuestos diferentes en ambos artículos. En el primero de ellos (1 *bis*), dentro del acápite referido al "derecho a ser oído", se refiere a los casos en que "por una norma de rango legal" fuere exigible la realización de una "audiencia pública", esto es, un modo específicamente determinado de participación ciudadana que posee una reglamentación y características específicas[13]. Volveremos más adelante sobre este artículo.

El segundo supuesto (art. 8 *bis*) se refiere a aquellos supuestos en que "la ley exija la participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos" –pareciera que se trata de situaciones en que la ley respectiva no define un modo específico en que esa participación debe llevarse a cabo– y prescribe que tendrá lugar a través de un procedimiento de consulta pública y que "cuando así lo ameriten las circunstancias"[14] también podrá optarse por "la celebración de una audiencia pública no vinculante".

3.4. *Otorgamiento de "rango legal" a ciertas garantías y recaudos que deben reunir los métodos participativos*

Quizás el aspecto más relevante en la materia que nos trae la reforma a la Ley 19.549 esté dado por la consagración legal de una serie de requisitos que obligatoriamente deberán tenerse en cuenta[15], cualquiera sea el mecanismo participativo que en definitiva se utilice para materializar el "derecho ser oído" del art. 18, CN en casos de derechos o intereses que excedan la esfera individual. Se trata así del establecimiento en la Ley de Procedimientos Administrativos de un *standard mínimo legal para cualquier mecanismo participativo* que –en orden a los principios de buena fe y confianza legítima, entre otros– no podrían ser obviados por los entes y órganos que se desempeñen en su ámbito de aplicación.

12 Gordillo, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2,* Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10ed., 2014.

13 Previstas en el Anexo I del decreto 1172/PEN/2003, aplicable en principio a todas audiencias públicas que se realicen en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

14 "Justificando la decisión en razones de economía, sencillez y celeridad".

15 Muchos ya previstos en los anexos del Decreto 1172/PEN/2003, pero ahora con rango legal.

Sistematizando entonces las previsiones de ambos artículos (1 *bis* y 8 *bis*) todo mecanismo participativo deberá por expreso mandato legal:

a) perseguir el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados (art. 1º *bis*). Esto es, no es posible pensarlos, reglamentarlos o ejecutarlos como *el mero cumplimiento de una formalidad.*

b) obligar a las autoridades administrativas a "considerar fundadamente" las principales cuestiones conducentes allí planteadas (art. 1º *bis* y art. 8 *bis*). Por lo que la motivación del acto o reglamento que en definitiva se dicte no podría válidamente eludir la mención a las eventuales objeciones, apoyos, solicitudes de modificación, etc. que se hayan planteado y las razones detalladas de por qué se las adopta o desecha.

c) resguardar el acceso a la información adecuada, veraz e imparcial (art. 8 *bis*), obviamente con carácter previo a la realización del mecanismo participativo y con una antelación razonable para su estudio por parte de los interesados. Todo ello, en sintonía con lo previsto en el art. 1º de la Ley 27.275 (Derecho de Acceso a la Información Pública)[16] y otras normas supranacionales[17].

d) brindar a los interesados la posibilidad de exponer sus opiniones con la amplitud necesaria dentro de plazos razonables (art. 8 *bis*).

4. INCERTIDUMBRES

Detallamos hasta aquí los que consideramos –en una lectura optimista– aspectos positivos que la reforma ha introducido en materia de participación ciudadana. Corresponde ahora exponer las dudas o incertidumbres que nos plantean algunas previsiones de los mismos artículos (1 *bis* y 8 *bis*).

4.1. *¿Es reemplazable la audiencia pública prevista legalmente?*

Como ya mencionamos, el supuesto previsto en el inciso *a*), apartado (*i*) –"derecho a ser oído"– del art. 1 *bis* refiere a aquellos casos en que "por norma de rango legal" sea exigible realizar una audiencia pública, precisando que se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable[18] y, agregamos, como mínimo también respetando los recaudos legales que sintetizamos previamente.

Ahora, bien las dudas surgen cuando a continuación la norma establece 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

16 Artículo 1º - *Objeto.* La presente ley tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública [...]

17 Artículo 13 de la CADH (entre otros) en los términos en que fue interpretado por la Corte IDH en el caso "Reyes", 19 de septiembre 2006, entre otros.

18 Como ya expusimos, en principio, el Anexo I del Decreto 1172/PEN/2003.

logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate". Es decir, ¿podría la autoridad administrativa competente en el caso concreto dejar de lado la obligatoriedad de realizar una audiencia pública como mecanismo para materializar el "derecho a ser oído" prevista expresamente en leyes anteriores de temática específica[19]?

Anticipamos nuestra opinión negativa, en tanto tales leyes anteriores continúen vigentes. No pareciera resultar válida pues una suerte de "autorización" a los órganos administrativos para apartarse de sus previsiones según su criterio.

A ello resulta relevante agregar que el instituto de la audiencia pública –con todas las limitaciones que pueda tener– reúne una serie de garantías y recaudos de transparencia que se encuentran ausentes en los mecanismos aludidos por la norma[20]. Nos referimos a la publicidad amplia y formalizada de su convocatoria, el registro de participantes, la posibilidad de asistir como orador o mero público, acceder al expediente respectivo, etc.[21].

Por tal razón estimamos que se dificulta la posibilidad de reemplazar válidamente en estos casos la instancia legal de la audiencia pública por "comentarios o aportes que se suman a una web", "encuestas", "reuniones con vecinos", "*focus groups*", consultas con actores posiblemente no identificados y de contenido no registrado u otros métodos que no reúnan una serie de garantías de un procedimiento formalizado, adecuada publicidad y transparencia sin afectar el principio de no regresividad que rige en la materia.

4.2. *¿Y la materia ambiental?*

Como ya señalamos el nuevo artículo 8 *bis* contempla aquellos casos en que la ley exige algún tipo de participación previa al dictado de un acto o reglamento pero no especifica a través de qué instituto debe materializarse. Sin embargo, tal previsión se focaliza expresamente en una materia determinada, como es la de "usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos".

Ante ese recorte temático, cabe interrogarse qué sucede con otra de las materias en que la participación ciudadana resulta inescindible de la actuación de la Administración por mandato supranacional y legal expreso. Nos referimos a la materia ambiental (art. 41, CN).

En efecto, ¿no debieran considerarse incluidos en los términos de este artículo aquellos supuestos en que la ley –o incluso normas de jerarquía superior– exige también participación o consulta pública sin explicitar un método específico? Nos referimos, por poner sólo unos pocos ejemplos, a la Ley General del Ambiente (de

19 Como por ejemplo las Leyes 24.076 (Marco Regulatorio del Gas), 24.065 (Régimen de la Energía Eléctrica) o 23.879 (Represas y Obras Hidráulicas).

20 Ver por ejemplo, en https://consultapublica.argentina.gob.ar (consultado el 04/11/2024) las pautas que rigen la "consulta pública".

21 Ver Anexo I del Decreto 1172/PEN/2003.

presupuestos mínimos para una gestión ambiental sustentable, 25.675), la Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global (27.520) o las previsiones del Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública, y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, aprobado por Ley 27.566).

Estimamos que la falta de mención expresa de la cuestión ambiental[22] no exime a la Administración de cumplir los recaudos que detallamos en el apartado anterior (punto III.*d*) –previstos en los art. 1 *bis* y 8 *bis*– en los mecanismos que utilice para cumplir las exigencias participativas previstas en las normas mencionadas en el párrafo anterior (entre otras relativas a la cuestión de los derechos previstos en el art. 41 de la Constitución Nacional).

4.3. *El derecho de acceso a la información pública (Ley 27.275)*

La nueva redacción del art. 1º de la Ley de Procedimientos Administrativos se refiere exclusivamente –y con más detalle que la versión anterior– al ámbito de aplicación de sus disposiciones. En lo que aquí nos interesa, el nuevo inciso *c*) precisa que "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" y que los entes mencionados –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. Agrega que 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[23].

En este punto, conviene recordar que la Ley 27.275, incluye entre los "sujetos obligados a suministrar información pública" a "las empresas y sociedades del Estado que abarcan 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".

22 Probablemente involuntaria y producto del intenso trámite legislativo de una ley tan abarcativa como la 27.742.

23 Se ha afirmado que "puede ser éste el caso de la aplicación de la Ley 27.275 de Información Pública [ver su art. 7, incs. *g*) y *l*)]" (MAIRAL, Héctor y VERAMENDI, Enrique; *La reforma de la ley de procedimientos administrativos,* TR LALEY AR/DOC/1777/2024).

Estimamos que el basamento supranacional del derecho de acceso a la información pública[24] no debería permitir considerar la existencia de algún tipo de modificación a la situación prevista respecto de estas formas organizativas por la Ley 27.275[25].

5. SORPRESA

La última cuestión que nos interesa señalar en esta breve primera aproximación al análisis de las reformas introducidas en la materia por la Ley 27.742 constituye una verdadera rareza, al menos en nuestro medio y se encuentra inserta en su reglamentación.

Como resulta habitual en nuestra legislación, los mecanismos de participación tienen carácter *no vinculante*. Esto es, allí no se decide, ni lo que se opine –por más que se incline en forma mayoritaria hacia alguna dirección determinada– obliga en modo alguno a la Administración a resolver en tal sentido. Como sostiene Gordillo respecto de la audiencia pública, "en ella el público se limita a defender sus derechos pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse"[26]. En el mismo sentido, el propio nuevo artículo 1 *bis*, en su párrafo respectivo, se encarga de recordar que "el contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas".

Por tales razones resulta particularmente llamativo el modo en que quedó redactado el nuevo art. 64 *bis* del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Allí se establece que "el procedimiento de consulta pública previsto en el artículo 8 *bis* de la Ley de Procedimientos Administrativos *no será vinculante*". Hasta aquí ninguna novedad y sólo podría parecer aclarar –un poco de modo redundante– lo que sí figuraba en el párrafo respectivo del art. 1 *bis* de la ley, pero no en el artículo 8 *bis* que sólo lo mencionaba expresamente respecto de la posibilidad [alternativa de otros procedimientos de consulta pública] de convocar a "audiencia pública no vinculante".

Lo curioso se encuentra en la última parte del art. 64 *bis*, que plantea una excepción a la regla general en estos términos: "salvo que una ley, un reglamento *o el acto de convocatoria* establezcan expresamente lo contrario".

24 Que ya mencionamos y que entre cuyas reglas básicas se encuentra aquella que sostiene que resulta información pública toda aquella que se relacione de algún modo con la gestión de fondos públicos.

25 Siempre con arreglo, claro está, a las excepciones que la propia Ley 27.275 contiene.

26 GORDILLO, Agustín; *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas - Tomo 2,* Cap. XI, Buenos Aires, FDA, 10ed., 2014.

Esto es, se prevé la posibilidad de la existencia de mecanismos de "consulta pública" *con carácter vinculante* para la Administración, ya sea por ley, por reglamento, o incluso por el mero acto de convocatoria de la autoridad competente.

En primer lugar, recordemos que en principio en nuestro régimen jurídico el único instrumento participativo con carácter vinculante es el establecido en el primer párrafo del art. 40 de la Constitución Nacional[27], que prevé estrictos requisitos de publicidad y nivel de participación en su ley reglamentaria[28] y que sólo puede ser convocado por el Congreso de la Nación[29].

Otra cuestión que merece comentario reside en que, al contrario de toda lógica, se prevé ese posible "carácter vinculante" para el mecanismo participativo que contiene menores recaudos y garantías de transparencia y publicidad, por lo que es más posible que pueda llevarse a cabo "fuera del alcance de los radares" de la atención pública, prensa, sectores interesados en la materia de la sociedad civil, etc.

En este punto es fundamental recordar que una de las razones que se suelen esgrimir para desaconsejar otorgar carácter vinculante a los mecanismos participativos[30], tiene que ver con la posibilidad de que no reflejan necesariamente la "voluntad general" o "el interés común", sino el de determinados grupos de interés con mayor poder de movilización, influencia, llegada a resortes estratégicos, información de la existencia o convocatoria de ese mecanismo de consulta pública, etc.

Siguiendo esta línea argumentativa no podemos dejar de advertir que: a) la norma en comentario prevé la posibilidad de asignar ese efecto vinculante por vía de reglamento o incluso del simple acto de convocatoria al procedimiento de consulta, b) el art. 8 *bis* (reglamentado por el 64 *bis*) refiere a aquellos supuestos en que se exija la "participación de usuarios y consumidores *en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos*" y c) como afirmaba aquel brillante profesor italiano "en muchas ocasiones el fracaso sistemático de las regulaciones

27 Art. 40 : El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.[...]

28 Ver Ley 25.432. El voto es obligatorio (art. 3º) y la consulta popular vinculante será "válida y eficaz" siempre y cuando haya participado cómo mínimo el 35% de todo el cuerpo electoral de la Nación (art. 4º). Además, el texto íntegro del proyecto sometido a consulta debe ser publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina, en el diario de mayor circulación de cada una de las provincias y en los dos diarios de mayor circulación del país. Y, asimismo, una vez dictada la convocatoria, todos los puntos sometidos a consulta popular deberán difundirse en forma clara y objetiva, por medios gráficos, radiales y televisivos (art. 10º). Entre otros recaudos establecidos en dicha ley.

29 Claramente no se trata de un supuesto de "participación administrativa", sino de otra forma de participación ciudadana. Sin embargo, estimamos pertinente traerlo a colación a los fines comparativos con la reglamentación en comentario.

30 A excepción de aquellos del tipo del contemplado en el primer párrafo del art. 40 de la Constitución Nacional.

podría provenir más que nada de la poca transparencia del proceso regulatorio, que se encuentra expuesto a sufrir la intromisión de grupos de presión (es por esto que se habla de 'captura del reglamento o del regulador') o tiempo atrás se hablaba de 'relación de clientela' entre Administración reguladora y empresas[31].

La suma de lo expuesto nos lleva a concluir que –en caso de ser viable[32] y concretarse esta posibilidad de dar "efecto vinculante" al resultado de un procedimiento de consulta pública[33] ni más ni menos que en "cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos", tal convocatoria debería ser realizada *como mínimo* con los agravados recaudos de transparencia, difusión y publicidad que hoy prevé el Anexo I del Decreto 1172-PEN-2003. Todo ello a fin de asegurar la participación de la máxima pluralidad de actores y/o intereses diversos involucrados en la temática y el conocimiento público de las diferentes posiciones y argumentos expuestos para, de este modo, intentar despejar cualquier tipo de duda o suspicacia a su respecto.

6. CONCLUSIONES

Como ya expusimos la reforma contiene en la materia algunos elementos que estimamos valiosos y otros que pueden generar algunas dudas e incertidumbres.

A modo de una síntesis de estas primeras reflexiones podríamos concluir que:

a) En aquellos supuestos de leyes especiales que prevén la obligatoriedad de realizar audiencias públicas, éstas no podrían ser "sustituidas" a voluntad de la Administración por mecanismos que ofrezcan menos garantías de difusión, transparencia y publicidad.

b) Los "otros métodos" de participación que eventualmente se utilicen deberán contar –además de los recaudos que surgen de los arts. 1 *bis* y 8 *bis*–, con suficientes requisitos de publicidad en la convocatoria, registro de participantes y opiniones, acceso al expediente y otras que derivan de los "flamantes" principios de "transparencia" y "buena fe". De modo tal que pueda materializarse la participación de quien así lo desee, constatarse la efectiva realización de la consulta, su contenido, etc.

31 ROMANO TASSONE, Antonio; "Los 'fracasos' de la Administración democrática: Entre fracasos del Estado y fracasos de la democracia", publicado en Revista [áDA Ciudad Nº3, Septiembre 2010, disponible en www.adaciudad.com.ar.

32 Si no media norma constitucional o legal que lo autorice ¿un órgano de la Administración –dado el carácter obligatorio e improrrogable de su competencia– podría renunciar a ser quién define cuál será el objeto de una decisión y "auto-obligarse" a que se enderece hacia lo indicado por terceros ajenos a las estructuras del Estado?

33 Sobre todo, si se lo realiza por reglamento o mero acto de convocatoria.

c) Las normas de materia ambiental que prevean también la participación previa a la decisión administrativa sin explicitar un método determinado, deben considerarse incluidas en los recaudos que prevén los arts. 1 *bis* y 8 *bis.*

d) La omisión de estos procedimientos participativos cuando son normativamente requeridos, o el incumplimiento grave de algunos de los recaudos que a su respecto consagraron los art. 1 bis y 8 bis, deberían considerarse incursos en el vicio contenido en el inciso *b*), apartado *iv*) del art. 14 reformado ("omisión de audiencia previa del interesado" o "grave violación del procedimiento aplicable") y derivar en la "nulidad absoluta e insanable del acto administrativo dictado.

En 1982, Gordillo afirmaba que "no existe consenso acerca de la conveniencia de introducir mayores mecanismos de participación, y sin embargo tales mecanismos son a su vez indispensables para provocar consenso y adhesión en la ciudadanía sobre el sistema. Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso"[34]. Hoy en día, si bien se advierte que se han reunido las mayorías necesarias para consagrar constitucional y legalmente –ahora incluso en la propia Ley de Procedimientos Administrativos– algunas formas de estos mecanismos, ese consenso no parece haberse derramado demasiado más allá de la formalidad normativa.

Más lejos aún en el tiempo, pero en palabras que no prescriben y mantienen –lamentablemente– cierta carga de aspiración utópica, el mismo autor destacaba cuáles eran los principales requisitos actitudinales que requería una participación genuina y eficaz. Por parte de la Administración "la accesibilidad a las sugerencias y a las críticas, la falta de convicción mesiánica de que se está haciendo lo justo, el deseo de compartir decisiones sin desligarse de responsabilidades por las decisiones que se adopten, la actitud abierta para motivar a los individuos y a los grupos a acercarse a expresar sus opiniones sintiendo que ellas van a ser escuchadas, la convicción de la necesidad de dar explicaciones acerca de los motivos y los fines por lo que se está haciendo algo, la receptividad sincera y amable a las críticas, la predisposición de ánimo para cambiar la decisión más firme si se le prueba que no es la más acertada". Por parte de los ciudadanos, el deseo de participar, aunque la falla más frecuentemente se encuentra en los gobernantes que en los gobernados. Habrá falta de interés de la población cuando se la convoca "a la ejecución de algo que ya estaba decidido por el gobernante, pero no participación en la creación, en la decisión, en la imaginación y conformación de aquello que luego se quería hacer. Aquel tipo de 'participación', claro está, fracasará siempre"[35].

La importante reforma operada sobre la Ley de Procedimientos Administrativos mediante la Ley 27.742 es reciente. Tal como siempre sucede, será menester dejar

34 GORDILLO, Agustín, *La administración paralela,* Madrid, Civitas, 1982.

35 GORDILLO, Agustín, *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio,* Buenos Aires, Ed. Macchi, 1973.

pasar el tiempo para apreciar el efecto de sus disposiciones. El modo en que son aplicadas e interpretadas por la Administración y por los tribunales judiciales determinará, en definitiva, si han significado o no un avance efectivo en la materia.

GUILLERMO SCHEIBLER

Es Abogado y Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (tesis en elaboración). Integra la carrera docente ininterrumpidamente desde 1995 y es Profesor Regular Adjunto de Derecho Administrativo en dicha Facultad. Docente de posgrado en diversas facultades. Autor de numerosas publicaciones de su especialidad. Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde junio de 2008.

PRÁCTICA

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

PEDRO ABERASTURY
Profesor Consulto de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Clases de Silencio. 2.1. El silencio negativo. 2.2. El silencio como ambigüedad. 2.3. Silencio positivo. 3. La reglamentación del silencio positivo. 4. Acto administrativo tácito o ficción jurídica. 5. Revocación del acto estimatorio por silencio. 6. Silencio estimatorio judicial. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) ha introducido importantes modificaciones a la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA). Nos ocuparemos en este trabajo del denominado *silencio administrativo* en cuanto ha reglamentado, de forma general, el denominado silencio negativo, positivo y el ambiguo.

El problema se ha planteado desde antaño por las consecuencias que produce la inactividad de la administración que, como hemos sostenido, tiene la obligación de pronunciarse frente a una petición del particular[1] por lo que tal omisión comporta una actividad ilegítima. A pesar de encontrarse legalmente obligada, la falta de pronunciamiento de parte de la Administración de las peticiones, recursos y/o reclamos que los particulares le realizan, se ha tratado de otorgar un efecto paliativo al disponerse que el particular podrá tener por denegada la petición y, de esta manera, poder ocurrir ante las autoridades superiores o tener por agotada la vía administrativa.

La obligación legal se funda en el derecho de peticionar a las autoridades, previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional (CN), situación que se encuentra amparada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la medida que establece, en el art. 24, que: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya

1 ABERASTURY Pedro-CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo,* 2da ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2022, p. 260 y ss.

sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el deber de obtener pronta resolución"[2].

Este derecho a peticionar no se encontraría garantizado en la medida que no existiera una obligación de parte de la administración de responder, la cual se encuentra prevista en la "Carta Compromiso con el Ciudadano". El art. 3º, inc. *i*, establece el derecho del particular "a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias"[3] y, paralelamente, la Ley 25.188, de Ética Pública, dispone la obligación de las personas que ejercen la función pública, en su art. 2, inc. *e*), de "fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan".

El cumplimiento de esta innegable obligación de la Administración surge de aplicar el principio de competencia que constituye el deber legal de obrar, conforme el art. 3 de la LNPA. Se configura, así, como una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente la cual es improrrogable. Esta obligación se ha visto reforzada con las modificaciones introducidas en el art. 1º *bis* por la Ley 27.742.

Se ha hecho un mayor hincapié en el respeto de los plazos por parte de la Administración, en la medida que el nuevo texto tiende a demarcar la actividad de la Administración conforme a los principios de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y en la buena administración. Asimismo, al introducir en el inc. *a*) del mencionado artículo el principio de la tutela administrativa efectiva que comprende, en el ap. (*iii*) el derecho a obtener una decisión fundada y en el ap. (*iv*) el derecho a que los procedimientos administrativos se tramiten y concluyan en un plazo razonable.

En esta línea, el art. 1º *bis g*) (*i*) de la LNPA establece que los plazos serán obligatorios en el procedimiento administrativo tanto para los interesados como para la Administración debiendo destacarse que en el RLNPA, los vocablos *plazo* y *término* son tratados con un significado similar por la finalidad que cumplen[4], refiriéndose al lapso con que la norma dispone para la realización de una presentación o cualquier otra actuación que tenga lugar en el procedimiento administrativo[5].

2 Similar fundamentación la encontramos en el Derecho Comparado. Cfr. HUERTA, Carla - ROBLES, Rogelio, "El silencio administrativo en México", *RDA Derecho Administrativo*, mayo-junio 2022, Nº 141, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 3 y ss.

3 Decreto 229/2000.

4 CASSAGNE, Juan Carlos*, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 103.

5 Cfr. arts. 25 inc. *b*), 26, 34 inc. *b*), 60 inc. *b*), 72 y en lo que se refiere a la tramitación de los recursos administrativos como surge de los arts. 75, 77. 88, 90 del RLNPA.

La falta de respuesta a la obligación de responder ha sido denominada de diversas formas por la doctrina como inactividad, omisión, retardo, silencio, entre otros[6]. La consecuencia es que existe una obligación expresa, a cargo de la Administración, de pronunciarse por lo que la omisión en el cumplimiento del deber jurídico configura una conducta ilegítima y esta omisión, en el incumplimiento del plazo para responder, se la ha denominada *silencio administrativo* en el derecho administrativo argentino[7], sin perjuicio de la responsabilidad del Estado y de sus agentes en caso de ocasionar un daño al particular[8].

2. Clases de silencio

La inactividad de la administración, de índole formal, es la que acabamos de mencionar[9], en la medida que en un procedimiento se suceden una serie de actuaciones que tienen por finalidad el dictado del acto administrativo definitivo, entendido este como el acto que decide sobre el fondo de la cuestión; la falta del dictado de ese acto (que se encuentra mencionado en el inc. *a*) del art. 23 de la LNPA) y/o de todo otro que coadyuve a la resolución y/o tratamiento nos enfrenta a un procedimiento que aparece como inconcluso, lo cual se puede deber a omisiones, inactividad y/o retardos injustificados. Esta inactividad conlleva una violación al principio de instrucción de oficio y al ejercicio de la competencia y tendrá, según el tipo de actividad que corresponda, una solución procedimental[10].

El obtener un pronunciamiento expreso sobre la petición del administrado constituye un derecho del administrado y de él se deriva la facultad de exigir a la administración un comportamiento determinado, en este caso un pronunciamiento expreso.

6 Desprairies, Armand, "Le Silence de L'administration en France", en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.146.

7 El *silencio administrativo* fue elegido como tema por la Academia Internacional de Derecho Comparado, en el Congreso General celebrado en Asunción Paraguay en 2022, en el que se me asignó la función de Relator General y se me encomendó la elaboración del Informe General para presentar las conclusiones del congreso y editar el libro en el que han participado profesores de 21 diferentes países. Para su elaboración conté con la estimable colaboración del Prof. Oscar Aguilar Valdez. En dichos trabajos se pueden apreciar los diferentes tratamientos que tiene este Instituto, el cual son citados algunos de ellos en el presente artículo. Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, Intersentia - IACL-AIDC, 2003.

8 Singla, Florencia, "Responsabilidad del Estado por silencio administrativo", Tesina aprobada para el título de Magíster en Derecho Administrativo Económico, Universidad Católica Argentina, septiembre 2024, inédita.

9 Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. I, p. 577.

10 Vg. art. 10 y 28 LNPA.

En consecuencia, podemos afirmar que la inactividad material de la administración, en ciertas situaciones, se la puede encuadrar dentro del concepto de silencio[11]. A su vez, la inactividad como tal constituye una clase, dentro de la categoría general de la omisión, que engloba a los diversos supuestos que hemos referido.

El silencio administrativo pretende evitar la arbitrariedad y la injusticia, en la medida en que toda persona tiene derecho a que sus peticiones sean resueltas de manera oportuna así como dar agilidad administrativa a ciertos sectores[12], pudiendo clasificar los efectos del silencio en inactividad silencial positiva, inactividad silencial negativa y actividad silencial ambigua.

La inactividad silencial con efecto positivo tiene por característica que, ante una petición, el silencio o el transcurso de los plazos, sin que la administración se pronuncie, posibilita que el administrado considere que la misma se ha concedido.

La inactividad silencial con efecto negativo, se consagra como un verdadero derecho del particular y no de la administración, por lo que no puede ser interpretado en contra de éste y solo puede ser invocado por el particular. En efecto, en el caso "Biosystem"[13] quedó demostrado que el silencio es un derecho en cabeza del administrado para poder recurrir a la justicia y la interpretación que pueda ser realizada respecto del momento en que pudo tenerse por constituido, nunca será en desmedro de ese derecho.

En dicho precedente se concluyó que era inaplicable el plazo de caducidad para ocurrir a la justicia en caso que, pudiendo invocarse el silencio negativo, ello signifique de por sí el dictado de un acto tácito ya que, tratándose de una ficción jurídica, no podrá comenzar a transcurrir el plazo como si se hubiera dictado un acto expreso. Por otra parte, se reitera, esta ficción sólo puede ser invocada por el particular para tener por conformado el silencio administrativo negativo y la solución contraria solo pudo deberse a una apresurada lectura del art. 31 de la LNPA[14] o, en su caso, del art. 10 de la LNPA.

11 "Hay inactividad administrativa cuando la Administración no ejerce la competencia que le atribuye la ley". POZO GOWLAND, Héctor M., "Administrative Silence in Argentina", en ABERASTURY, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.28.

12 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo - RODRÍGUEZ, Jorge Enrique Santos, "Administrative Silence in Colombian Law", en ABERASTURY, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, *Intersentia* -IACL-AIDC, 2003, p.94.

13 CSJN, "Biosystems S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo", del 11-02-2014, en la causa B. 674, L.XLVII. E. D. A, 2014-46.

14 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 480; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. II, p. 415; TAWIL, Guido, "El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa", en TAWIL, Guido (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires,

En "Biosystems", la CSJN se remitió a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, en cuanto expresó que frente a la actitud pasiva de la administración no es necesaria la existencia de un acto expreso pues, de lo contrario, se impediría el acceso a la vía judicial constituyendo "una opción del particular". Es decir, la inactividad silencial negativa implica la ausencia de acto[15].

En cuanto al silencio ambiguo, se trata de la existencia de un pronunciamiento por parte de la administración que omite pronunciarse sobre uno de los aspectos de la petición o incurre en una redacción de la que no puede interpretarse que se ha expedido sobre lo solicitado.

2.1. *El silencio negativo*

Conforme lo expresado, el deber de expedirse por parte de la administración, debe ser realizado dentro de los plazos establecidos pero, a falta de un plazo determinado, el mismo debe serlo dentro de un plazo razonable ya que la administración se encuentra obligada a ello[16] y ha sido reafirmado en las modificaciones introducidas al art. 1º *bis* inc. *a*) ap. (*iv*) de la LNPA. La doctrina es coincidente en que se trata de una opción del particular para poder acceder a la justicia y que ello no se transforme en un impedimento para condicionar su acceso[17].

Cuando la administración no cumple con su deber y omite emitir decisión sobre lo pretendido por el administrado o sobre los recursos por él interpuestos frente a actos que considera le son perjudiciales se han establecido dos soluciones: la primera de ellas es darle contenido negativo a la petición y la segunda, exigir un pronunciamiento a través de la acción judicial denominada "amparo por mora" previsto en el art. 28 de la LNPA.

Abeledo-Perrot, 2001, p. 330; Cassagne, Ezequiel, *El control de la inactividad formal de la administración* en L.L. 2009-D-1043; Perrino, Pablo E. y De la Riva, Ignacio M, "La Corte Suprema ratifica la inoperancia del plazo de caducidad ante el silencio administrativo frente al reclamo previo", en *E.D. Revista de Derecho Administrativo*, T. 2014, 550.

15 Canosa, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 3ª ed. Buenos Aires, Astrea-RAP, 2017, T. I, pp. 77/151.

16 Aberastury Pedro-Cilurzo, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo,* 2da ed. Actualizada, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2022, p. 260 y ss.

17 Cfr. Canosa, Armando N., *Procedimiento...* cit. p. 151; Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada y anotada*, en Buenos Aires, L.L., 2009, p. 268; Comadira, Julio R. y Monti, Laura, *Procedimientos Administrativos Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, T. I, p. 220; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1979, T. 3. p. VIII-34; Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal...* cit. p. 576; Gauna, Juan Octavio, "Amparo por mora de la Administración Pública", en El Derecho Administrativo Hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 261; Grecco, Carlos M., "Sobre el silencio de la Administración", en *L.L.* T. 1980-C-777.

Esta ausencia de acto, que conlleva por decisión del particular otorgarle un efecto negativo, ha posibilitado que los autores estudien su naturaleza jurídica y le asignen diversos alcances, tales como asimilarla a una ficción legal, una presunción legal o la existencia de una resolución tácita[18]. La ficción jurídica es la que ha recibido mayor recepción por parte de los autores; surge claramente de la interpretación que se realiza en el caso "Biosystem" ya citado y allí se extrovierte que otorgarle el carácter de acto tácito actúa en desmedro de los derechos para accionar judicialmente. En cuanto a la presunción legal, la norma no presume la existencia de un acto negativo sino que es el administrado el que torna operativo el silencio y se encuentra a su cargo el dar nacimiento a esta ficción.

Este silencio negativo lo encontramos regulado normativamente desde antiguo, tal como lo previó el art. 2 de la Ley 3.952 (27-9-1900) de demandas contra la Nación, que permitió iniciar las acciones judiciales contra el Estado Nacional en caso de falta de respuesta. En el caso, era obligatorio la interposición de un pronto despacho para tener por configurado el *silencio negativo.*

Este, a su vez, fue incorporado en la redacción originaria del art. 10 de la Ley 19.549 teniendo por configurado el silencio negativo con la interposición de un pronto despacho después de transcurridos 60 días hábiles administrativo y se podía invocar el silencio negativo transcurridos otros treinta (30) días adicionales.

Esta ficción jurídica, de considerar denegada la petición, fue un gran paso porque, al haberse incorporado el instituto de la obligación de agotar la vía administrativa para poder iniciar una acción judicial, si no se suministraba una vía para tener por configurada la misma, no se podía demandar al Estado Nacional. Paralelamente, los arts. 30 y 31 en la redacción original de la Ley 19.549 también incorporaron el silencio mediante un mecanismo similar al previsto en la Ley 3952, cuando se trataba de un reclamo administrativo previo a la vía judicial.

Resulta, entonces, que frente a la inactividad administrativa se entendió que se podía apelar a una ficción, cuyo nacimiento depende de la voluntad del particular para darle dicho contenido: que el acto ha sido dictado y que éste rechaza la petición, para poder cumplir con los requisitos procedimentales indispensables para su revisión judicial posterior[19], salvo norma legal expresa que admita otor-

18 Respecto de las opiniones doctrinarias, cfr. TENREYRO, María Pamela, *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa,* Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, p. 171.

19 Con relación al derecho administrativo español se afirmó que "como acertadamente subrayó la mayoría de la doctrina, la presunción del acto presunto desestimatorio no significaba que el mismo fuera un verdadero acto administrativo, sino sólo una ficción de acto que surgía por el simple transcurso de los plazos fijados por la ley sin que hubiera recaído la oportuna notificación de la administración. Consistía solamente, por tanto, en una garantía del particular que, en cualquier caso, tendría acceso a la revisión jurisdiccional del acto". GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El Silencio Administrativo*, Madrid, Colex, 1996, p. 64.

garle otro significado o que la reglamentación lo faculte para darle contenido positivo a su petición.

Sin embargo, cabe resaltar que, no obstante el transcurso de los plazos, subsiste el deber del dictado de la decisión sometida a su conocimiento por lo que, para el particular, es facultativo tener por denegada la petición conforme la aplicación de los precedentes "Colegio de Bioquímicos del Chaco"[20], "Chacofi"[21] y "Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos"[22]. Consideramos que las modificaciones introducidas por la Ley de Bases a la institución del *silencio administrativo* nada ha variado en este aspecto.

La novedad introducida por la Ley de Bases es que eliminó el requisito del pronto despacho para tener por configurado el silencio negativo (cfr. art. 10 inc. (*a*) de la LNPA). Se reitera la aclaración de que la existencia de un plazo general no invalida el silencio negativo previsto en un ordenamiento especial, el cual prevalece sobre el general, tal el caso de los plazos establecidos tanto en la vía recursiva como en la vía reclamatoria, cuyas normas regulatorias establecen un término para que la administración emita la correspondiente decisión y, en caso de incumplimiento se puede considerar que se ha dado el caso del silencio negativo, por haberse producido una mora automática, no siendo necesaria una interpelación a la administración para tenerla por configurada[23].

Si el administrado, pese a encontrarse comprendido dentro del silencio negativo, de todas maneras considera necesario que se dicte un acto en forma expresa, tendrá a su alcance la vía judicial del denominado amparo por mora (art. 28 de la LNPA) para obligar a la administración a que se expida; cuando en otros ordenamientos procesales no se encuentre expresamente establecido este

20 Si luego de efectuar su reclamo, prolija y diligentemente la actora puso –en dos oportunidades– en conocimiento de la demandada que aquél no había sido resuelto, la decisión de considerar operado el plazo de caducidad frente al silencio del Instituto de Previsión, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una inteligencia de las reglas aplicables contraria al principio *in dubio pro actione*, "Colegio Bioquímico del Chaco c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contencioso administrativa", del 04-11-1993. Fallos: 316:2477.

21 Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción de caducidad de la acción opuesta a la demanda de un contratista de obra pública, omitiendo dar respuestas concretas a los planteos de la recurrente, respecto a la inaplicabilidad del plazo de caducidad frente a la denegación tácita por silencio que prevé el art. 112 de la Ley 3.460 de Corrientes. CSJN, "Chacofi SACIF. e I. c/ Dirección de Vialidad de la Provincia de Corrientes", del 07-04-1992. Fallos: 315:656.

22 "Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos y otros Servicios Públicos y Comunitarios de Cen c/ Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato", del 20/02/2018.

23 Fallos: 312:1017; 314:1147; 315:656; 316:2477; 318:1349; 326:4711.

remedio podrá ser de aplicación el instituto de la acción de amparo, en la medida que la omisión constituye una conducta que lesione al particular[24].

Concluyendo, pues, el silencio negativo se estructura en defensa del particular y, por tanto, es una facultad exclusiva y excluyente del mismo poder invocarla. La administración no puede considerar a la petición denegada por silencio pues se generaría una situación contradictoria, tal cual es la relación directa e inmediata que surge del deber de competencia del órgano que dispone que debe emitir una decisión fundada por aplicación del principio de la tutela administrativa efectiva.

2.2. *El silencio como ambigüedad*

Una variante del silencio negativo es el silencio por ambigüedad. En el art. 10 de la LNP sólo aparece enunciado pero no definido. A diferencia del silencio negativo, existe un pronunciamiento al que le falta claridad y/o precisión que puede ser, a su vez, contradictorio o equívoco.

Esta ambigüedad surge en la medida que la administración no se hace cargo de todas las peticiones realizadas, es decir, sin que el acto pueda considerarse como una decisión fundada en los términos del art. 1º *bis*. inc. *a*) ap. (*iii*) al no hacer "expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas".

La demora en dictar la decisión que se le solicita a la administración conforme los plazos legales, o aquella que haya sido dictada en términos ambiguos, no permiten ser consideradas similares. De lo que se trata es de deslindar las consecuencias jurídicas de ambos supuestos.

La LNPA la equipara tanto al silencio negativo como al positivo ya que el enunciado, contenido en la primera oración de la norma, no realiza discriminación alguna, es decir, comprende a los supuestos contenidos en el inc. *a*) como el del inc. *b*).

El silencio negativo se constituye frente a la ausencia de declaración por lo que, en principio, no podría existir en este supuesto la ambigüedad.

En el caso del dictado de un acto expreso, el cual no tenga la suficiente claridad para considerar si se trata de un acto administrativo definitivo, no resuelva la petición o sea contradictorio entre lo solicitado y lo decidido, consideramos que el silencio negativo comprende al acto ambiguo ya que se trata de la situación que puede dar lugar a más de una interpretación, incierta o dudosa. Existe una decisión, pero puede ser *objetiva o subjetivamente* confusa.

Equiparar el silencio negativo a la ambigüedad en sus efectos, en caso de decisión expresa, resultará riesgoso para el acceso a la instancia en la medida

24 Cfr. la solución en las provincias con un marco regulatorio o sin encontrarse previsto, en BUDASSI, Iván F., "Amparo por mora", en CASSAGNE Juan Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, La ley, 2007, T. II, p. 461 y ss.

en que no se respeten los plazos procedimentales pertinentes para impugnar un acto expreso. La falta de deducción de la vía impugnatoria, frente a una decisión ambigua, podrá hacerle perder la posibilidad de acceder a la vía judicial. Ello así pues, en la acción judicial posterior, podría plantearse como defensa el consentimiento del particular respecto del acto por no impugnarlo en tiempo propio.

Se considera que, en modo alguno, esta conducta incorrecta de la administración al no ser clara en su resolución, podría generar la pérdida de derechos para el particular, ya que el informalismo y la no obligatoriedad de la asistencia letrada ayudan a sustentar la postura de la interpretación tendiente al mantenimiento de la revisión posterior de los actos de la administración, es decir, consideraciones más benignas para el particular.

La existencia de un acto posterior o una conducta posterior, derivada del acto ambiguo, demostrará cuál ha sido la interpretación dada por la administración y, conforme el principio de buena fe, la misma no podrá incurrir en interpretaciones contradictorias. Es decir, el particular deberá invocar la primera conducta posterior de la administración en base a la cual sostener su interpretación[25].

2.3. *Silencio positivo*

El silencio, como un efecto para considerar otorgado lo peticionado, se encontró previsto en normas que, expresamente, así lo contemplaban y la doctrina lo denominó silencio positivo.

El art. 10 de la LNPA ha mantenido el silencio negativo, como se ha referido más arriba, pero contempla a determinadas peticiones[26] que puedan quedar configuradas como estimatorias. La novedad introducida en la reforma de la Ley 27.742 a la LNPA ha sido que ha incorporado, en forma general, a la solicitud de autorización dentro del denominado silencio positivo.

Así se dispone: "*b*) 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".

Las condiciones para considerar que se trata de un silencio estimatorio de la pretensión son las siguientes:

25 Mairal, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 185.

26 Mairal, Héctor A. y Veramendi, Enrique V., "La reforma de la ley de Procedimientos Administrativos"*, La Ley* del 12/07/2024.

a) Se trate un pedido de una autorización administrativa dentro del marco de una facultad reglada.
b) Que haya transcurrido el plazo previsto para que la administración se pronuncie.
c) No se trate de una materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público.

Generalmente, cuando se hace referencia al *silencio positivo*, se menciona como antecedente normativo a la Directiva 2006/123/CE de la Unión Europea[27], la que tiene por finalidad cumplir con las pautas de la "buena administración" y se la aplica para supuestos de prestación de servicios y a la libertad de instalación de establecimientos por parte de los prestadores, es decir, a aquellos casos que afecten el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio pero no se la puede invocar cuando se trata de regulaciones de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, ordenación rural, normas de construcción ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir con las normas.

El Capítulo III. Libertad de establecimiento de los prestadores. Sección I. Autorización, art. 9 es el que lo regula, en general, la autorización entendiendo que la regla es la libertad de instalación y por lo tanto las autorizaciones deben limitarse a determinados supuestos previendo que cada Estado tiene que precisar cuáles actividades requieren autorización y cuáles no, ello en forma fundada estableciendo en el art. 13.4. que, a falta de respuesta, en el plazo fijado, se considerará concedida la autorización.

Se prevé entonces el silencio negativo para el *ejercicio de actividades* solo por medio de norma expresa y debe fundarse en razones imperiosas de interés público. De esta forma, cuando el silencio es positivo, la resolución expresa posterior sólo puede ser confirmatoria mientras que, para dejar sin efecto el acto, la administración debe utilizar los mecanismos revocatorios que existen en la referida normativa.

En cuanto al régimen de autorización, el art. 4 ap. 6) lo define "como cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio".

También se invoca como precedente normativo a la Ley francesa 2013-1005 que tiene sus antecedentes en el Decreto 83-1025 de 28 de noviembre de 1983, sobre las relaciones entre la administración y los usuarios, y la Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000 sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones (DCRA), las que han reforzado la obligación de una actuación

27 https://www.boe.es/doue/2006/376/L00036-00068.pdf. fecha 27/10/2024

rápida de las solicitudes de los particulares simplificando las relaciones entre estos y la administración.

La Ley 2013-1005 invirtió el principio del rechazo implícito en favor de la aceptación implícita. El desarrollo exponencial del principio «el silencio equivale al acuerdo» se inscribe en este enfoque, ya sea incitando a la Administración a responder explícitamente a las solicitudes lo más rápidamente posible, ya sea aceptando que se adopte una decisión administrativa favorable al solicitante en cuanto haya transcurrido un plazo preestablecido (dos meses en principio). Se trata, pues, de "un medio indirecto de poner en marcha la maquinaria administrativa"[28].

Así se encuentra también normado en Alemania que regula la autorización tácita (*Genehmigungsfiktion*), prevista en el art. 42a de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)[29]. La autoridad sólo puede anular la autorización ficticia en condiciones muy estrictas, que protejan las expectativas legítimas del solicitante (arts. 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo). El mero hecho de que el beneficio haya surgido sin una decisión expresa de la autoridad no justifica su anulación[30].

La simplificación administrativa para revertir la lentitud burocrática ha sido una gran preocupación en la Unión Europea y para ello se ha considerado que existe una autorización ficticia que permite el ejercicio de la actividad sujeta a autorización previa.

3. La reglamentación del silencio positivo

La técnica legislativa tenida en cuenta en la Ley de Bases, que ha pretendido agotar el tema en un par de normas conforme la reglamentación, no clarificó tanto los supuestos de aplicación como los efectos jurídicos del silencio. Al no llegar

28 Desprairies, Armand, "Le Silence de L'administration en France", en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.140. (traducción del suscripto).

29 Artículo 42a. Ficción de Autorización. (1) 1Una autorización solicitada se considera como otorgada después del transcurso del plazo previsto para la decisión, si la norma lo dispone y la solicitud es suficientemente precisa. 2Son aplicables por analogía las disposiciones sobre la firmeza del acto administrativo y sobre el procedimiento de recursos. (2) 1. El plazo según apartado 1º primera frase es de tres meses, salvo que mediante norma se disponga algo distinto. 2. El cómputo del plazo se inicia con la presentación de la documentación completa. 3. El plazo puede ser prorrogado una vez, si es justificado por la complejidad del asunto. 4. La prórroga del plazo debe ser fundada y notificada en tiempo útil. (3) 1A solicitud el cumplimiento de la ficción de autorización debe ser acreditada por escrito a quien se le habría debido notificar el acto administrativo según el Artículo 41 apartado 1. Ver traducción de la Ley de procedimientos Administrativos Alemana, en Aberastury, Pedro-Blanke, Hermann Josef, (coords.), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa,* Buenos Aires, Eudeba-Konrad Addenauer Atiftung, 2011, p. 595 y ss.

30 Pünder Hermann - Gerlach, Jens, "Administrative Silence In German Law", en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration*, Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.190.

a sostener en forma expresa que el silencio positivo se constituía en un "acto ficto", la reglamentación –Decreto 695/2024, que modificó el Decreto 1759/72 (t.o. 2017), en adelante RNPA– ha oscurecido su contenido afectando la seguridad jurídica que ha tenido por finalidad fomentar.

Respecto de la autorización administrativa, el art. 65 *bis* aclaró que se lo entiende como el 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 ese modo, ha tratado de conceptualizar la facultad reglada contraponiéndola a las facultades discrecionales de la administración pero, aunque se trate de una facultad totalmente reglada, ello no implica que se prohíba el ejercicio de la facultad discrecional de la administración en la medida que ella encuadra su actuación, ejerce su competencia, cumpliendo con los cometidos públicos y tratando de cumplir con el denominado interés público.

La RNPA, continúa expresando que no comprende a las *autorizaciones* para "permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa".

El primer problema es delimitar el vocablo *autorización* y la dificultad que este término conlleva ya que puede ser utilizado en el caso del otorgamiento de derechos especiales o privativos de uso de los bienes dominicales aunque no con una acepción clásica en la materia[31]. La norma se ha centrado en autorizada doctrina que sostiene que el término *autorización* trata del levantamiento de una condición puesta al ejercicio de la actividad, mientras que el *permiso* se lo considera un derecho nuevo[32]. Por otra parte, coincidimos en cuanto se ha afirmado que no ha existido una clara aplicación de la referida distinción en la jurisprudencia de nuestros tribunales[33].

La reglamentación ha tratado de deslindar el vocablo *permiso*, que es esencialmente precario, al disponer que: "La denominación del acto será indistinta a efectos de su calificación como autorización".

En cuanto a que se trate del ejercicio de una facultad reglada o discrecional, al cumplirse los requisitos condicionantes, según el texto que venimos analizando, ya se podría ejercer la actividad. Sin embargo, no existe una facultad totalmente reglada por lo que este requisito debería ser interpretados como *mayormente reglada* pues siempre el ejercicio de la facultad discrecional está presente

31 MARIENHOFF, Miguel, T*ratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, T. V, p. 398.

32 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., Buenos Aires, La Ley, T. II, p. 145.

33 PERRINO, Juan Pablo, "Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo", *RDA,* Nº 155, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Septiembre - Octubre 2024, p. 161.

y, en relación a las autorizaciones, la administración debería contrapesar si es posible otorgarla conforme un criterio de oportunidad, a pesar de cumplirse con los requisitos ya que en ese caso lo que se valora es el interés público comprometido.

Otro tema a analizar es el concepto de *derecho preexistente* y en qué medida es alcanzado, pues no contiene suficiente claridad. Se expone que "no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa". En la medida que no se trate de una actividad prohibida, cuyo otorgamiento se encuentre sometido a una determinada reglamentación, entraría dentro de este concepto pero eso lleva a un encuadre con distintos alcances.

Consideramos que tanto el vocablo *autorización* como *el derecho preexistente* va a ser motivo de distintas interpretaciones, frente a la extensión de los derechos reconocidos en la primera parte de la CN, más específicamente en el art. 14, en la medida que reconoce el derecho a *trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar,* entre otros, por lo que es innegable que cualquier actividad que haga referencia a estos derechos se configuran como un derecho preexistente.

Los derechos que se encuentran enumerados en la Constitución Nacional no son absolutos, sino que se pueden ejercer conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. La CSJN ha delimitado la reglamentación que se pueda dictar a que, mediante ella, no se lo encuentre condicionado de tal manera que la misma, no inhabilite su ejercicio[34].

El Decreto 971 del 31/10/2024 ha intentado remediar esta falta de claridad estableciendo en el Anexo I el listado de peticiones que se considerarán como silencio negativo, en caso de no ser contestada dentro del plazo general del art. 10 de la LNPA, y en el Anexo II el listado cuyo silencio podrá considerarse como estimatorio de la petición.

Cabe aclarar que los supuestos incluidos en ambos listados anexos deben ser consideradas a mero título enunciativo puesto que, si se repara en el art. 4º del Decreto, el Poder Ejecutivo encomienda expresamente a la Jefatura de Gabinete de Ministros a actualizar dichos listados y a cuyos efectos obliga a las diversas reparticiones de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, a informar a dicha Jefatura la existencia de nuevos procedimientos a ser incorporados en aquéllos.

34 Fallos: 305:1045. Si bien el ejercicio razonable por el Estado de sus poderes propios no puede, en principio, ser fuente de indemnización para terceros, el fundamento de la responsabilidad estatal, dentro del estado de derecho, es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los arts. 14 y 17 de la CN, principios estos aplicables al caso en que el actor, habiéndose conducido dentro del marco del ordenamiento jurídico, a través de las acciones de reivindicación y expropiación inversa, se vio perjudicado por sucesivos cambios legislativos. "Winkler, Juan León c/ Nación Argentina" del 9/8/1983.

Es así que, frente a un pedido que responde a solicitar una autorización para ejercer una determinada actividad, que no se encuentra enunciado como permitido ni incluido entre los no permitidos, el intérprete se verá frente al problema de considerar si, en efecto, se trata de un derecho *nuevo* o *preexistente*. A su vez, si cualquier formulación que contemple una figura equivalente a una autorización se encuentra, o no, comprendida en el silencio positivo.

Podríamos decir que ante la falta de mención en dicho listado o la falta de precisión referida a cuál es la autorización comprendida dentro del llamado silencio positivo, en la medida que la LNPA la ha legislado de manera general, no conduce a otorgar seguridad jurídica. Sólo la cumplirá, a nuestro entender, si nos encontramos frente a la reglamentación que, expresamente, frente al cumplimiento de los recaudos que enumere, se pueda configurar el silencio positivo. En consecuencia, en este aspecto, no va a otorgar una seguridad jurídica a quien se considere comprendido en el mismo y que su petición no se encuentre incluido en uno u otro listado[35].

4. Acto administrativo tácito o ficción jurídica

Conforme hemos reseñado, la doctrina y la CSJN en el fallo "Biosystems"[36], no consideró al silencio negativo como un acto administrativo tácito. Lo encuadró dentro del concepto de ficción jurídica.

En el caso del silencio positivo, por el contrario, el legislador y la reglamentación se esfuerzan por comprenderlo como un acto administrativo a pesar de no legislarlo expresamente como tal[37].

En efecto, en la LNPA, el art. 10 inc. *b*, dispone que se trata de un acto administrativo finalizador del procedimiento. En tal sentido el RNLPA dice, en el art. 63, que: "De la conclusión de los procedimientos. Los trámites administrativos concluyen por resolución expresa, por silencio positivo, por caducidad o por desistimiento del procedimiento o del derecho".

Se sigue en este aspecto a la Ley de Procedimientos española, en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por la 4/1999, de 13 de enero) que establece, en cualquier clase de petición, su estimación por silencio administrativo, salvo que se establezca lo contrario en alguna disposición legal o del Derecho Comunitario Europeo. Eduardo García de

35 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*, Nº 155, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Septiembre - Octubre 2024, p. 35.

36 CSJN "Biosystems S.A. c/ EN - Mº Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo", del 11 de Febrero de 2014, Fallos: 346:921.

37 CASSAGNE, Juan Carlos-PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *RDA*, Nº 155, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Septiembre - Octubre 2024, p. 281.

Enterría y Tomás-Ramón Fernández afirman que se trata de un verdadero acto, equivalente a un acto expreso, especialmente en lo que se refiere a sus efectos positivos[38]. El silencio positivo equivale a un *acto administrativo* (acto de una autoridad administrativa) y se lo denomina "acto presunto".

En consecuencia, el silencio de la administración es vinculante para la autoridad administrativa cuando ha transcurrido el plazo para resolver y solo puede revocarse mediante un procedimiento especial (*revisión de oficio*), pero en algunos ámbitos (por ejemplo, el urbanismo), la jurisprudencia ha flexibilizado este procedimiento[39].

Como hemos ya mencionado, en el Derecho Comunitario ha tenido especial inserción y ello ha conducido a la modificación de las leyes procedimentales de los países integrantes de la Unión Europea. Cabe mencionar el caso de los Países Bajos, que ya en 2009 introdujo en la GALA la sanción al funcionario por no resolver en plazo y en el art. 4:20a y ss. se expresa que si es aplicable *lex silencio positivo* no se aplica la regla de la "sanción por no resolver a su debido tiempo" ya que se considera que una resolución ficta resulta incompatible con una actuación en infracción a la ley[40].

En nuestro caso, el legislador no lo ha equiparado expresamente a un acto administrativo, es decir, el dictado de un acto administrativo que se emite fundadamente con el silencio que le otorga la categoría de silencio positivo sino que se lo asimila a un modo anormal de concluir el procedimiento pues lo trata junto con la caducidad.

El art. 65 del RLNPA dispone que: "La conclusión de los procedimientos por configuración del silencio positivo y la declaración de la caducidad resultarán de lo previsto en los arts. 10, inc. *b*) y 1º *bis*, inc. *k*), de la Ley de Procedimientos Administrativos, respectivamente".

La caducidad del procedimiento, tal cual se encuentra ahora reglamentada, no necesitaría del dictado de un acto expreso sino, parecería, que se produce por el mero transcurso del tiempo. Pero esta reglamentación contraviene lo dispuesto en la LNPA en cuanto su art. 1º *bis*, *i*), *b*), refiere al dictado de un acto expreso declarando la caducidad y en el inc. *k*) cuando refiere a la necesidad, aún de oficio, de declarar la caducidad de los procedimientos.

38 García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 13ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2013, p. 645.

39 Aguado I Cudolà, Vicenç , "Administrative Silence en Spain" en Aberastury, Pedro (ed.), Administrative Silence- Le Silence de l'administration, Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.383.

40 Barkhuysen, Tom - Van Emmerik, Michiel L., "Dealing With Slow And Silent Administrative Bodies: Lessons From The Netherlands" en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence - Le Silence de l'administration*, Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p. 283.

La equiparación con el acto tácito, al menos en lo que se refiere a la caducidad del procedimiento, constituye un exceso reglamentario en tanto la LNPA requiere un acto expreso. Sin perjuicio de ello, la pregunta surge en interpretar si este acto tácito se lo puede considerar como tal, o lo que es lo mismo, hasta donde se extiende esta equiparación. Por otra parte, si consideramos que la falta de dictado de un acto final es un modo anormal de culminación del procedimiento administrativo, que deba ser entendido como un acto equivalente al dictado de un acto definitivo, hasta donde esta equiparación puede ser considerada como un acto ficto que conceda la autorización.

Cabe recordar que el silencio estimatorio se encuentra regulado en diversos ordenamientos y, recientemente, en el Decreto 599/2024, en cuyo art. 8 del Anexo I establece la automaticidad de las autorizaciones sobre transporte mediante el empleo de aeronaves[41]. En esta reglamentación expresamente se contempla las obligaciones que deben ser cumplidas.

En el caso del silencio positivo todo indicaría que se ha optado por considerar que nos encontramos ante un acto tácito. Así se expone en el art. 10, inc. *b*) de la LNPA cuando dispone que la estimación tiene a todos los efectos de un acto administrativo *finalizador del procedimiento.* No obstante, nótese la contradicción incurrida en tanto se opone a lo establecido en el art. 8 de la LNPA que dispone que el acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito a lo cual agrega que: "El acto que carezca de firma no producirá efectos jurídicos de ninguna especie".

Asumiendo que el silencio positivo se constituye como un acto tácito, presunto, debemos remarcar que lo es en la medida que el particular requirente adopte tal decisión y alcance. Sin perjuicio de ello, consideramos que, aún en el caso de un silencio estimatorio, permanece la obligación de resolver en forma expresa pero, en estas condiciones, la administración sólo podrá dictar el acto confirmatorio del acto tácito.

La decisión quedará consolidada cuando exista una clara conducta del particular por la cual ha considerado que se ha dado el silencio positivo o notificando tal decisión unilateral de su parte a la administración. Asimismo, tiene un valor equivalente la comunicación que el requirente haga de la herramienta prevista en el art. 10 *in fine* de la LNPA, es decir, que exija "la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa" ya que, en este supuesto, se podrá entender que ha sido notificado y, de esta manera, poder considerar que el acto se ha tornado estable por lo que la administración no podrá revocarlo en su sede.

41 PERRINO, Juan Pablo, "Principales reformas introducidas por la Ley de Bases al instituto del silencio administrativo", *RDA*, Nº 155, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Septiembre - Octubre 2024, p. 159.

5. Revocación del acto estimatorio por silencio

Finalmente, debemos ocuparnos de la facultad revocatoria de la administración en el caso del silencio positivo. Consideramos que la reforma ha continuado con el sistema establecido anteriormente en la LNPA y, sucintamente, podemos afirmar que el acto regular, dictado por la administración goza de estabilidad una vez notificado al particular mientras que, para el caso del acto irregular, la modificación le asigna estabilidad, también, una vez notificado, agregando los requisitos que haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, eliminando las condiciones de firme y consentido, lo cual consideramos positivo, en este aspecto, pues ha traído claridad.

Para centrarnos, únicamente, en la estabilidad del acto ficto que se considera como un caso de silencio positivo, el problema se plantea en considerar si, efectivamente, se trata de un acto que es estable y, por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida que se encuentre entre los supuestos de estabilidad previstos en la LNPA.

Mas allá de la falta de claridad que la denominada conclusión del procedimiento pueda equipararse al dictado de un acto administrativo estimatorio del pedido de autorización, se considera que esta ha sido la intención del legislador. A ello se suma que es la resolución que se le ha dado en el derecho comparado, p.ej. tal el caso de Brasil que, si bien lo equipara a una decisión expresa, no deja de sostenerse que se trata de una ficción jurídica porque no contiene ninguna declaración expresa de voluntad por parte del Estado y, en consecuencia, podrá ser anulada en los mismos casos previstos por la ley para la anulación de las decisiones administrativas en general (art. 53 de la Ley 9.784/1999)[42]. En tal sentido, el ordenamiento colombiano, en el art. 84 del CPACA le otorga un significado positivo en los casos expresamente establecidos y no se permite, una vez ocurrido el supuesto el dictado de un acto contrario[43], entre otros.

Podemos concluir que, una vez que se pueda considerar que el particular ha quedado notificado, la administración sólo podrá dictar un acto estimatorio, confirmatorio del que se enuncie como acto ficto por silencio positivo, no pudiendo revocarlo en sede administrativa.

42 Perlingeiro Ricardo - Portal Gadelha, Luciana F. - Fernandes Marques, Patrícia, "The Current Scene Of Administrative Silence In Brazilian Law", en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration*, Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p.47.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 1998, expediente AC-5436, citado por Rodríguez Rodríguez, Libardo - Rodríguez, Jorge Enrique Santos, "Administrative Silence in Colombian Law", en Aberastury, Pedro (ed.), *Administrative Silence- Le Silence de l'administration,* Cambridge, Intersentia -IACL-AIDC, 2003, p. 107.

Si la administración considera que el acto ficto es ilegítimo, sólo podrá solicitar la declaración judicial de anulación por medio de la acción de lesividad[44].

6. SILENCIO ESTIMATORIO JUDICIAL

Una peculiar situación la encontramos en lo que denominaremos *silencio estimatorio judicial*. El art. 28 de la LNPA, que ha sido reformado por la Ley de Bases, dispone que quien fuere parte en un procedimiento administrativo podrá solicitar judicialmente que se libre orden de pronto despacho para que emita una decisión expresa.

Como es sabido, el amparo por mora resulta ser un instituto tendiente a obtener una resolución concreta de la administración, una decisión administrativa expresa y fundada. Frente a la demora en expedirse, en la medida que el Juez la encuentre configurada, deberá emitir la orden de pronto despacho, otorgando un plazo para que la administración emita el acto administrativo correspondiente[45].

El tema que merece ser analizado en este trabajo es la modificación introducida a los alcances de la orden de pronto despacho. En efecto, la norma dispone: "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"*.

Nótese que "el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante" constituye una situación novedosa que no se encuentra prevista en el art. 10 de la LNPA. Por lo tanto, pueden darse dos situaciones: *a*) que se trate de un pedido de autorización solicitado por el peticionante, que quede enmarcado dentro del denominado silencio positivo o estimatorio o, *b*) que se trate de una petición que no quede comprendida en este supuesto por lo que podría ser aplicada a cualquier petición, más allá del supuesto de la autorización.

En el primer supuesto no existiría, en principio, conflicto alguno ya que se encuentra previsto el dictado de un acto tácito y el juez lo único que ordena es que se lo dicte expresamente; sería el caso del otorgamiento del certificado o autorización correspondiente que, en caso de un nuevo silencio, el juez ordena el pronto despacho correspondiente.

44 ABERASTURY, Pedro, "La acción de lesividad", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Mayo/junio 2017, Nº 111, pp. 295-317.

45 ABERASTURY Pedro-CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo,* 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2022, p. 276 y ss.

El siguiente caso es de dudosa constitucionalidad y, a nuestro entender, se ha incurrido en un exceso reglamentario. La administración tiene dentro de su esfera no sólo el ejercicio de las facultades regladas sino las discrecionales, en las cuales valora no sólo la legalidad sino el criterio de oportunidad, mérito y/o conveniencia sobre las cuales no nos extenderemos.

El apercibimiento judicial, tal cual se encuentra redactado, no tiene la limitación de que se trate de un supuesto de autorización y/o del ejercicio de una facultad reglada por lo que, ateniéndonos a la redacción actual de la norma, permitiría al juez sustituir a la administración en su criterio, es decir, en el ejercicio de las facultades constitucionalmente asignadas al Ejecutivo.

Esta sustitución se encuentra prohibida por lo que el juez no puede hacer uso de la misma. Así ha sido la delimitación jurisprudencial al negar la viabilidad de la acción en los casos de requerimientos de pago en el marco de esta acción[46].

7. Conclusiones

En el derecho continental el silencio positivo estimatorio fue establecido con los fines de lograr una administración eficiente y eficaz y esta finalidad se encuentra presente en las modificaciones introducidas a la LNPA.

Sin embargo, la LNPA en lugar de establecer dichos alcances para asuntos expresamente determinados, lo estableció de manera general pero sin adoptar la solución que hubiera sido la más convenientes, tal el de configurar a este silencio positivo como un acto tácito o acto administrativo presunto con los mismos efectos que un acto expreso.

La falta de una solución normativa de tal alcance genera dudas sobre la posibilidad de revocarlo cuestión que ha sido previsto en otros ordenamientos tal cual lo refiriéramos en el presente trabajo.

Consideramos que la falta de adopción de tal criterio ocasionará interpretaciones disímiles y la finalidad de lograr la buena gestión administrativa no podrá cumplirse y se lesionará la seguridad jurídica.

A ello se suma la dificultad de demostración de que el pedido de autorización ha quedado otorgado por el solo transcurso del tiempo ya que la negligencia

46 "El art. 28 de la Ley 19.549 sólo resulta aplicable ante la morosidad de la autoridad administrativa en emitir un dictamen o resolución (conf. esta Sala, in re 'Núñez', 'Mora' y 'Albornoz', del 25.XI.86, entre otros). La petición de autos, destinada a urgir un pago queda pues, fuera de tales supuestos (conf. esta Sala, in re 'Ortiz' del 7.XI.89). Ello sin perjuicio del derecho que asiste a la accionante a exigir en sede administrativa y por las vías procesales pertinentes el cumplimiento de los actos administrativos que reconocieron sus derechos".CNFed.CAdm., Sala III, "Dolomita SA c/ Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/ amparo por mora", del 05-09-1996). Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 463.

en resolver la petición en tiempo propio se podrá extender al hecho necesario de obtener el certificado de otorgamiento de la autorización.

PEDRO ABERASTURY

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

EL NUEVO SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES

Federico Martin Amoedo
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Lautaro Ezequiel Pittier
Profesor y Director de Asuntos Jurídicos de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Conclusión.

1. Introducción

La Ley Nacional 27.742[1], en adelante Ley de Bases, incidió en forma directa sobre distintos institutos de Derecho Administrativo, regulados al momento de su entrada en vigencia en la República Argentina.

Precisamente, implicó una afectación directa en la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo, en adelante la LPA, desencadenando, en consecuencia, un arduo impacto por un lado en otras normas de Derecho Administrativo complementarias de la citada con anterioridad, como lo es su Decreto Reglamentario 1.759/72, y por el otro, en la interacción con jurisprudencia de aplicación en casos en concreto, como por ejemplo los precedentes "Biosystems"[2] y "Zubdesa"[3].

Es preciso dejar sentado que las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, entraron en total vigencia desde un primer momento, a excepción de lo regulado en materia del nuevo silencio positivo normado en el art. 10 inc. *b*, de la LPA, condicionando su implementación, una vez que el mismo sea reglamentado.

1 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Publicada en el Boletín Oficial del 08-jul-2024)

2 CSJN, "Biosystems S.A.", 2014, causa B. 674. XLVII.

3 CN CAF, "Transportadores de Caudales Zubdesa S.A.", 1985, II-34.

La publicación del Decreto Reglamentario 695/2024[4], reguló el silencio mencionado en el párrafo que antecede, habilitando su práctica inminente, aunque la misma se vio nuevamente supeditada al cronograma fijado en la Decisión Administrativa 836/2024 de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

El nuevo silencio administrativo, no solamente encara una simplificación significativa para su configuración, sino que también, facilita el trámite de cuestiones administrativas en materia autorizatoria.

2. DESARROLLO

Con la nueva redacción del art. 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos, el silencio sigue entendiéndose como una ficción jurídica, que viene a cubrir la contingencia de la falta de pronunciamiento en concreto, de la administración.

La norma, exige que, para su configuración, es necesario que estemos en un procedimiento administrativo en donde la pretensión *administrativa,* objeto del trámite, requiera el pronunciamiento concreto de la administración, subsistiendo la exigencia contemplada en la redacción anterior:

"Silencio o ambigüedad de la Administración

Artículo 10.— El silencio o la ambigüedad de la Administración se regirá de conformidad con las siguientes normas: *a*) Cuando 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".

En ese caso, si trascurrido el plazo legal que tiene la administración para resolver, así no lo hiciera, se configurará el silencio de manera automática *o de pleno derecho –ipso iure-,* no requiriendo de ningún otro que hacer más por parte del administrado, para su convalidación; la actual redacción, se opone al antiguo articulado el que exigía para su configuración la interposición de un pronto despacho con posterioridad al vencimiento del plazo para resolver y que transcurran otros 30 días más contados a partir de tal interposición.

Siempre, deberemos esperar que transcurra el plazo establecido en el caso concreto, el que surgirá de la norma especial. Pero, existen situaciones en donde no se encuentra establecido de manera expresa el mismo. En estos casos, se aplicará de manera supletoria el famoso *plazo razonable* previsto en el art. 1º *bis*, inc. *g*, ap. 8º, de la LPA, el que dispone que: "cuando 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". Tal especificación también surge del propio art. 10 en su 2º párrafo:

"Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el

4 Ley 27.742, Título II - Reglamentación (Publicado en el Boletín Oficial del 05-agosto-2024)

plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración".

Como regla general, el silencio sigue siendo negativo. Es decir que, configurado que sea el mismo, implica en consecuencia el rechazo de la petición administrativa formulada por el administrado.

La nueva versión de la Ley ritual, ha introducido un silencio positivo *e innovador,* en materia autorizatoria, conforme al inc. *b* del art. 10:

"b) 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.

Este inciso 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.

Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.

Las disposiciones previstas en el inciso *b*) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente".

Este silencio especial viene a colación cuando el administrado debe obtener una autorización por parte de la administración para poder realizar determinada conducta o acto.

Siempre debe ser en el marco del ejercicio de una actividad reglada de la administración, es decir, cuando sea única la opción válida, descartando su aplicación en actividades discrecionales.

En el segundo párrafo del inciso, aclara que tratándose de materia de servicios públicos, salud pública, media ambiente o dominio/bienes del estado; no se aplicará el silencio positivo –excepciones– salvo que una norma específica así lo indique. Así mismo, otras normas especiales podrán ampliar los supuestos en los que no se aplicará el inciso.

Como se indicó al comienzo, este silencio fue el único dispositivo legal del nuevo texto de la LPA que no entró en vigencia con la simple publicación de la Ley, sino que se supeditó su ejercicio, primeramente, hasta su reglamentación.

La publicación del Decreto Reglamentario 695/2024, reglamentó el instituto, desde su art. 29 hasta el art. 32, cuyo articulado introdujo al Decreto Reglamentario 1.759/72 t.o. 2017, los arts. 65 *bis*, *ter*, *quáter* y *quinqués*:

"Artículo 65 *bis*.— A los efectos de la aplicación del inciso *b*) del artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos, 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. 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".

La normativa aclara qué se entiende por autorización administrativa, encasillándola dentro del esquema de *los actos administrativos;* una autorización implica un acto. Su consecuencia directa es que el administrado solicitante quedará habilitado a ejercer el Derecho relacionado; todo ello, con posterioridad a la verificación por parte de la Administración Pública del cumplimiento de las condiciones que se requieran para su dictado.

Existen situaciones en donde por su propia naturaleza, no es necesario atravesar un trámite administrativo cargado de complejidades que en cierto punto podrían hasta tornarse absurdas tanto para el administrado como para la propia Administración; el primero, porque con el simple hecho de demostrar que cumple sobradamente con los requisitos exigidos para obtener una autorización basta, y sería harto complejo someterlo a un trámite complejo para probar lo que se puede probar con un sistema más simplificado; y, el segundo, con el fin de quitarle arduo trabajo a la administración, lo que implica un gasto de recursos que pueden ser innecesarios.

La solución del silencio positivo en materia autorizatoria, trae en consecuencia una simplificación en trámites que favorece a todos los intervinientes. Entendiendo que se planteará como una suerte de cálculo matemático que, en términos claros y coloquiales, en donde si se cumple con A, B y C, se tendrá como resultado la autorización.

De todas maneras, se ha dejado sentado que tal silencio no alcanzará a los permisos, entendidos como los actos administrativos que excepcionalmente otorgan un derecho frente a una prohibición establecida por la normativa.

Por lo tanto jamás procederá la autorización tácita, cuando se tratase de una cuestión prohibida por la ley.

Se impone la obligatoriedad de obtener dicho permiso exclusivamente a través de sistemas o plataformas digitales de la Administración (TAD o similar), conforme a lo establecido por el art. 65 *ter*:

"Artículo 65 ter.— 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".

Por otro lado, se fijan cuestiones que hacen al propio procedimiento administrativo por silencio positivo en materia autorizatoria, a saber: la legitimación activa recaerá siempre en cabeza del particular o administrado. El mismo iniciará las actuaciones solicitando el pedido de autorización, el que será evaluado por la Administración Pública. En éste caso, puede ocurrir que la misma observe que el solicitando omitió cumplimentar con alguna exigencia se le dará un plazo de diez (10) días para que lo subsane. En estos casos, el plazo para resolver quedará suspendido hasta tanto el administrado no dé cumplimiento a lo solicitado:

"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.

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."

En aquellas situaciones en donde el requirente inicie el pedido de autorización ante un órgano administrativo incompetente o bien, elija la denominación incorrecta en el tipo de trámite, la norma es clara al respecto enunciando que en estos casos no se aplicará la nueva previsión del silencio positivo en materia autorizatoria; por ende, si por negligencia propia del requirente, éste inicia erróneamente el trámite, no habrá posibilidad de configurar el silencio respectivo; fíjese, que la norma expresamente castiga al administrado negligente diferenciándolo del diligente.

Continuando el trámite administrativo, en caso que el administrado cumpla con las condiciones y exigencias requeridas, haya iniciado su trámite correctamente y ante el órgano administrativo competente, la administración se encontrará obligada a resolver el pedido formulado. Tal resolución deberá ser resulta, como ya lo hemos determinado, en el plazo especialmente consignado por la norma expresa para así hacerlo o bien, a falta de éste, dentro del plazo de 60 días. Si así no lo hiciere, se configurará el silencio objeto de estudio importando el otorgamiento de la autorización requerida. El requirente quedará facultado para

solicitar el instrumento público pertinente que dé cuenta de ello, el de que se deberá entregar dentro de los quince (15) días de solicitado:

"Artículo 65 quáter.- Cumplido 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. El 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. En 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".

Por último, se excluyen del silencio con sentido positivo en materia autorizatoria las previsiones contenidas en el siguiente artículo:

"Artículo 65 quinqués.— Exclusión del silencio con sentido positivo. El 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, con informe fundado de las áreas competentes."

Recordemos que la propia LPA, en su art. 10 *in fine*, ha excluido a las cuestiones 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.

Si bien la Ley de Bases determinó que el silencio positivo del art. 10 inc. *b* entraría en vigencia desde su reglamentación, lo que así ocurrió con la publicación del Decreto Reglamentario 696/2024, su puesta en marcha se vio nuevamente condicionada al cronograma fijado por la Jefatura de Gabinete de Ministros, mediante la Decisión Administrativa 836/2024, distinguiendo entre la Administración Pública Central de la Descentralizada:

"Artículo 1º.— A partir del 1º 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.

Artículo 2º.— A partir del 1º 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".

3. Conclusión

Es posible advertir que el silencio positivo viene a *forzar* indirectamente la manifestación expresa y en tiempo por parte de la autoridad estatal. Entendemos que podría agilizar trámites y dar certeza jurídica. La intencionalidad sería otorgar mayor eficiencia administrativa y la mejora de la relación entre ciudadano y administración. El tiempo dirá si no trae consigo una mayor sobrecarga administrativa. En efecto, podría dar lugar a inseguridad jurídica en caso de duda, y posibles abusos por parte de ciudadanos y encubrimiento de la responsabilidad de los funcionarios.

Federico Martin Amoedo

Es Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Participante en el proceso de construcción de consensos en la redacción del Proyecto de Ley de Ética Pública y Transparencia de la Provincia de Buenos Aires (Expediente PE-11/22-23-Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires). Integrante del Proyecto de Investigación El Control de la Discrecionalidad Administrativa en los Fallos de la Corte Suprema, a Veinte Años de la Reforma de la Constitución Nacional (acreditado bajo el Código 13/D020, Resolución CS. UNLZ. Nº 041/00).

Lautaro Ezequiel Pittier

Es Abogado. Profesor de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino y Director de Asuntos Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de la Escuela de Abogacía de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Director del Instituto de Derechos Humanos del Colegio Público de Abogados de Lomas de Zamora. Codirector de investigación Lomas CyT de "El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el Principio Internacional de Progresividad de los Derechos Humanos" y de "La enseñanza de los Derechos Humanos en la carrera de Abogacía de las Universidades Nacionales Argentinas".

PROYECCIONES DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA REFORMA A LA LEY 19.549, EL DISPOSITIVO DEL ART. 23 INC. B) AP. IV

Analía Conde
Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre la incorporación por medio de la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos de una norma relacionada con la Tutela Judicial Efectiva, en la Ley de Procedimientos Administrativos:

De las reformas legislativas incorporadas al Decreto Ley 19.549[1], desde su sanción en 1972, la Ley 27.742 (BO 8/7/2024)[2] es la que introduce mayores modificaciones en su texto, tanto en un aspecto cuantitativo –cantidad de artículos "intervenidos"[3]– como en su redacción, la que pretende, según la apreciación de la doctrina en los primeros comentarios surgidos desde la vigencia de la reforma legal, "... inaugurar una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, signada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de protección de derechos humanos de jerarquía constitucional cuya tutela efectiva se garantiza en sede administrativa y judicial"[4].

En un sentido concordante con la afirmación que antecede, se señaló también que, "[l]a reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto Ley 19.549/1972), incluida como un capítulo de la Ley de Bases y Puntos de Partida

1 El Decreto Ley 19.549 había sido reformado por el Decreto Ley 21.686 (1977) y por la Ley 23.544 (2000). Asimismo, el Decreto 1.759/72 Reglamentario de la LNPA, fue modificado mediante el Decreto 894/2017, y en la actualidad por medio del Decreto 695/2024.

2 La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos fue sancionada el día 28 de junio de 2024, promulgada por el Decreto 592/2024 del 5 de julio de 2024, bajo el número 27.742 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024.

3 Por medio de la reforma legislativa en comentario se modificaron casi todos los artículos del Decreto Ley 19.549; solamente 8 dispositivos mantuvieron su redacción original: arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 13, 16, 20 y 21 y se añadieron los arts. 1º bis, 8º bis y 25 bis.

4 Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *LA LEY* 17/09/2024, TR LALEY AR/DOC/2299/2024

para la Libertad de los Argentinos 27.742 [...], significa un avance para nuestro derecho administrativo, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que acostumbra a inspirarse. Particularmente, las modificaciones introducidas en estas últimas décadas en las legislaciones francesa, italiana y española, habían dejado a nuestro sistema muy rezagado en lo que concierne a la tutela efectiva de los derechos de los particulares y a la seguridad jurídica que estos, y no solo el Estado, merecen"[5].

Con ese enfoque, se destaca la orientación de las modificaciones introducidas en orden a dar primacía al principio de la tutela judicial efectiva, aun cuando se trata de regular lo atinente al procedimiento administrativo –al menos por definición–, debiendo resaltarse que se ha incorporado de modo expreso el principio de tutela administrativa efectiva en el nuevo art. 1º *bis* de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en su texto vigente.

El derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, se halla consagrado en los arts. 18 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 2.3.*a* y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[6], exige el respeto al debido proceso, así como el adecuado, oportuno y razonable tratamiento de los planteos deducidos por las partes en juicio.

Sobre la tutela administrativa efectiva, se ha pronunciado el más Alto Tribunal, hace ya 20 años, al señalar que, 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, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

5 MAIRAL, Hector A y Enrique V. VERAMENDI, "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", TR LALEY AR/DOC/1777/2024.

6 Fallos:199:617; 305:2150; 319: 2925; 327:4185; 346:333; 344:2765; 344:1788 y muchos otros que son conformes a la doctrina del más Alto Tribunal en el sentido que "[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los derechos de acceso a justicia y de tutela efectiva resguardados en los arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional conforme con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Norma Fundamental y la jurisprudencia de la Corte; estos postulados no se satisfacen con la sola previsión legal de la posibilidad de acceder a la instancia judicial, sino que requieren que la tutela jurisdiccional de los derechos en cuestión posea la virtualidad de resolver la cuestión sometida a su conocimiento mediante una respuesta judicial idónea, oportuna, efectiva y eficaz en la tutela de los derechos que se aleguen comprometidos." Fallos: 343:1096.

8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)[7].

Al respecto, cabe hacer hincapié en que, si bien, no caben dudas de la aplicación directa que en el orden interno se deriva del carácter operativo de los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo anterior[8], cabe destacar la relevancia de la incorporación del principio contenido en el nuevo art. 1º *bis* de la LNPA, inc. *a*), porque al expresar conceptos mucho más amplios de lo que contenía en su texto anterior el inc. *f*) del art. 1º Decreto Ley 19.549; recepta a los lineamientos y principios que se siguen del bloque de juridicidad con el que cabe confrontar a todo el obrar estatal en pos de revistar la validez de sus actos, hechos y omisiones.

Asimismo, la incorporación del principio a la tutela administrativa efectiva, proyecta múltiples efectos en el texto reformado de la ley, en especial en las modificaciones introducidas con respecto al acto administrativo, el procedimiento y el acceso al proceso contencioso administrativo, que, en comparación con el régimen anterior, mejoran a la situación del particular afectado por la acción u omisión de la autoridad pública[9].

En lo que aquí concierne, interesa resaltar el cambio introducido en el art. 23 de la LNPA. El dispositivo en cuestión inaugura el Título IV de la ley que, en rigor, no se ocupa del procedimiento administrativo, sino que establece disposiciones relativas a las condiciones del acceso al proceso administrativo[10].

De tal modo, el artículo regula los casos en los que corresponde transitar y agotar a la instancia administrativa como previo a que se habilite el acceso a la

7 CSJN *in re* "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER C dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986", 4 de octubre de 2004.

8 Conf. CS, "Giroldi", 1995, "Simón", 2005, y "Mazzeo", 2007.

9 En este sentido, y a modo de ejemplo, cabe destacar las modificaciones efectuadas en los arts. 1º *bis*, inc. *a*), ap. (*i*); 9º, inc. *a*); 23 y 24 de la LNPA, en los cuales para determinar los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento administrativo y en un proceso judicial impugnatorio se acude a la fórmula "derechos o intereses jurídicamente tutelados", a lo que se añade, la incorporación de la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados y el dictamen jurídico como parte del debido procedimiento previo (art. 7º inc. *d*); la incorporación de supuestos que se definen como vías de hecho en el art. 9º inc. *c*) y *d*) y los cambios al modo de configurar el silencio negativo y la consagración del silencio positivo (art. 10).

10 Al respecto, señala el profesor Juan Carlos CASSAGNE: "...el Título IV contiene normas generales sobre impugnación judicial de actos administrativos, amparo por mora de la Administración pública y reclamo administrativo previo a la demanda judicial, cuyas fuentes han sido para los dos primeros temas el Anteproyecto del Código en lo Contencioso Administrativo de la Nación elevado al Ministerio de Justicia en el año 1968 por la Comisión integrada por los doctores Marienhoff, Bidart Campos, Bosch, Linares y Cozzi, y en lo que hace a la reclamación administrativa previa, la jurisprudencia sobre la materia y las opiniones del doctor Juan Francisco Linares" LA LEY2000-D, 1175.

instancia judicial; y los supuestos en que el particular "cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados" puede acudir directamente a la sede judicial.

De las situaciones que regula la norma, cabe referirse en esta oportunidad a la contemplada en el inciso *b* acápite (*iv*): "Artículo 23.— *b*) [...] será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa salvo que: [...] *iv*) [s]e tratare de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme. Tales actos serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia. En la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie".

La previsión que de manera expresa se refiere a una etapa del proceso judicial, y no del procedimiento administrativo, resulta interesante porque la cuestión concerniente a la revisión de los actos administrativos que se dictan como consecuencia de sentencias ha dado lugar a diferentes soluciones judiciales, en lo que respecta a definir al proceso en el que deben ser examinados los *nuevos* actos e, inclusive, para fijar la radicación de la causa ante el Tribunal que debe asumir el control de aquéllos. Asimismo, el recién agregado dispositivo legal también importa por la consecuencia que la norma atribuye al acto dictado por orden judicial y que no se ajuste a lo resuelto.

En efecto, son múltiples los casos contenciosos que culminan con una orden a la autoridad pública de hacer, o de no hacer y, en particular, en una condena para que se proceda a dictar un acto administrativo que respete determinados parámetros fijados en el pronunciamiento judicial. Una decisión, en ese sentido, puede obedecer a que el juicio ha sido promovido precisamente para obtener el dictado de un acto, tal el caso de un amparo por mora[11], o puede tratarse de supuestos en los que, por resolverse la nulidad de un acto administrativo, la consecuencia de la decisión se traduce en la obligación de la autoridad pública de emitir uno nuevo que se ajuste a los parámetros de la sentencia.

Si bien, la naturaleza propia de la acción de amparo por mora, excluye que el sentenciante proceda a efectuar –en el marco del mismo proceso– el control judicial del acto que en definitiva se dicte como consecuencia de que la acción resulte admitida[12], lo cierto es que, en procesos de conocimiento en los que se

11 El amparo por mora de la Administración constituye una especial acción de amparo, cuyos presupuestos de fondo se encuentran contenidos en el art. 28 de la Ley 19.549 y al que, por principio y como tal, corresponde conferírsele un trámite autónomo y separado del de otras actuaciones de índole judicial (Fallos: 323:2602). El artículo mencionado ha sido modificado por la Ley 27.747 que añade aspectos del trámite judicial de la acción.

12 La limitación mencionada, no impide que se revise que el acto dictado guarda coherencia con el objeto de la acción promovida y satisface su objeto. En ese sentido, resulta claro que la autoridad pública sólo cumple el mandato emitido en un amparo por mora si emite el acto

ordena el dictado de actos administrativos el examen del nuevo acto y su ajuste a las pautas de la decisión judicial forma parte de la ejecución de la sentencia y –ahora– por imperativo legal debe ser revisada en el mismo proceso.

Se sigue de lo anterior que, cuando en el marco de un proceso impugnatorio de un acto administrativo, el sentenciante declare la nulidad del acto y ordene que se dicte uno nuevo, el juez que examinó la validez del primero y ante el planteo concreto de la parte actora en el mismo proceso, deberá ejercer el control acerca de si el acto consecuente respeta las pautas de la sentencia.

En ese sentido, resulta ilustrativo la reciente decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el Expte. 16235/2021 - "Jianhong, Zhuo c/ EN - M. Interior OP Y V - D.N.M. s/ Recurso Directo DNM", del 1/11/2024.

En el caso, por sentencia de primera instancia –confirmada por la Alzada– se había admitido el recurso directo interpuesto por el actor, contra la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) que, en lo relevante, había declarado irregular su permanencia en el territorio nacional y lo conminaba a hacer abandono del país en el plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de ordenar su expulsión en los términos del art. 61 de la Ley 25.871.

En las sentencias dictadas en la causa, se señaló que el referido acto administrativo no se ajustaba ni a la normativa involucrada en el asunto ni a las concretas circunstancias del caso, por manera que, se dejó sin efecto la Disposición en cuestión, y se ordenó de modo expresó "condenar a la parte demandada a que dicte un nuevo acto de conformidad con los términos del presente fallo"[13].

Con posterioridad[14], la DNM presentó en el expediente la constancia del dictado de un nuevo acto administrativo y peticionó que se tenga por cumplida la decisión judicial. La actora, se opuso al planteo de su contraria invocando que la nueva Disposición se encontraba igual de viciada que la anterior.

En lo que aquí importa, en oportunidad de conocer el Tribunal de Alzada sobre el punto, admitió, a título preliminar, que correspondía examinar en el ámbito del proceso si el acto administrativo acompañado por la demandada, fue dictado en ajuste a los lineamientos que surgen de las decisiones adoptadas en esa causa, ello, porque "...el dictado de tal acto concierne estrictamente a la ejecución de la sentencia definitiva dictada en las actuaciones. A lo que se añade, en línea con la afirmación que antecede, lo dispuesto en el artículo 23 inc. *b*) ap. *iv*) de la

---

administrativo que motivó el inicio de la acción y en la medida en que la demanda haya sido admitida. Vale aclarar que la materia excluida del ámbito de revisión judicial en el proceso en cuestión, se relaciona estrictamente con el contenido de la decisión que se adopten en el acto administrativo, sin perjuicio de las atribuciones del juzgador para examinar que se ha dado cumplimiento con la sentencia de pronto despacho judicial.

13 Confr. Sentencia de Primera Instancia del 30/5/2023.

14 Ocho meses después de dictada la sentencia de Cámara.

Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, recientemente reformada por intermedio de la Ley 27.742..."[15].

De este modo, el fallo recepta la reciente incorporación legislativa que se comenta[16], pero lo más relevante es que, en rigor, la decisión sintoniza con el principio del que se proyecta ese dispositivo y que no es otro que el de la tutela judicial efectiva.

Es así que, en la sentencia referida, además de examinarse el acto administrativo con el que se pretende dar cumplimiento a la manda judicial, se resalta que la cuestión involucra el acceso a la justicia de un sujeto que –por definición– se encuentra en situación de vulnerabilidad[17].

Interesa además subrayar que, la consecuencia que el ordenamiento legal –art. 23 inc. *b*) *iv*)– otorga a los actos que "... contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia", protege el derecho reconocido en la decisión judicial, otorgando plenos efectos a la sentencia de conformidad con el principio rector referido. Adviértase la particular relevancia de la previsión legal para el caso que se comenta, puesto que mediante la *nueva* Disposición de la DNM se había dispuesto –otra vez– la expulsión del migrante del territorio nacional, y ello mediante un acto que no se ajustaba a la sentencia[18].

En línea con lo anterior, procede mencionar que, la jurisprudencia también en otros supuestos y a la hora de priorizar la tutela judicial efectiva, ha dado muestras de cierta flexibilidad para que la forma no se imponga por sobre el derecho de fondo[19]. De tal modo, se ha resuelto por ejemplo que, cabe ordenar la restitución

15 Confr. Sentencia de la sala II de la CNACF, del 1/11/2024.

16 En rigor de verdad, la reforma legislativa fue la que receptó en gran medida la tradición jurisprudencial y la doctrina.

17 Cabe aquí recordar, tal como se cita en el pronunciamiento al que se viene haciendo referencia que, de conformidad con lo establecido por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, los migrantes son considerados personas en condición de vulnerabilidad (Cap. I, Secc. 2, Beneficiarios de las Reglas, pto. 6), calificación que implica reconocer que "encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (Cap. I, Secc. 2, pto. I, ap. 3) e impone el deber de prestarles asistencia de calidad, especializada y gratuita (Cap. 2, Secc. 2, pto. 2), así como de revisar "las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin" (Cap. II, Secc. 4).

18 En concreto en el caso, la resolución que consideró nulo el nuevo acto y ordenó el dictado de otro ajustado a las sentencias de la causa, importó privar de efectos a la orden de expulsión del migrante con ajuste al artículo que se comenta.

19 Sobre el punto, cabe señalar que, la C.I.D.H. ha dicho que de conformidad con el art. 25.2 de la Convención Americana, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculo o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral (C.I.D.H., Caso "Furlan y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31/08/2012, Serie C, Nº 246, párrafo 211). A su vez, sostuvo que el

de sumas retenidas en concepto de impuestos en el marco de un proceso de amparo –obviando de tal modo la acción de repetición del art. 81 de la Ley 11.683[20]–. Sobre el punto, si bien se advierte que la cuestión en la mayoría de los casos en que fue adoptada una decisión de ese tenor involucraban situaciones de vulnerabilidad –personas mayores y con padecimientos a la salud–, lo cierto es que, a la luz de la jurisprudencia actual de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, bien puede afirmarse que se ha decidido que, independientemente del cauce formal dado a la pretensión de impugnar la retención del impuesto a las ganancias sobre haberes jubilatorios –amparo, acción declarativa, proceso de conocimiento– las sentencias que admiten la acción ordenan también la restitución de las sumas que habían sido retenidas por tal concepto, prescindiendo del procedimiento de repetición establecido en la Ley 11.683[21].

En rigor los pronunciamientos mencionados, persiguen otorgar plena virtualidad al derecho reconocido en el juicio, y armonizan con la idea de que, "... poco sentido cabría otorgarle a la garantía del debido proceso que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional si el Estado no asegura la prestación de un servicio de justicia que contenga mecanismos efectivos para hacer cumplir las decisiones que pongan fin a los conflictos con el Estado. Si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una mera declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución [...] Que es condición necesaria para afirmar la supremacía de su texto que se asegure la efectividad de las resoluciones de los jueces. No se trata

---

art. 25 de la Convención impone al Estado parte garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Asimismo, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales depende de su ejecución. Lo contrario supondría la negación misma del derecho involucrado (C.I.D.H., Caso: "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sent. del 27/06/2012, Serie C, Nº 245, párrafo 263).

20 V. gr. Expte. 63.875/2019 "Daroux, José Hipólito c/ EN-AFIP s/Amparo Ley 16.986", del 2/9/2020.

21 Además de señalar que la sentencia referida en la nota anterior, ha sido confirmada por la Alzada, el criterio que se expresa surge de las sentencias de la CN CAF, v.gr. Sala II, Expte. 11.406/2020, "Alvarez, Jose Joaquín", del 05/03/2021, y sus citas; Sala III, Expte. 17998/2023, "Garrafa, Nilda Haydee", del 02/5/2024; Sala V, Expte. 33732/2023 "Sorbilli, Pascual", del 6/11/2024, y sus citas.

entonces de invadir el ámbito de actuación de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso, con la convicción republicana de que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no meramente ilusorios [...]"[22].

Ahora bien, cabe preguntarse si hay un límite al control del juez con respecto al *nuevo* acto, es decir, aquél que se dictó como consecuencia de la decisión adoptada en el marco de una causa judicial.

Y la respuesta que se impone refiere a la consideración del principio de congruencia[23]. En efecto, el dispositivo legal que se comenta, debe ser interpretado de un modo armonioso con los principios que rigen el proceso; por manera que, si bien como se sigue de los párrafos anteriores, concierne al juez de la causa el conocimiento sobre si el acto dictado como consecuencia de una sentencia guarda coherencia con la decisión judicial, decidiendo, en su caso, si se ha dado cumplimiento a la condena; lo cierto es que, no pueden plantearse en el mismo proceso cuestiones que no fueron oportunamente introducidas a la causa. Una interpretación en sentido contrario, ciertamente afectaría el derecho de defensa en juicio.

De este modo, cabe concluir que de las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 al art. 23 de Ley 19.549, en particular, la Disposición contenida en el inciso *b*) ap. *iv*) aparece como una clara proyección del principio de tutela judicial efectiva[24] y se añade a las herramientas que la legislación brinda a los jueces en pos de garantizar la ejecución de sus decisiones y el debido respeto al derecho reconocido en el proceso.

De tal modo, el dispositivo legal resulta compatible con los arts. 8 y 25 del pacto de San José de Costa Rica, de los que ha surgido un nuevo paradigma, el de la tutela judicial y administrativa efectiva, que no se limita a regular el trámite

22 CSJN, *in re* "Arte Radiotelevisivo Argentino c/Estado Nacional - JGM - SMC s/amparo Ley 16.986", sent. del 11/02/14.

23 Cabe aquí resaltar que, apartarse del principio de congruencia, descalifica la decisión, que resulta entonces arbitraria (conf. Fallos: 255:21; 256:529; 261:284) A lo que se añade que, la violación del principio de congruencia lesiona las garantías establecidas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, pues la jurisdicción que le compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas oportunamente ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos del proceso (conf. Fallos: 300:1015; 329:28, entre otros).

24 En ese orden, cabe señalar que, "... la base de garantizar la tutela judicial efectiva no agota su contenido en que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, sino que comprende además el cumplimiento de lo mandado por el Juez en orden a la eficacia de la sentencia (en tal sentido, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A, in re: "Caravajal, Cristian Federico y otros c/Estado Nacional - Suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad", expte. FCB 13030030/2009, resol. del 25/11/19).

del proceso sino el acceso al mismo y el posterior control por el juez en la etapa de cumplimiento de la sentencia[25].

ANALÍA CONDE

Es Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Área de Procesos Constitucionales y Tutelas Urgentes de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Secretaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

25 Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A, in re: "Caravajal, Cristian Federico y otros c/Estado Nacional - Suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad", expte. FCB 13030030/2009, resol. del 25/11/19.

CAMBIOS EN LAS VÍAS DE HECHO CON MOTIVO DE LA LEY 27.742 (LEY DE BASES)

Luciano Enrici
Juez en lo Contencioso Administrativo de San Isidro.

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Los supuestos de vías de hecho incorporados por la Ley de Bases. 4. Conclusiones.

I. Introducción

El concepto de *vías de hecho* en el Derecho Administrativo argentino refiere a las actuaciones materiales de la Administración pública que, careciendo de fundamento jurídico, vulneran derechos o garantías de los particulares.

Se trata de una noción que designa al accionar estatal material e ilegítimo que se aparta del principio de juridicidad que resulta ser la piedra angular del Estado de Derecho[1].

Como bien se ha descripto, en ocasiones, una autoridad administrativa adopta una decisión o procede a llevar a cabo una operación material sin que ningún texto o principio jurídico se lo haya permitido; infringiendo, de esta forma, abiertamente el ordenamiento jurídico. No estamos en presencia de irregularidades o errores, sino de una actividad fuera del ordenamiento jurídico. Así ocurre, por ejemplo, cuando una autoridad administrativa se apodera pura y simplemente, sin procedimiento alguno, de los bienes de un particular[2].

La noción no ha tenido su génesis en el derecho administrativo, pero de tiempo a esta parte, su pertenencia a dicha materia es innegable, no sólo por motivos académicos, sino normativos, al estar descriptas en los ordenamientos locales y federal que regulan el procedimiento y el proceso contencioso administrativo, al igual que en otros países.

1 En efecto, la noción misma de Estado de Derecho repele la configuración de vías de hecho por parte de la Administración, en tanto supone que el funcionamiento y la actividad del Estado moderno se encuentran plenamente inmersos en la noción de legalidad, entendida como sinónimo de *Derecho*.

2 Burlada Echeveste, J. L. *La vía de hecho en el derecho administrativo francés: génesis, desarrollo y configuración actual de la Théorie de la voie du fait*, Barcelona, Bosch, 2018, p. 19.

En ese derrotero (*i*) las primeras manifestaciones de la aplicación de la noción en el campo de la actividad administrativa aparecen en el *Ancien Régime* en los rudimentos de la responsabilidad por faltas del funcionario; (*ii*) posteriormente, luego de un breve eclipse durante el periodo revolucionario en que se consolida la prohibición de la interferencia de la autoridad judicial en las actividades administrativas, la jurisprudencia considera que la actividad de los funcionarios no está al margen del control judicial cuando esta pierde el carácter de actividad administrativa[3]; (*iii*) durante mucho tiempo la aplicación de la noción fue restringida al campo de la protección de la propiedad privada; (*iv*) no es sino hasta 1874 que es aplicada para justificar la intervención de la jurisdicción común en defensa de la libertad individual[4].

En el Derecho Administrativo francés[5], la vía de hecho administrativa se presenta cuando la Administración Pública incurre en un grosero atentado a los derechos de las personas (tradicionalmente, la propiedad o una libertad fundamental) no

3 La noción nace en Francia como un modo de sustraer el juzgamiento de ciertos comportamientos de la jurisdicción especial o delegada, es decir, del contencioso administrativo francés y, en cambio, permitir que jueces ordinarios –jueces judiciales diríamos entre nosotros–, es decir, miembros del Poder Judicial, juzguen esas conductas gravemente distorsionadas del ordenamiento jurídico perdiendo la Administración, justamente por la gravedad de su apartamiento de la ley en sentido amplio, el *privilegio* de ser juzgada por jueces especiales o extraordinarios –el contencioso administrativo francés–. Resulta así, al decir de Bezzi, que cuando la operación administrativa carece del apoderamiento legal o la actuación material resulta desprovista de toda base jurídica, incidiendo o atentando contra los derechos o garantías constitucionales, al afectar, p. ej.: la libertad individual, inviolabilidad del domicilio, el derecho de propiedad, etc.; el Derecho Administrativo galo ha construido la categoría jurídica denominada "vía de hecho", como un instituto protector de los particulares ante el actuar flagrante y groseramente apartado del principio de legalidad por parte de la autoridad (cfr. BEZZI, Osvaldo H., "El principio de legalidad y las vías de hecho administrativas", *RDA*, Buenos Aires, 2021, 133, 19).

4 SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, *Las vías de hecho de la Administración*, Costa Rica, Litografía e Imprenta Lil, , pp. 1-14. Ha sido relevante, según este autor, en el desarrollo de la noción en Francia, el *arrêt Société Immobilière* de Saint Just, Tribunal de Conflictos 2 de diciembre de 1902, sobre las condiciones de la ejecución forzosa. De acuerdo con esta trascendente sentencia, fundada sobre las conclusiones de Romieu pese a que el fallo favoreció a la Administración, se sentó el principio según el cual esta únicamente podía recurrir a la ejecución forzosa en aquellos casos en que la ley la autorizara expresamente, en casos de urgencia o cuando la inobservancia no estuviera sancionada penalmente o por cualquier otro medio. Fuera de estas condiciones la Administración incurre en vías de hecho. Es importante destacar que, de acuerdo con el principio establecido por este *arrêt*, la idea central es que la Administración no debe, en principio, ejecutar forzosamente sus propias decisiones. La ejecución de oficio es procedente únicamente en aquellos casos en que la obediencia de los administrados no puede ser obtenida por otro medio, es decir, tiene un carácter netamente subsidiario (cfr. SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, *Las vías de hecho de la Administración*, ob. cit., p. 15).

5 MORAND DEVILLER, J., *Cours de droit administrative*, Paris, 1999, p. 624, CHAPUS, René, *Droit Administratif General*, Paris, 1995, p. 765, entre otros, cit. en SCBA LP B 64200, sent. de 27/11/2002, Juez SORIA (MA).

susceptible de imputarse a un poder jurídico de la Administración pública, por tratarse de operaciones materiales cercenadoras de aquellas situaciones subjetivas, desplegadas sin base de sustentación en un acto o en una norma jurídica habilitadora.

Por su parte, en nuestro país, en la génesis jurisprudencial de la acción de amparo, está presente la *vía de hecho*, teniendo en cuenta que, en el caso "Siri"[6] el comportamiento enjuiciado era una clausura de un diario sin acto administrativo que lo dispusiese; como se verá, si bien fue incorporada la noción en los distintos ordenamientos de procedimiento administrativo locales y federal, no corrió igual suerte su regulación en la faz procesal.

A pesar de la existencia de previsiones normativas expresas en torno a esta noción no es frecuente, en el ámbito judicial contencioso administrativo, la canalización de pretensiones dirigidas contra vías de hecho a través de un carril ordinario específico.

Ha sido quizás, el influjo y mayor predicamento general de la acción de amparo, y el similar campo de aplicación respecto de los comportamientos materiales que ingresan tanto en la definición de aquella, como de la vía de hecho, lo que ha menguado –desde lo cuantitativo– el *rendimiento procesal* de esta última noción.

En el presente trabajo se formulará un desarrollo breve de la noción vía de hecho, de su regulación en la Ley 19.549 y de la modificación operada en esta materia a partir de la sanción de la denominada Ley de Bases 27.742.

2. Desarrollo

La Ley 19.549, conocida como Ley de Procedimientos Administrativos (LNPA), establece en su art. 9º la prohibición de incurrir en vías de hecho administrativas; en la provincia de Buenos Aires, la noción es definida también, a modo de *interdicción* al prever que "la Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico" (art. 109 Decreto Ley 7.647)[7].

6 Fallos: 239:459.

7 García de Enterría y Fernández señalaron que la legitimidad del empleo de la coacción depende de la existencia de una cobertura suficiente. Si tal cobertura no existe, si la cadena de la legalidad (norma habilitante-acto previo-ejecución material) se rompe totalmente, el empleo de la coacción administrativa constituye una vía de hecho. Sobre tal plataforma conceptual, con más la base del régimen jurídico español actual, han expresado sin más que la definición de vía de hecho "... comprende todos los casos en que la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirve de fundamento jurídico y aquellos otros en los que en el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública"(cfr. García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Thomson Civitas 2006, T. I, pp. 816/817).

Sin embargo, la regulación de este instituto en Argentina ha sido predominantemente a nivel de procedimiento administrativo dejando un vacío en cuanto a las precisiones procesales necesarias para su adecuada canalización[8]. Contrariamente, en la provincia de Buenos Aires, encontramos disposiciones procesales en las que se define como pretensión la "cesación de vía de hecho" (art. 12 inc. 5 Ley 12.008), como así, el trámite aplicable (v. gr. sumarísimo, art. 21 Ley 12.008).

El escenario, a nivel federal, no se ha visto sustancialmente modificado en este aspecto, en tanto, como se habrá de ver, las innovaciones se circunscriben a la incorporación de dos supuestos novedosos de *vías de hecho*, a lo atinente al plazo de interposición de la acción y a la naturaleza de los derechos y garantías afectados por aquellas.

El art. 9º de la LPA, previo a la reforma por la denominada Ley de Bases, disponía que: "La Administración se abstendrá: *a*) De comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; *b*) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado".

El primero de los supuestos definidos, que no ha merecido modificaciones sustanciales a partir de la Ley de Bases resulta emparentable con las nociones vertidas en la introducción, y requiere, para su configuración (*i*) una actuación material concreta; (*ii*) por parte de un órgano o ente de la Administración, en principio, aunque hay opiniones calificadas que postulan la posibilidad de que particulares, con funciones administrativas atribuidas, puedan también incurrir en vías de hecho (*iii*) que se traduzca en un comportamiento carente de todo respaldo jurídico, y (*iv*) que lesione un derecho o garantía amparo por la Constitución,

8 La Ley de Procedimientos Administrativos (LNPA), en su artículo 9º, prohíbe expresamente a la Administración incurrir en vías de hecho administrativas. No obstante, esta regulación se limita principalmente a los aspectos sustanciales del instituto, sin brindar las precisiones procesales necesarias para su correcta aplicación, más allá de haber previsto la aplicación de un plazo de caducidad para iniciar el reclamo judicial pertinente (art. 25 inc. *d*) LNPA).

Esto ha generado un vacío legal que, sumada la estricta conceptualización, en definitiva, ha desalentado la promoción de acciones contra *vías de hecho* de la Administración por un carril procesal específico; a *contrario sensu,* ha sido la acción de amparo el carril más habitual para formular el cuestionamiento de aquellas, a pesar de que su inadecuada regulación –el Decreto Ley 16.986/68, vigente luego de su *constitucionalización* en 1994– la adecuada canalización de los reclamos de los particulares afectados por este tipo de accionar estatal ilegítimo.

No es lo que acontece en la provincia de Buenos Aires, que no sólo está prevista su incorporaciónnos la define dentro de sus pretensiones (art. 12 inc. 5) posibles dando lineamientos en torno a su admisibilidad, sino que remite a un trámite procesal específico en el CPCC que es el proceso sumarísimo.

lo cual, limita el impacto de la *vía de hecho* a la vulneración de esa categoría de prerrogativas[9].

La concurrencia de estos presupuestos es esencial para determinar la existencia de una vía de hecho administrativa y, por lo tanto, la procedencia de los mecanismos de tutela previstos en el ordenamiento jurídico.

La ilegitimidad del comportamiento debe llegar al umbral de lo absurdo, lo intolerable, vale decir, una violación al ordenamiento jurídico *grosera*, *evidente*, *manifiesta*.

El comportamiento debe ser activo y no omisivo, puesto que la norma exige un despliegue de actividad del cual la Administración debe abstenerse[10]; la omisión manifiestamente ilegítima –sea formal o material– en todo caso, podrá ser objeto de otro tipo de pretensiones (si se trata de una omisión formal: del amparo por mora) o de la acción de amparo (cfr. art. 43 CN, Decreto Ley 16.986) de darse los recaudos de procedencia.

Por su parte, al presupuesto del comportamiento material se le adiciona el de la ejecución forzada en la medida que una norma lo impidiera o la decisión no

9 Concordantemente se ha dicho que: "La vía de hecho evidencia, así, una actuación de suyo irregular, que desborda las atribuciones que legítimamente ejerce la autoridad administrativa y, en tal carácter, mal puede ser reconocida como la aplicación o derivación de un texto legal o reglamentario (cfr. González-Varas, Santiago, *La vía de hecho administrativa*, Madrid, 1994, p. 25). A la par que desprovisto de título jurídico que lo justifique, es un obrar que afecta o vulnera derechos individuales (o de *los particulares*, como refiere el citado art. 109 del Decreto Ley 7.647/1970). En ello radica su condición esencial: una actuación administrativa material y ofensiva, realizada sin los necesarios soportes jurídico-formales (cfr. López Menudo, Francisco, "Defensa del administrado contra la vía de hecho" en VV. AA. *El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública*, Madrid 2001, pp. 230, 232). De ordinario, dicho título o fundamento jurídico (art. 109 cit.) ha de identificarse con –y reside en– un acto administrativo previo (Garrido Falla, Fernando, "El objeto del recurso contencioso administrativo", en González Pérez, Jesús (dir.), *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1997, pp. 99, 110). Esto se explica porque el ordenamiento suele deferir a la administración pública el desarrollo, reglamentario, aplicativo y ejecutivo, de las determinaciones generales de la ley. De allí que, en ausencia de tal decisión justificadora, el obrar material puede engendrar supuestos incluidos en el enunciado descrito en el citado art. 109 de la ley procedimental" (cfr. SCBA LP B 64200, sent. de 27/11/2002 Juez Soria (MA).

10 Ver Martinez Pass, Laura S., *Vías de hecho administrativas*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 30. La autora citada, en el mismo sentido, señala que: "No caben dudas de que, en tales supuestos, no se evidencia accionar material lesivo sino que el agravio vendrá dado por el incumplimiento estatal de deberes u obligaciones a su cargo, sean de índole formal (expedirse sobre un reclamo o recurso) o de tinte material (efectuar una prestación determinada), y quedará en manos del particular configurar el silencio administrativo –denegatorio– o efectuar un reclamo administrativo o judicial al peticionar su otorgamiento".

se encontrara notificada. Por lo tanto, el titulo condicionante de la vía de hecho es la grosera o grave violación del orden jurídico[11].

Se trataría, en rigor de verdad, de una previsión normativa tendiente a resguardar el valor seguridad jurídica, que se vería seriamente violentado si una autoridad estatal ejecutase un acto que, recurrido con efecto suspensivo y sin que el particular tenga obligación de cumplirlo, fuera confirmado por una decisión denegatoria del recurso, sin puesta en conocimiento del particular de tal situación modificatoria.

Entendemos que tal supuesto resultaría aplicable a los casos de suspensión de ejecutoriedad dispuesta administrativa o judicialmente en los que se resolviera dejar sin efecto tal suspensión –por decisorio administrativo o judicial (p.ej., levantamiento de medida cautelar suspensiva), según sea el caso–, y aún no se hubiere practicado la notificación del decisorio respectivo[12].

3. Los supuestos de vías de hecho incorporados por la Ley de Bases

El nuevo texto del art. 9º de la Ley 19.549 según Ley 27.742 prevé: "La Administración se abstendrá: *a*) De llevar a cabo comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de derechos o intereses jurídicamente tutelados; *b*) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que, en virtud de norma expresa, impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto un recurso administrativo, no hubiere sido notificado; *c*) De establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas; *d*) De 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".

Puede apreciarse del cotejo con el texto anterior que no hubo modificaciones sustanciales en los incisos *a*) y *b*).

En referencia a último cabe apuntar que las conductas objeto de la vía de hecho deben ser aquellas que son "lesivas de derechos o intereses jurídicamente tutelados" abandonando de ese modo la fórmula más estricta anterior que hacía referencia a "lesivas de un derecho o garantía constitucionales".

Esta modificación es consonante con otras dispuestas a lo largo del articulado (ver arts. 1º *bis a*) *i*, arts. 7 inc. *d*), 23 y 24) que denotan una formulación más actualizada y genérica sobre la legitimación –coincidente, por ejemplo, con

11 Cfr. ABERASTURY, Pedro, CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022, p.314.

12 MARTINEZ PASS, Laura S., *Vías de hecho administrativas*, ob. cit., p. 41.

el art. 13 de la Ley 12.008[13]– al referir a "derechos o intereses jurídicamente tutelados"; aunque desde mi punto de vista, la mejor formulación no redundará en una mayor protección en la medida que la CN, en definitiva, y más a partir de la reforma de 1994, es fuente primordial de todos los derechos e intereses posibles.

No hay margen interpretativo para sostener que las omisiones, con la reforma del art. 9 LPA, pasan a integrar la noción más aprehensible de "vía de hecho", apuntalada por "comportamientos materiales".

El supuesto incorporado en el inciso *d*) corresponde a hipótesis de la denominada "indebida ejecución" ya abordada por parte de la doctrina y comprendida dentro del inciso *b*) anterior, y se da cuando la autoridad estatal promueve acciones materiales para ejecutar un acto que, por su naturaleza o por disposición legal, requiere de la intervención judicial para habilitar la vis ejecutiva[14].

La incorporación de este supuesto, en la reafirmación del principio de separación de funciones (cfr. art. 1º, CN) de las garantías consagradas en el art. 18, CN y de los límites de la autotutela derivados del art. 12, LPA (que no ha merecido modificaciones), pareciera estar direccionado obturar supuestos como las "medidas administrativas" adoptadas por el fisco –sin acudir a los tribunales de justicia–, con omisión de debida y oportuna comunicación al organismo judicial –v.gr., en el marco de un juicio de apremio– para su revisión, cuando ella se encuentra normativamente prescripta.

La norma no ha ahondado en la hipótesis de vía de hecho que la jurisprudencia ha considerado en referencia a las modalidades de ejecución del acto administrativo[15], sino que ha focalizado, como se dijo, en los supuestos de limitación de la denominada autotutela del art. 12, LPA.

Respecto al supuesto *c*), cabe advertir que en los últimos tiempos, con motivo de la modernización de la implementación del accionar administrativo por la aplicación de medios electrónicos provistos por la informática, se ha comenzado a mencionar la posible existencia de lo que han dado en llamar "actos administrativos electrónicos".

13 El art. 13 de la Ley 12.008 bonaerense prevé: "Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".

14 No debe perderse de vista, en referencia a este supuesto, que la CSJN en el caso "Intercorp" descalificó la constitucionalidad del art. 92 de la LPT al sostener que: "El régimen establecido en el artículo 92 de la ley 11.683,- en cuanto otorga a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares-, en la medida en que no se adecua a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad, es inconstitucional" (Fallos: 333:935).

15 CNCAF, Sala I, causa 116106, "Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors", entre otros.

El nuevo inciso, de mejorable redacción, supone la interdicción a la Administración no ya de ejecutar materialmente aquello que jurídicamente no tiene basamento o de abstenerse de comportamientos que califiquen tradicionalmente como vías, sino de: (*i*) "establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza", que (*ii*) "por omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos" (*iii*) "tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas".

La nueva disposición nos inserta en el fenómeno de la automatización de la Administración, que de un tiempo a esta parte se manifiesta en distintos ámbitos de su actuación o aún bien vale recordar, se ha evidenciado con énfasis en el período de Pandemia por COVID-19 (v. gr. los permisos de circulación)[16].

En definitiva, con la evidente intención de apuntalar el "principio de reserva" (¨Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe¨, cfr. art. 19 CN), el legislador ordena que tales dispositivos cuenten con mecanismos que eviten, en su caso, frustrar derechos o -–mejor dicho– conductas lícitas, lo cual, puede direccionarse, sobre todo, a apuntalar, la situación cada día más tangible de los *excluidos digitales* (v. gr. adultos mayores, personas con discapacidad, etc.) que merecen tutela frente al avance de la tecnología en todos los ámbitos, no solo en la Administración Pública.

Para cerrar, la última de las modificaciones normativas que he de apuntar en referencia a la vía de hecho es la eliminación del plazo de caducidad para llevar adelante su impugnación judicial.

El texto anterior del art. 25, LPA preveía: "La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días, computados de la siguiente manera: ...d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos ocurrieren".

El texto reformado del art. 25, LPA prevé: "La acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: [...] No habrá plazo para impugnar las

16 La incidencia de la automatización de la actividad administrativa en la noción de acto administrativo ciertos reparos en aquellos casos en que esté excluida toda posibilidad de valoración del acto, asi, sea la consecuencia de ciertos supuestos objetivamente constatables. Sin dejar de notar la afectación a la seguridad jurídica que en muchos casos pueda provocar el dejar librada a la tecnología la emisión de un acto administrativo incógnita habida en torno a la viabilidad de la doctrina que admite la existencia de tales actos administrativos electrónicos, en nuestro país, y atento al régimen legal imperante en materia de actos administrativos y sus requisitos de *forma* –verdadera garantía del particular– no resultaría viable que el Estado invocara como respaldo del accionar material limitativo de derechos o intereses particulares haber emitido alguna constancia o certificación virtual que pudiere pretender invocarse en carácter de acto administrativo electrónico (ver MARTINEZ PASS, Laura S., *Vías de hecho administrativas*, ob. cit., p. 63).

vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción...”; por lo que la impugnación judicial de la vía de hecho, en punto al plazo de caducidad, queda asimilado a la hipótesis primigenia de enjuiciamiento del silencio administrativo (art. 26, LPA).

Ello, redunda en sintonía con los principios incorporados en el art. 1 *bis* del nuevo texto de la LPA (a saber: juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración).

4. CONCLUSIONES

En conclusión, la modificación del art. 9º de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) a través de la Ley de Bases ha introducido cambios relevantes en la regulación de las vías de hecho en Argentina.

La ampliación del concepto para incluir derechos e intereses jurídicamente tutelados, en lugar de limitarse a derechos y garantías constitucionales, procura ampliar el alcance de la protección contra acciones administrativas ilegítimas, aunque, en la realidad, dudosamente tenga incidencia práctica.

La incorporación de supuestos específicos, como la prohibición de establecer mecanismos electrónicos que impidan conductas lícitas y la restricción de medidas que requieran intervención judicial previa, aborda los desafíos de la modernización y la automatización en la administración pública, reforzando el principio de reserva y la protección de los derechos individuales. Lo propio, existe una clara intención de apuntalar los límites de la autotutela (art. 12, LPA) al establecer la interdicción de 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 (art. 18, CN).

La eliminación del plazo de caducidad para la impugnación judicial de las vías de hecho, equiparándola al silencio administrativo (art. 26 LPA), amplia el espectro tuitivo al permitir cuestionar acciones administrativas ilegítimas sin restricciones temporales, sujeto a las normas de prescripción.

En conjunto, estas modificaciones reflejan un intento avance en la protección de los derechos de los ciudadanos frente a acciones administrativas arbitrarias, fortaleciendo el Estado de Derecho y promoviendo una administración pública más transparente y respetuosa de los derechos individuales.

LUCIANO ENRICI

Es Juez del Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº 2 de San Isidro.

LA VISTA DE LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE BASES

Patricio García Morităn
Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Sumario: 1. Introducción. 2. La vista y su fundamento constitucional. 3. La evolución de la reglamentación de la vista en la normativa nacional. 4. Algunos aspectos relevantes de la modificación introducida por la Ley de Bases. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En este trabajo se destacarán algunos de los aspectos más relevantes vinculados a las modificaciones que introdujo la recientemente sancionada Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante, la Ley de Bases)[1] al instituto de la *vista* en los expedientes administrativos.

2. La vista y su fundamento constitucional

Es sabido que, en el procedimiento administrativo, la vista es el derecho que le asiste a los interesados (o sus apoderados o patrocinantes[2]) a tener acceso irrestricto al expediente administrativo en el que participan, a sus actuaciones vinculadas, y a obtener copias de los mismos.

Este derecho tiene como primer fundamento constitucional a la garantía de la tutela efectiva, tanto administrativa y judicial[3]. Ello es así en tanto esa tutela sólo

1 B.O. Nº 35.456, del 8 de julio de 2024.

2 La Ley de Bases incorpora cambios a la legitimación activa en los procedimientos administrativos, que naturalmente tienen impacto en lo que hace al pedido de vista. Según la LNPA (se define más abajo), antes de la Ley Bases, la legitimación estaba reservada para aquellos que tuvieran un derecho subjetivo o interés legítimo en la cuestión que se debatía y a raíz de la reforma de la Ley Bases pasó a calificarse la legitimación activa a partir del "interés jurídicamente tutelado" (arts. 3º, 74 y 84, Decreto Reglamentario de la LNPA, según se define más abajo).

3 Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, p. 75 y ss.

puede efectiva (valga la redundancia) si se tiene conocimiento y acceso a la totalidad de los elementos que obran en las actuaciones administrativas vinculadas a la pretensión que habrá de hacerse valer, ya sea en sede administrativa como judicial.

Agrego que, para cumplir con ese mandato constitucional de tutela efectiva, esa vista debe ser oportuna (es decir, durante todo el trámite, pero particularmente antes de tener que hacer valer sus derechos en la presentación administrativa o judicial correspondiente), y naturalmente debe ser completa y gratuita.

Como segundo fundamento constitucional, la vista se apoya en la necesidad de garantizar la transparencia y publicidad de los actos de Gobierno, aspectos esenciales al principio republicano[4]. En este plano, la vista se complementa con otro derecho que es el de acceso a la información pública, reglamentado a nivel nacional por la Ley 27.275[5].

3. LA EVOLUCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA VISTA EN LA NORMATIVA NACIONAL

Las bases constitucionales descriptas no delimitan con precisión los contornos del ejercicio de ese derecho a tomar vista. Muy por el contrario, como todo Principio General del Derecho se trata de enunciaciones amplias, abstractas e imprecisas, que llegan a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada[6].

Si uno revisa los antecedentes sobre cómo se reglamentó ese derecho a la vista, advierte que en el texto original de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos[7] (en adelante, la LNPA) no se preveía nada respecto a la vista, sin perjuicio de que ya era ampliamente reconocida por la doctrina nacional en esa época[8].

---

y "Reforma del procedimiento administrativo y tutela administrativa efectiva", en CARONA, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo, Estado y república*, Bs. As., Astrea, 2019, T. 3, p. 123 y ss. Como se señala en los trabajos citados, la CSJN ha expresado que el derecho a la tutela judicial y administrativa efectiva encuentra resguardo en el art. 18 de la Constitución Nacional y en las siguientes convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional: arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 327:4185, "Astorga Brach" y 346:12, "Flores").

4 CSJN, Fallos: 311:750, "La Buenos Aires Compañía de Seguros S.A.", y CN CAF, sala IV, causa "Edesur S. A. c. Defensor del Pueblo de la Nación.", 15/11/95, LL 1996-D, 76, con nota de Horacio D. Creo Bay.

5 B.O. Nº 33.472, del 29 de septiembre de 2016.

6 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes Principios del Derecho Público*, Buenos Aires, La Ley, p. 34 y ss.

7 B.O. Nº 22.411, del 27 de abril de 1972.

8 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El derecho de defensa en sede administrativa", JA 1967-III-34, sección. Doctrina; ESCOLA, Héctor J., *Tratado general de procedimiento* administrativo,

La vista aparece, allá en el tiempo, recién a nivel reglamentario. En efecto, en el Decreto 1.759/72[9] (en adelante, el Decreto Reglamentario de la LNPA) se la incluyó a través de los arts. 38 y 76.

El art. 38 original contemplaba, como regla general, que la parte interesada (o su apoderado o letrado patrocinante) podían tomar vista del expediente durante todo su trámite, salvo de las actuaciones que se declararan secretas o reservadas[10], que el pedido podía hacerse verbalmente y que se concedería sin necesidad de resolución expresa, en la oficina que se encuentre.

Concluía el art. 38 disponiendo que, si se pedía un plazo para tomar vista, se concedería un plazo no menor a diez (10) días (conf. art. 1º, inc. *e*) aps. 4 y 5 de la LNPA).

Luego, como se observa en el texto ordenado por el Decreto 1.883/1991[11], se incluyeron dos previsiones a este art. 38 que mejoraron el ejercicio de este derecho a tomar vista: primero, se señaló que la vista podía tomarse durante todo el horario de funcionamiento de la oficina en que se encuentre y, segundo, se dispuso que si el interesado necesitaba obtener fotocopias del expediente se otorgarían a su costo.

Por su parte, el art. 76 en su versión original establecía que, si a los efectos de articular un recurso administrativo la parte interesada necesitaba tomar vista de las actuaciones, quedaría suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, el que no podía ser menor a diez (10) días (conf. art. 1º, inc. *e*), aps. 4 y 5, de la LNPA).

Este art. 76 también sufrió ciertas modificaciones y en el texto ordenado por el Decreto 1.883/91 se pueden ver las siguientes dos inclusiones: por un lado, se aclaró que la mera presentación del pedido de vista suspendía el curso de los plazos y, además, se extendió el efecto suspensivo de la vista a los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA para acciones judiciales y recursos directos.

En 2017, con la digitalización de los expedientes administrativos se dictó el Decreto 894/17[12], que ajustó esas normas reglamentarias a la nueva realidad tecnológica. En esta oportunidad, se modificó el art. 38, mientras que el art. 76 mantuvo sustancialmente la redacción original.

El nuevo art. 38 no introdujo modificaciones para los expedientes en papel, pero incorporó un segundo inciso referido a las vistas de los "expedientes

---

Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 205.

9 B.O. Nº 22.411, del 27 de abril de 1972.

10 Al respecto, el artículo establecía (y aún mantiene) que, por decisión fundada del respectivo subsecretario de ministerio o titular de ente descentralizado, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, podía declararse reservado o secreto actuaciones, diligencias, informes o dictámenes.

11 B.O. Nº 27226, del 24 de septiembre de 1991.

12 B.O. Nº 33.743, del 2 de noviembre de 2017.

electrónicos", en el que se previó dos tipos de consulta: por un lado, la consulta genérica del expediente sin suspensión de plazos, que podía hacerse en cualquier momento por medio de la plataforma TAD, en forma automática y sin requerir solicitud expresa; y por otro lado, el particular interesado podría realizar una consulta del expediente con suspensión de plazos, para lo cual la norma establecía que el pedido de vista debía formularse por escrito y solicitando específicamente la suspensión de los plazos. Esta disposición también preveía que podía otorgarse copia del expediente en el soporte informático que aporte "el interesado o el organismo" o, a cargo del interesado, copia en soporte papel.

Como se puede ver fácilmente, antes de la reforma del año 2017, la única suspensión de plazos contemplada en el Decreto Reglamentario de la LNPA para las vistas era la del art. 76 (prevista inicialmente para recursos administrativos y, luego, también para el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA). Y esta norma nunca estableció distinción entre los expedientes en papel y electrónicos, ni antes ni después de 2017. Esto parecía generar cierta inconsistencia interpretativa con la nueva redacción del art. 38 del Decreto Reglamentario de la LNPA puesto que dificultaba entender, en el caso de los expedientes electrónicos, en qué supuestos había que pedir la suspensión en forma expresa (esto es, si en los supuestos del art. 76, o si en estos casos la suspensión era automática y, entonces, el art. 38 habilitaba a pedirlo en otros supuestos diferentes).

Hoy, con la sanción de la Ley de Bases, el instituto de la vista sufre varias modificaciones. Por lo pronto, adquiere por primera vez jerarquía legal, al incorporarse al nuevo art. 1 *bis*, inciso *g*), ap. *vii*) de la LNPA.

En ese nuevo art. 1º *bis* de la LNPA, se contemplan una serie de principios (tutela efectiva, celeridad, etc.) y en el inciso *g*) se regulan "los plazos" en el procedimiento administrativo (señalando, entre otras cosas, que son obligatorios, que se cuentan en días hábiles, a partir del día siguiente al de notificación, que cuando no se fijare un plazo será de 10 días, etc.), en cuyo el apartado *vii*) prevé la vista del siguiente modo:

"La solicitud de vista producirá la suspensión de todos los plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recusos judiciales, salvo los de prescripción, desde el momento en que se presente la solicitud y se extenderá por todo el plazo fijado para tomar vista, el cual en ningún caso podrá ser inferior a 10 días".

Además, en el Decreto Reglamentario 695/24[13] se introdujeron algunas pocas modificaciones a los arts. 38 y 76 del Decreto Reglamentario de la LNPA, manteniendo en los sustancial la redacción del año 2017. Posiblemente el cambio más significativo a estas disposiciones es el que se introdujo en el nuevo art. 38,

13 B.O. Nº 35.475, del 5 de agosto de 2024.

que parece incorporar la exigencia de pedir la suspensión de plazos en forma expresa en los expedientes en papel, al igual que hacía su anterior para los expedientes electrónicos[14].

En efecto, donde el art. 38 establecía que se fijaría un plazo de 10 días en caso de que el interesado lo pidiera expresamente[15], hoy la norma prevé que: "Lo establecido por el art. 1º *bis*, inciso *g*), apartado *vii*), de la Ley de Procedimientos Administrativos resultará aplicable siempre que el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, el cual se dispondrá por un medio de notificación fehaciente en forma escrita". Si bien la redacción podría haber sido más clara, porque –en rigor– no habla de suspensión sino de un pedido de fijación de plazo, la exégesis más plausible sería que allí se prevé la suspensión de los plazos cuando lo requiere en forma expresa.

4. Algunos aspectos relevantes de la modificación introducida por la Ley de Bases

De la descripción que se ha realizado en el capítulo precedente se destacan los siguientes aspectos, como los más relevantes vinculados a las modificaciones que introdujo la Ley de Bases al instituto de la vista:

a) *La jerarquización del instituto.* En primer lugar, se destaca que la Ley de Bases jerarquizó al derecho a la vista de los expedientes administrativos.

Si bien, como se dijo, el derecho a la vista tiene base constitucional (máxima jerarquía normativa), lo cierto es que (*i*) ello no deja de ser una construcción que se apoya en el art. 18 de la Constitución Nacional, y (*ii*) además, de allí se desprende el principio de tutela efectiva, de una manera amplia, abstracta e imprecisa, el que se ejercita y garantiza a través de diversas formas, una de las cuales es el derecho a la vista.

El contorno del ejercicio de ese derecho a la vista queda siempre expuesto luego a la reglamentación que la puede ampliar o limitar.

Ello es así porque en general es discutible dónde específicamente deben fijarse los contornos finos del ejercicio de un derecho. En el caso del derecho a la vista, podría decirse que es discutible –por ejemplo– si la suspensión de plazos para tomarla hace, en sí misma, a la tutela efectiva. Tanto es así que los pedidos

14 El resto de los cambios son más bien cosméticos; incluso la incorporación del art. 25 *bis* de la LNPA entre los plazos que suspende el pedido de vista (decimos que es cosmético porque no produce un efecto sustantivo, sino que responde a que el nuevo texto de la LNPA no contempla los recursos directos en el último párrafo del art. 25, sino que se prevé una reglamentación específica del recurso directo en el art. 25 *bis*).

15 El segundo párrafo del inc. *a*, del art. 38 del Decreto Reglamentario (versión 2027) establecía lo siguiente: "Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el artículo 1º, inciso *e*), apartados 4) y 5), de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549".

de vista frente a imputaciones o requerimientos no suspendían los plazos hasta hoy (se verá que uno de los aspectos destacables de la modificación es la ampliación de los casos en que se suspenden los plazos perentorios en curso). Bien podría en el futuro garantizarse el derecho a tomar la vista formalmente, pero eliminarse la suspensión de plazos para todos los casos.

Frente a un cambio de esa naturaleza, el particular se vería eventualmente obligado a litigar e impugnar la constitucionalidad de esa norma limitativa, con probabilidades de éxito siempre relativas.

Nuestra historia nos muestra muchos ejemplos de derechos que uno creía sólidamente reconocidos y luego, por vía de su reglamentación, se ven limitados, ya sea directa o indirectamente.

Entonces, si los contornos del ejercicio del derecho están fijados por decreto (como hasta hoy), es una obviedad que su alteración futura también quedará a tiro de decreto. El hecho de que haya tenido recepción legal, en sentido material y formal, parece relevante para garantizar la tutela efectiva, máxime cuando, como en este caso, la ley se mete a fondo, reglamentando aspectos de detalle, como se describe seguidamente.

Si bien no queda grabado en mármol, una ley ofrece mayor garantía que un decreto.

b) *La ampliación de los supuestos en los que se suspenden los plazos.* En segundo lugar, es destacable que la Ley de Bases amplíe los supuestos en los que el pedido de vista suspende los plazos para formular la presentación administrativa o judicial.

Como se vio, según la redacción de las normas anterior a la Ley de Bases, la suspensión de los plazos sólo estaba prevista en el art. 76 del Decreto Reglamentario de la LNPA y se limitaba a los plazos previstos para interponer recursos administrativos o para los plazos de caducidad contemplados en el anterior art. 25 de la LNPA (iniciar acciones judiciales o interponer recursos directos).

Quedaban sin suspensión casos con plazos perentorios, como las citaciones, imputaciones, requerimientos, entre otros. Cabe destacar particularmente el caso de la imputación, puesto que, pese a ser posiblemente el acto de mayor relevancia de un procedimiento sancionatorio, en el que el particular debe ejercer su derecho de defensa (verificando los elementos que pudiera haber en su contra, expresando sus defensas y ofreciendo prueba), la vista de las actuaciones no suspendía el plazo en curso.

En definitiva, antes de la Ley de Bases, frente a un requerimiento o una imputación de una autoridad administrativa, regidos por la LNPA, el particular debía formular su presentación dentro del plazo fijado al efecto (en general, diez (10) días hábiles, conf. art. 1º, inc. *e*, ap. 4º) del anterior texto de la LNPA), o pedir una prórroga, la que debía otorgarse o denegarse con dos (2) días de

antelación a la fecha de vencimiento (conf. art. 1º, inc. *e*, ap. 5º) del anterior texto de la LNPA).

Si el particular pedía vista de las actuaciones y esa vista no era otorgada, o se otorgaba pero el vencimiento del plazo para contestar el requerimiento o la imputación operaba antes de tomar esa vista efectivamente, el particular debía presentar igualmente su escrito dentro del plazo original fijado (o su ampliación) y, eventualmente, podía reservarse el derecho a ampliar su escrito una vez que hubiera tenido acceso completo del expediente (si bien el art. 77 del Decreto Reglamentario de la LNPA contempla el derecho de ampliar una presentación hasta el dictado de la resolución correspondiente, esa norma refiere a los procedimientos recursivos, de modo que no era sobreabundante formular expresamente el pedido en estos supuestos).

Con las modificaciones introducidas por la Ley de Bases se ampliaron los casos de suspensión expresamente a los plazos para "presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales".

Se trata de un gran avance hacia la garantía de la tutela efectiva.

Podría agregarse, antes de concluir este punto, algún comentario para reafirmar porqué es tan importante esta ampliación. En materia de vista existen dos tipos de situaciones bien diferentes. Más allá la existencia de expedientes electrónicos y en papel, en rigor, lo más relevante es que existen casos en que las vistas debe efectuarse mientras corre un plazo perentorio y otras que se realizan sin que exista ese plazo perentorio.

En este segundo caso, cuando no existe un plazo perentorio, el particular puede tomar la vista en cualquier momento, sea este en formato papel o electrónico. Este pedido es informal, puede hacerse verbalmente en las oficinas de la dependencia o por vía digital.

Estos pedidos de vista no ofrecen mayores dificultades porque el ejercicio de ese derecho no se encuentra bajo la presión de un plazo y su mayor protección es el principio de informalismo.

Frente a una eventual negación de los funcionarios (expresa o tácita) el particular tiene el tiempo para recurrir a los remedios tradicionales del Derecho Administrativo, ya sea de pidiendo la vista por escrito, dejando constancia de la irregularidad, presentando una queja, labrando actas con escribano, o recurriendo a la justicia a través de un amparo por mora.

Por el contrario, en los casos en que las notificaciones fijan plazos perentorios, la situación es bien diferente. Ello es así porque la carga de contestar un requerimiento, citación, imputación o impugnar un acto administrativo, debe ser ejercida en ese plazo fijado y una denegación o una demora de la Administración en la concesión de vista podría dar lugar al vencimiento de los plazos que se han

fijado, dejando desprotegido al particular. Si bien el particular podría recurrir a las herramientas tradicionales del Derecho Administrativo señaladas más arriba, lo cierto es que la existencia del plazo hace más difícil que ellas sean efectivas.

Por eso, la suspensión con la mera interposición del pedido de vista es un mecanismo de protección fundamental, ya que el derecho del particular quedará protegido y mientras se demore la Administración en concederle su derecho de acceder a las actuaciones, el plazo se mantendrá suspendido[16].

c) *La integración interpretativa de la LNPA y el Decreto Reglamentario de la LNPA*. En tercer lugar, es relevante destacar que la nueva reglamentación de la vista (esto es, el nuevo art. 1º *bis*, inciso *g*) apartado *vii*) de la LNPA y arts. 38 y 76 del Decreto Reglamentario de la LNPA) genera ciertos desafíos interpretativos respecto a si la suspensión de plazos es automática o debe pedirse expresamente, y en su caso, en qué casos corresponde solicitarla.

Es de recordar que art. 1º *bis*, inciso *g*), apartado *vii*) de la LNPA establece que la solicitud de vista producirá la suspensión de todos los plazos para, entre otros, presentar descargos, contestar vistas, impugnar actos administrativos, etcétera. Es decir, la norma no diferencia el pedido de vista, según se verifiquen en expedientes electrónico o en expedientes en papel. Dispone imperativamente que *producirá* la suspensión.

A partir de esta verificación, se podría afirmar que la mera interposición de un pedido de vista suspende los plazos en curso, ya sea que nos encontremos ante un expediente en papel o electrónico, siempre que se esté frente a una imputación, requerimiento, citación o notificación de un acto administrativo.

Sin embargo, el nuevo articulado del Decreto Reglamentario de la LNPA mantiene sustancialmente el texto del 2017, que (*i*) en su art. 38 diferencia de tratamiento según nos encontremos ante expedientes en papel o electrónico, y requiere que la suspensión sea requerida en forma expresa; y (*ii*) en el art. 76 no diferencia entre esos dos supuestos, pero sólo contempla que la vista suspende los plazos para interponer recursos administrativos o plazos de caducidad de los arts. 25 y 25 *bis* de la LNPA.

Entonces, frente a esta situación que parece –ante una mirada rápida– contradictoria, el intérprete queda obligado a indagar sobre cómo opera la suspensión en los casos no contemplados en el art. 76 (esto sería, ante plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos).

16 La jurisprudencia ha declarado que la razón de la suspensión de plazos para recurrir radica en la necesidad de evitar la indefensión del administrado que no ha podido tomar conocimiento de las actuaciones administrativas y cuenta con plazos exiguos para promover la vía recursiva (CN CAF, Sala IV, 12/6/1986, "Cuarto Creciente S.A. c. Administración de Parques Nacionales s. Impugnación de resolución"). Cabe agregar que la suspensión se mantiene durante todo el plazo que se asigne para tomar la vista (que no será inferior a 10 días), vencido el cual se produce la reanudación del plazo pertinente.

¿Podría decirse que en los casos del art. 1º *bis* suspende siempre, aunque no se pida suspensión en forma expresa? Parece difícil de responder afirmativamente porque no puede obviarse la exigencia que hace la nueva redacción del art. 38 del Decreto Reglamentario de la LNPA, al demandar el pedido en forma expresa, y la previsión expresa del art. 76 del Decreto Reglamentario de la LNPA que establece la suspensión automática solo en el caso de los recursos y los plazos de caducidad.

Como no se puede presumir la inconsistencia del legislador, ni puede suponerse que el legislador utilizó términos superfluos o redundantes, sino que cada palabra ha de tener sentido[17], habría que indagar un poco más sobre cómo cabe interpretar estos artículos.

En esa indagación, entendemos que la interpretación más razonable (y que permitiría dar coherencia a este conjunto de normas) sería la siguiente:

- en los casos del art. 76 del Decreto Reglamentario de la LNPA (esto es, ante los plazos para interponer recursos administrativos o de caducidad previstos en el arts. 25 y 25 *bis* de la LNPA) el pedido de vista suspende los plazos en curso en forma automática, ya sea que nos encontremos ante un expediente administrativo electrónico o en papel; y
- en el resto de los casos señalados por el art. 1º *bis*, inc. *g*), ap. (*vii*) de la LNPA (imputaciones, citaciones, etc.) sería necesario formular el pedido expreso de suspensión de los plazos perentorios que pudieran estar corriendo, ya sea que nos encontremos ante un expediente administrativo electrónico o en papel. Esta exigencia de pedir la suspensión de plazos en forma expresa surge, en los expedientes electrónicos, del art. 38, inc. *b*), ap. 2º, del Decreto Reglamentario de la LNPA, y en el caso de los expedientes en papel, surge del art. 38, inc. *a*), segundo párrafo, del Decreto Reglamentario de la LNPA[18].

d) *La vista no suspende ni interrumpe los plazos de prescripción.* En cuarto lugar, se remarca que el art. 1º *bis*, inc. *g*) ap. *vii*) de la LNPA aclara que la *suspensión* que provoca la vista sólo aplica a los plazos administrativos para hacer las presentaciones enunciadas, pero no a los de prescripción.

17 Fallos: 304:1820; 306:721; 307:518; 315:2668, entre otros.

18 Como se vio más arriba, la norma hoy prevé que: "Lo establecido por el artículo 1º *bis*, inciso *g*), apartado *vii*), de la Ley de Procedimientos Administrativos resultará aplicable siempre que el peticionante solicitare la fijación de un plazo para la vista, el cual se dispondrá por un medio de notificación fehaciente en forma escrita". Si bien la redacción de la norma no es de fácil interpretación, porque no habla estrictamente de suspensión de plazos sino de un pedido de fijación de plazo, la exégesis más plausible sería (*i*) que allí se prevé la suspensión de los plazos cuando lo requiere en forma expresa y (*ii*) en la medida que el art. 76 prevé la suspensión automática de los plazos para interponer recursos administrativos o los de caducidad, entonces ese pedido de suspensión refiere al resto de los supuestos del art. 1º *bis*, ap. *g*), inc. (*vii*) de la LNPA.

Esto es así porque, en principio, la prescripción queda interrumpida por la interposición de recursos o reclamos, conforme el art. 1º *bis*, inc. *h*), ap. *i*) de la LNPA.

e) *La ratificación de cómo funciona la suspensión*. En quinto lugar, se destaca que la ley ratifica detalladamente cómo operaba la *suspensión* de los plazos.

Hoy se determina por vía legislativa, sin margen de dudas, que:

- la mera interposición de la vista suspende los efectos de los plazos en curso;
- la suspensión toma por válidos los días transcurridos antes de la interposición del pedido, reanudándose el plazo remanente una vez que haya concluido la vista;
- la suspensión se mantiene desde la interposición, hasta que haya concluido el plazo que se otorgue para la toma de la vista;
- el plazo no será menor a diez (10) días.

Si bien ya se encontraba zanjada la discusión sobre si los plazos se suspendían o se interrumpían[19] (sobre todo a partir del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 26 de octubre de 2017[20] que abandona el criterio anterior que asimilaba el significado jurídico de la suspensión e interrupción[21]), en este caso la redacción no deja ninguna duda: la suspensión toma por "válidos los días transcurridos" y el plazo remanente se "reanuda" una vez concluida la vista.

5. CONCLUSIONES

Se puede afirmar que la Ley de Bases vino a introducir varias modificaciones al instituto de la vista, las que –en líneas generales– tienden a mejorar la reglamentación de ese instituto, optimizando la garantía de la tutela efectiva.

Indudablemente, entre todas las modificaciones incorporadas, se destaca la ampliación que se ha hecho respecto de los casos en los que un pedido de vista suspende los plazos perentorios que pudieran estar corriendo. Hoy, los particulares podrán ejercer adecuadamente su derecho de defensa, frente a requerimientos, vistas, imputaciones y no sólo frente a impugnaciones, administrativas o judiciales, de actos administrativos.

Sin embargo, no puede pasar por alto que la norma exige que la suspensión de plazos sea requerida en forma expresa, aparentemente sólo para algunos casos. Como la norma todavia da lugar a interpretaciones, siempre es recomendable que en el pedido de vista se requiera expresamente la suspension de los plazos

19 Es interesante ver cómo había sido la evolución de la interpretación a partir de las diferentes normas en juego, a cuyos efectos cabe remitirse a los trabajos de CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1987, T. II, p. 431 y ss, o GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, p. 228, entre otros.

20 Dictámenes 303:167.

21 Dictámenes 159:533.

que pudieran estar corriendo, desde la interposición y durante todo el plazo que se otorgue al efecto, y el otorgamiento de copias de las actuaciones.

Patricio García Moritán

Es Abogado. Magíster en Derecho y Economía. Realizó el curso de especialización en Derecho Administrativo Económico, así como diversos cursos de posgrado en cuestiones regulatorios y telecomunicaciones. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Autor de artículos de la especialidad y participante en jornadas y congresos. Socio del estudio Cassagne Abogados y miembro del directorio de diversas empresas vinculadas a la producción para la Defensa y la Seguridad.

¿NATURALEZA Y LÍMITES DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

Fernando García Pullés
Profesor Titular de la Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires.

Sumario: 1.Introducción. 2. Los recaudos exigidos para habilitar la instancia judicial en el ámbito federal. 3. Antecedentes de la habilitación de la instancia en el contencioso administrativo. 4. El tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia. 5. Las reformas a la Ley de Procedimiento Administrativo introducidas por la Ley de Bases. 6. Los requisitos de la habilitación de la instancia, continúan siendo presupuestos o se han transformado en defensas disponibles. 7. Los límites de los presupuestos de habilitación de la vía judicial. 8. A modo de epílogo.

I.Introducción

La reforma que la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) introdujo a la regulación legal del Procedimiento y el Proceso Administrativo ha generado distintos escenarios, tanto por la modificación de aspectos centrales del procedimiento –legitimación, sistemas de silencio, vicios del acto administrativo, caracterización de las nulidades, prescripción– como por la creación de nuevas figuras en el ámbito de la habilitación de la instancia, la eventual transformación en un ritualismo inútil a los recursos de los contra-interesados afectados por un acto administrativo que genera derechos subjetivos que se están cumpliendo luego de su notificación[1], la ampliación de la legitimación para la impugnación directa de los actos de alcance general, la incorporación del amparo como causa de interrupción de los plazos para demandar y la procedencia de interponer recursos administrativos contra la resolución que resuelve el reclamo

1 Ver: García Pullés, Fernando, "Los límites a la potestad revocatoria de la administración en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada", *Revista Jurídica La Ley*, 4 de octubre de 2024.

administrativo previo, entre muchos otros[2]. En estas reformas han quedado territorios oscuros que corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia aclarar.

Uno de esos ámbitos es el que debe ser asignado a la naturaleza que corresponde atribuir a los institutos de la habilitación de la instancia, pues pequeñas modificaciones –casi sutiles– en el texto de algunos artículos modificados por la Ley 27.742, podrían dar lugar a la reaparición de viejas concepciones que deben ser examinadas nuevamente. Tal el propósito de este trabajo.

2. LOS RECAUDOS EXIGIDOS PARA HABILITAR LA INSTANCIA JUDICIAL EN EL ÁMBITO FEDERAL

En el sistema diseñado por la Constitución Argentina (CN) es claro que la última voluntad jurídica del Estado, en materia jurídica, ha sido otorgada al Poder Judicial. Ello ocurre en el ámbito de la jurisdicción federal, como también en el de la jurisdicción provincial[3].

La jurisdicción en su acepción más estricta –porque también *dicen el derecho* el legislador cuando dicta las leyes, el administrador cuando resuelve que corresponde su aplicación en un caso dado y hasta los ciudadanos cuando celebran contratos que regulan sus conductas– ha sido otorgada por la CN al Poder Judicial de la Nación y por las provincias a sus respectivas organizaciones jurisdiccionales. Ello implica otorgar a ese poder la última voluntad jurídica del Estado nacional o provincial, porque la sentencia genera la sustitución de la voluntad de las partes del proceso que pasan a confundirse con la voluntad del juez, contenida en el fallo una vez firme. Esto no ocurre en la, a mi juicio mal llamada *jurisdicción administrativa*, pues los actos de tal naturaleza no producen esa sustitución si no fuera por el acuerdo del destinatario del acto administrativo, ya que a falta de ese acuerdo los ciudadanos podrán siempre acudir al control judicial, en los términos de los precedentes que han aclarado tal limitación a la actuación administrativa[4].

Esta particular situación de la función jurisdiccional en la estructura republicana debía ser compatibilizado con el esquema de frenos y contrapesos que inspirara ese sistema de gobierno. Montesquieu elaboró su teoría de la separación

2 Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La habilitación de instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada", *Revista Jurídica La Ley*, 13 de noviembre de 2024.

3 Es necesario recordar que, según dispone el art. 14 de la Ley 48 los conflictos que se resuelven por aplicación de las leyes locales o las que el Congreso de la Nación dicta en los términos de las competencias atribuidas por el art. 75, inc. 12, fenecen en el ámbito de la jurisdicción local y solo permiten la apertura de la vía excepcional del recurso extraordinario cuando existe una cuestión federal (simple, compleja directa o compleja indirecta) que tenga relación directa con la solución del pleito y se haya resuelto de modo contrario a los derechos fundados en ella; y como última *ratio* (sentencia definitiva y tribunal superior).

4 Según resulta de los precedentes "Fernández Arias c/ Poggio" Fallos: 247:646 y, más recientemente "Anegl Estrada y Cia" Fallos: 328:651-, entre muchos otros.

de los poderes del Estado[5] advirtiendo su conexión con la libertad, afirmando que cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente y que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, porque si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador y si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

No dejo de considerar que vivimos tiempos de sociedades *líquidas* en que el apego a sistemas jurídicos meramente normativos se ha demostrado ineficiente[6], pero es justamente esa liquidez la que corrobora aún más la importancia de la potestad atribuida a los jueces, porque la aplicación de principios, precedentes y doctrinas, que no se consagran literalmente en normas jurídicas escritas y hasta modulan su interpretación para la resolución de los conflictos, amplían el territorio de la discrecionalidad judicial, que ya no puede invocarse como limitada a ser "la boca que pronuncia las palabras de la ley", sino en todo caso "la boca que establece cómo debe compatibilizarse el orden normativo con los principios de jerarquía superior que integran el sistema jurídico"[7].

Aquel carácter sustitutivo de la jurisdicción, no me canso de repetirlo, tiene en el ámbito del contencioso-administrativo una valoración aún mayor. Porque en este territorio se produce, además de la típica sustitución procesal, otra de carácter institucional. La sentencia reemplaza la voluntad del Poder Legislativo cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, tanto más en aquellos sistemas en que se admiten acciones de inconstitucionalidad *on its face* de las leyes[8], como también la del poder administrador, cuando decide la nulidad por ilegitimidad de un acto administrativo de carácter general o particular.

Ese inmenso poder atribuido por el sistema republicano a la función jurisdiccional ha encontrado su quicio sometiendo su ejercicio a la existencia de ciertos presupuestos, sin cuya ocurrencia no es posible considerar la habilitación de tal función: la existencia de caso –jurídico, actual y concreto– planteado por

5 Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748.

6 Así lo ha explicado con claridad la profesora uruguaya Cristina Vázquez en las 50 Jornadas Nacionales e Internacionales de Derecho Administrativo celebradas en la ciudad de Santa Fe, en el mes de noviembre de 2024.

7 Tal vez uno de los ejemplos más claros haya sido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)" Fallos: 342:459.

8 Sobre el sistema norteamericano de declaración de inconstitucionalidad ver Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs.As., Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, T. I, p. 345 y ss.

una parte legitimada, titular de un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo, individual o colectivo, según se trate.

No es casual que esta demarcación de los límites de la actuación del Poder Judicial haya aparecido en una de las primeras leyes de la República. El art. 2º de la Ley 27 establece que la jurisdicción "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

No parece del caso discutir *in extenso* aquí la exactitud de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, que ha entendido que la existencia de caso presupone la de parte[9]. En mi opinión podría plantearse un caso justiciable por quien no estuviera legitimado (por ello las leyes adjetivas prevén la posibilidad de la excepción de falta de legitimación para obrar manifiesta), como también que alguien afectado en un interés jurídicamente protegido planteara al juez un caso abstracto o no actual (*mot case*), extremo que justifica la regulación procesal del rechazo *in limine* de la demanda.

Es imprescindible poner de relieve que estos presupuestos de la habilitación de la jurisdicción, en general, tienen sustento en el principio republicano de gobierno y, por tanto, jerarquía constitucional. La cuestión tiene efectos trascendentes, que se analizarán más tarde, y obliga a diferenciarlos de otros presupuestos que encuentran apoyatura solo en las leyes, tales como la exigencia de la mediación previa, en los casos no excepcionados por la Ley 26.589.

3. ANTECEDENTES DE LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema de la apertura de la jurisdicción en el ámbito de los juicios en que la Nación es parte demandada tiene una larga historia. Para no ahondar en ella, dígase que la doctrina más autorizada[10] hubo de concluir que la jurisdicción que la CN argentina otorgaba al Poder Judicial, en los casos en que la Nación fuera parte demandada, no provenía de esa cima de la pirámide del derecho positivo en el orden jurídico nacional, sino de las leyes.

A esta conclusión se arribó a partir de la consideración de los antecedentes de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo art. III fue replicado en nuestra norma constitucional (hoy el art. 116 de la Ley Suprema Argentina). Las citas de El Federalista y de Story y de la Judiciary Act de 1789, en todos los casos respecto de los alcances del citado art. III de aquella Constitución, que indicaba –como lo hacía la norma originaria de nuestra Carta Magna y la actual– que la Justicia Federal tiene jurisdicción en los "asuntos en

9 Fallos: 346:970, 127 y 1387, entre muchos otros.

10 Dos publicaciones son de lectura obligatoria en este tema: GONDRA, Jorge M., *La justicia federal*, Buenos Aires, Revista Jurisprudencia Argentina, 1944; y MUÑOZ, Guillermo A., "El reclamo administrativo previo" de, publicado en MUÑOZ, Guillermo A. y GRECCO, Carlos M. en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ad hoc,1999.

que la Confederación sea parte", obligaban a concluir que debía interpretarse que la atribución de jurisdicción se limitaba a los casos en que la Confederación (aquí la Nación) fuera parte actora.

La base que presidía ese postulado surgía de una deformada traslación de un principio de derecho internacional público *pars in parem imperium non habet* que impide a un Estado –o a los ciudadanos de un Estado– arrastrar a otra nación a sus tribunales sin su consentimiento. He dicho que el principio aparecía deformado, porque es evidente que no se trata aquí de una relación entre Estados, sino de la trabada entre un Estado y sus propios ciudadanos, como también que la función jurisdiccional otorgada por las constituciones del estado a sus tribunales justificaba predicar que ello implicaba el sometimiento del poder a esas autoridades, sin que pudiera extenderse a tal sometimiento la idea de una relación de *pares*. Lo cierto es que, a raíz de aquella interpretación estadounidense originaria, fructificó la idea según la cual el Estado solo podía ser objeto de la *vocatio* jurisdiccional cuando prestara su conformidad expresa para ello, como si se tratara de exigir la obtención de una cláusula compromisoria arbitral.

Los precedentes de la Corte Suprema Argentina en los casos "Seste Seguich"[11] y "Gómez"[12] expusieron la línea de pensamiento que viene de exponerse, exigiendo que los conflictos fueran resueltos por el Congreso en ejercicio de su competencia para arreglar la deuda interna. Más tarde[13], el Congreso sancionó una ley para autorizar al peticionante a iniciar una demanda en su contra ante la justicia federal. La venia legislativa así creada fue sustituida por una venia administrativa (el reclamo previo) en la Ley 3952.

Es especialmente importante advertir que la sanción de la Ley 3952, más tarde reformada por la Ley 11.634, en modo alguno significó abandonar la tesis de Gorostiaga sobre la inexistencia de una competencia otorgada por la Constitución Nacional al Poder Judicial de la Nación para entender en los casos en que la Nación fuese parte demandada. Tan es así, que el art. 7º de esa ley estableció que: "Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda", precepto absolutamente incompatible con el alcance de la función jurisdiccional otorgada por la Ley Suprema a los tribunales federales, que comprende, entre las facultades de los jueces, la *executio*, pues una norma legal no podría privar a los jueces de una de las facultades inherentes a su función jurisdiccional, si no fuera que esa función les fuera otorgada por una fuente distinta de la CN.

11 Fallos 1:317.

12 Fallos 2:36.

13 A partir de la Ley 675, en un reclamo de Aguirre Carranza y Compañía.

Muñoz[14] recuerda que este criterio que quedó reflejado con total claridad en un fallo de la Cámara Federal de Tucumán[15], en el que se indicó: "La jurisdicción de los tribunales federales no surge de la Constitución, sino de la Ley 3952, mediante la cual el propio Estado, por el órgano competente establece las condiciones en que acepta ser sometido a juicio".

Este fundamento de la habilitación de la instancia, basado en la alegada inexistencia de una atribución constitucional directa de jurisdicción al Poder Judicial de la Nación en los casos en que la Nación fuera parte demandada, encuentra hasta el presente una explicación indirecta en la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República en el ámbito de su jurisdicción originaria. En efecto, no es dudoso que el art. 117 de la Ley Suprema atribuya a la Corte la facultad de entender en forma originaria y exclusiva en algunos de los casos enumerados por su art. 116, entre los que no se encuentran los asuntos en que la Nación sea parte. Por el contrario, se trata de los casos de ciertos representantes diplomáticos y de los conflictos entre la Nación y las Provincias o de una Provincia contra vecinos de otra, cuando la materia está regida por el derecho federal o el civil y no por el derecho público provincial (aclaración que nació después de la doctrina de "Vadell"[16] y que culminó en "Barreto"[17]).

Advierto sobre este extremo porque la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que: "El acceso a la jurisdicción originaria de la Corte no debe quedar subordinado, en los supuestos en que se basa en razón de la materia o de las personas, al cumplimiento de recaudos exigidos por las normas locales como en los concernientes al agotamiento de la vía administrativa o judicial que regulan esos preceptos"[18].

Es interesante advertir que, ante una regulación supralegal distinta, en la introducción que el Dr. Luis Varela realiza al primer Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires el 15 de septiembre de 1903, luego de realizar un análisis de los sistemas aplicables para el control contencioso de la Administración Pública, advierte que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires vigente en su momento sí otorga jurisdicción a la Suprema Corte Provincial para entender en las causas contencioso administrativas[19], aunque su proyecto de Código exige no solo el recaudo previo del pronunciamiento de la autoridad competente, sino también la negativa a revocar el acto para tener por

14 MUÑOZ, Guillermo A., *El reclamo administrativo previo, en Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, Bs.As., Ad hoc, 1999, p. 583 y ss.

15 Publicado en la Revista Jurídica La Ley T. 44, p. 574 y ss.

16 Fallos: 306:2230.

17 Fallos: 329:759.

18 Fallos: 319:1934.

19 Ver el texto de la Ley Varela y su Introducción en Código de Procedimientos de lo Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires · Biblioteca Digital.

agotada la vía administrativa y habilitar la instancia judicial y establece un plazo de treinta días para promover la demanda, bajo apercibimiento de la pérdida del derecho[20], instituciones que fueron reconocidas por la jurisprudencia provincial y modelaron más tarde el sistema normativo federal.

Respecto de este último, dígase que la sanción del Decreto 7520/44 creó el recurso jerárquico y dio origen a la apertura de las vías impugnativa y reclamativa, pues rápidamente se advirtió que no resultaba admisible exigir a quien ya había recorrido el trámite del jerárquico acudir nuevamente a un reclamo administrativo previo para agotar la vía.

La cuestión quedó definitivamente zanjada por la sanción de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que concibió una vía impugnativa para actos administrativos de alcance particular y general –reglada en sus arts. 23 y 24–, un plazo de caducidad para iniciar la acción impugnatoria luego de agotada esa vía impugnativa –disciplinada en los arts. 25, 26 y 27– y una vía reclamativa, para agotar la instancia en los casos en que no se tratara de la impugnación de actos administrativos de alcance particular o general.

Quedaba así claro, en el diseño legal, que el plazo de caducidad para promover la acción, previsto en el art. 25, primera parte, solo estaba referido a la vía impugnativa[21] y no podía extenderse a la vía reclamativa, extremo que hallaba –si se quiere– sustento en la pretensión de otorgar al acto administrativo, que recibía de la ley la presunción de legalidad, que resulta concreción de la autotutela declarativa, un término para que quedara firme[22].

Las ingeniosas creaciones doctrinarias para escapar al plazo de caducidad establecido por el art. 25 generaron modificaciones en los textos de las normas. Una de aquellas creaciones se basó en predicar que una vez resuelto el recurso jerárquico, podría intentarse contra ese acto decisorio un reclamo administrativo

20 Ver los arts. 2º, 3º y 13 del Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, prohijado por Luis Varela. La Corte Suprema hubo de declarar la constitucionalidad de este plazo de caducidad (Fallos: 209:526), según menciona Linares, Juan F., *Derecho Administrativo*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 412.

21 Ver Linares, Juan Francisco, op. cit., p. 406.

22 Tal fue el fundamento considerado por la Corte Suprema de Justicia de la nación en la causa "Gypobras" (Fallos: 318:441) y por una jurisprudencia pacífica de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (vid por todos Sala II, 22 de mayo de 1997, in re "Almeida, Ascensión H. c/Ministerio de Educación", en L.L. 1997-D, pág. 695) Puede verse, al respecto, Caputti María Claudia y Estela B. Sacristán, "La caducidad del artículo 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica", *L.L.*, 1977-A, p. 79 y ss. En su capítulo II, ocasión en que las autoras sostienen que la caducidad solo podría ser declarada a pedido del Estado Nacional, haciendo mérito de la doctrina de la Corte en "NCR c/Caja de Ahorro y Cohen c/Instituto Nacional de Cinematorgrafía", cuya doctrina fuera dejada sin efecto más tarde por la Corte Suprema en el fallo "Gorordo de Kralj", que aún no había sido emitido al redactarse aquel artículo.

previo (teniendo en cuenta que el reclamo no tenía plazo de interposición). A este intento vino a contestar la reforma a la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo introducida por la Ley 21.686, que introdujo en el tercer párrafo de su art. 30, el siguiente texto: "Recurrido un acto en todas las instancias administrativas correspondientes las cuestiones planteadas y resueltas expresamente en esa vía por la última instancia no podrán reiterarse por vía de reclamo; pero sí podrán reiterarse las no planteadas y resueltas y las planteadas y no resueltas".

Sin embargo, el legislador consideró insuficiente esa reforma y la Ley 25.344 al modificar el primer párrafo de este art. 30 de la Ley 19.549, estableció: "El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, *salvo cuando se trate de los supuestos de los arts. 23 y 24*" (el destacado me pertenece).

Pero la mentada Ley 25.344 introdujo dos preceptos de trascendental importancia para el sistema de habilitación de la instancia, ambos incluidos en la reforma al art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo:

a) Por una parte, se extendió el plazo de caducidad de la acción impugnatoria también a la vía reclamativa[23], extremo que oportunamente critiqué, porque no había aquí presunción de legalidad que resguardar[24];

b) Por otro lado, ratificó el criterio de la jurisprudencia, que había sido cuestionado en dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[25] y restaurado en otros fallos posteriores[26], al disponer: "Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente".

4. EL TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Un importante sector de la doctrina posterior a la sanción inicial de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo de 1972, hubo de sostener que tanto los plazos otorgados para agotar la vía impugnativa, como aquellos que

23 La deficiencia en la redacción del texto legal, que había dado origen a fallos que sostuvieran su inaplicabilidad a los casos de rechazo expreso del reclamo administrativo previo (ver C.N.Cont. Adm. Fed., Sala I, 7.9.2004, in re "Arias, José c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg") y su inconstitucionalidad si se pretendía aplicar a los casos en que mediara silencio frente al reclamo administrativo previo (ver C.N.Cont. Adm.Fed., sala III, 18.4.2011 in re "Biosystems S.A.", cuestiones que resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer como pauta interpretativa de esta norma que el plazo solo resultaba aplicable al supuesto de rechazo expreso del reclamo (ver Fallos 346:921, del 11 de febrero de 2014).

24 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 742 y ss.

25 Los fallos "NCR c/Caja de Ahorro" y "Cohen" a los que me referiré luego.

26 "Gorordo de Kralj" y "Resch".

estableciera el art. 25 para promover la acción judicial, constituían plazos de caducidad[27], como también que los recaudos de agotamiento de la vía y plazo constituían presupuestos para la habilitación de la instancia jurisdiccional que podían y debían ser controlados oficiosamente[28].

Julio Rodolfo Comadira explicaba que aún antes de la sanción de la Ley 19.549 la habilitación de la instancia, como presupuesto, fue tratada en la Quinta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Santa Fe en 1940, oportunidad en el que el profesor Salvador Dana Montaño puso de relieve la irrenunciabilidad de los requisitos de habilitación y que instituciones similares deben hallarse en los *juicios de admisibilidad* del derecho español o el despacho de saneamiento del derecho brasileño[29].

La jurisprudencia no solo respaldó el criterio de reconocer carácter de presupuestos de admisibilidad de la acción a los requisitos especiales exigidos por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, sino que hasta creó un procedimiento previo y especial, que dio en llamarse de *habilitación de la instancia*, en el que –aún hoy– intervienen la parte actora, el Ministerio Público Fiscal y el Magistrado interviniente, en el que se debate exclusivamente si la instancia se encuentra habilitada; esto es si se han reunido los recaudos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo en el que debe interponerse la acción.

Este procedimiento concluye con una verdadera sentencia interlocutoria del Magistrado –que debe considerarse así no solo porque se decide luego del locutorio entre actora y ministerio público, sino también porque supone un juicio de valoración del magistrado sobre las circunstancias del caso– que decide si la instancia se encuentra habilitada. Dicha sentencia puede aún ser objeto de cuestionamiento por el demandado (regularmente el Estado Nacional) al tiempo de contestar el traslado de la demanda, ocasión en que puede reponer la cuestión para su tratamiento por el Juez de la causa y, en su caso, apelar de la decisión que éste adopte para su resolución por el Tribunal de Segunda Instancia.

El carácter de estos institutos quedó finalmente reflejado en el fallo plenario "Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I y otros c/Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial 78 s/Cobro de Pesos" emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que fuera más tarde controvertido

27 Ver Marienhoff, Miguel S., "Demandas contra el Estado Nacional. Los arts. 25 y 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional", *Revista Jurídica La Ley*, 1980-B, p. 1024, citado por Marcer, Ernesto Alberto, *Demandas contra el Estado*, Bs.As., Ad hoc, 2004, p. 166.

28 Ver Gauna, Juan Octavio, *Derecho Administrativo (luces y sombras)*, Bs.As., Ediciones RAP, 2018, p. 213 *in fine*.

29 Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo, Acto administrativo, Procedimiento administrativo, otros estudios*, Bs.As., Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 469, con cita de Grau, Armando, *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa*, La Plata, Ed. Platense, 1971.

por dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Caja de Ahorro c/NCR s/cobro de pesos"[30] y "Cohen, Rafael c/Instituto Nacional de Cinematografía"[31].

Guillermo Muñoz también explicó, con la claridad que lo distinguiera, aún a despecho de los expuesto en los fallos de la Corte Suprema recién citados, que los requisitos de la habilitación de la instancia constituían presupuestos procesales especiales de admisibilidad y que solo después de verificar su ocurrencia podía el juez darle curso y notificar y emplazar al demandado, dando cuenta de lo "desconcertante" de la doctrina elaborada por el más Alto Tribunal, especialmente en el fallo "Cohen", al indicar: "Si para ordenar el traslado de la demanda es preciso resolver previamente el incidente de habilitación y si este tramita sin la intervención de la otra parte, afirmar que sólo puede denegarse la habilitación cuando haya intervenido la demandada parece encerrar un contrasentido [...] La solución es, pues, difícil de compartir. También lo son los fundamentos en que se basa"[32].

El cambio de la doctrina de la Corte en los casos "NCR" y "Cohen" exige algunas explicaciones para advertir sus diferencias esenciales y de qué modo ellos quedarían revertidos por la jurisprudencia posterior del más Alto Tribunal.

En el caso "NCR" el Juez de Primera Instancia había resuelto declarar habilitada la instancia judicial, luego de comprobar la reunión de los requisitos especiales de admisibilidad. Esa resolución no fue apelada por el Ministerio Público Fiscal, como tampoco fue objetada por la Caja de Ahorro y Seguro al tiempo de contestar el traslado de la reconvención que, contra su demanda de cobro de pesos, había deducido la firma NCR.

La sentencia de Primera Instancia había rechazado la pretensión contenida en la demanda de la Caja de Ahorro y admitido la incluida en la reconvención de NCR. Por ello, la Caja de Ahorro recurrió del fallo cuestionando exclusivamente la atendibilidad dada a una pericia producida en la causa, que fuera utilizada para hacer lugar al reclamo de la reconviniente.

Sin embargo, al tiempo de ingresar el Tribunal de Segunda Instancia al examen del proceso, como consecuencia de aquella apelación limitada que la actora y reconvenida hiciera de la sentencia, oficiosamente declaró que la acción de NCR había sido deducida después de vencido el plazo establecido por el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, extremo que dio lugar al recurso extraordinario de NCR que habilitó la instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

30 Fallos: 310:2709.

31 Fallos: 313:228.

32 MUÑOZ, Guillermo,"El enigma de la habilitación de la instancia" en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 573 y ss.

En su fallo el más Alto Tribunal hizo suyos los argumentos del dictamen producido por la Procuración General de la Nación, que sostuvo que la decisión de la Cámara había violado el principio de congruencia por cuanto resolvía cuestiones que no habían sido introducidas por las partes en la conformación de la litis y, solo a mayor abundamiento, que la Cámara había ingresado en una cuestión de carácter patrimonial claramente disponible por la actora, que no había interpuesto oportunamente la caducidad de la acción impugnatoria.

El dictamen recogido por la Corte Suprema acumulaba algunos aciertos con fallas en criterios esenciales y típicos del derecho administrativo y aún de la organización republicana que no pueden dejar de tratarse separadamente. Por un lado, parece claro que si el Ministerio Público no había cuestionado la falta de habilitación de la instancia, en oportunidad de considerar la reconvención, que el Juez había resuelto que esa instancia estaba habilitada y que la Caja de Ahorro no había planteado la cuestión al contestar el traslado de la reconvención ni apelado la sentencia de fondo del proceso por la cuestión de la habilitación, existía un evidente exceso en la jurisdicción asumida por la Cámara, que más que atentar contra el principio de congruencia, lo hacía contra el derecho surgido de una sentencia –aunque fuera interlocutoria o aún se calificara como providencia simple: la de habilitación de la instancia– que había pasado en autoridad de cosa juzgada.

De allí que ese exceso jurisdiccional no estaba en modo alguno calificado por la renunciabilidad de derechos patrimoniales por parte del representante del Estado (en el caso la Caja de Ahorro) sino porque la cuestión de la habilitación había quedado zanjada definitivamente en la resolución que declarara habilitada la instancia, cuando ella no fue repuesta por la Caja de Ahorro al contestar el traslado de la reconvención. No estaba en juego el derecho de debido proceso de NCR, sino su derecho de propiedad, en los términos de la doctrina "Bourdieu".

El desacierto contenido en la referencia a la disponibilidad de los derechos patrimoniales en el proceso es manifiesto, porque no es legítimo predicar tal facultad como propia de los representantes del Estado Nacional, en el caso de la Caja de Ahorro. Por cierto, al establecer la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo que las acciones impugnatorias debían iniciarse en el plazo de noventa días hábiles judiciales desde agotada la vía administrativa, tal manda legal no pudo quedar a disposición del representante judicial, ni aún del titular de la entidad u organismo estatal competente, porque de otro modo se facultaría a estos a incumplir la ley, según su criterio discrecional, oponiéndose o no a la habilitación.

Es preciso recordar que para la época del fallo ahora en comentario, la entonces vigente Ley de Contabilidad, en su art. 142 establecía –no ya para el caso de un presupuesto, como lo era el del art. 25 de la Ley 19.549, sino para la defensa de prescripción– que: "Las dependencias y las entidades descentralizadas del Estado no harán lugar por sí a las reclamaciones en que la acción de los recurrentes

se hallare prescripta. El Poder Ejecutivo podrá, no obstante, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento, reconocer esos derechos". Pero aún en ese limitado marco, en forma más cercana en el tiempo al fallo ahora en tratamiento, la Procuración del Tesoro de la Nación había destacado que "...a través de la circular S.G.P.N. nº 1/88, el Primer Magistrado instruyó expresamente a las áreas de su dependencia, comprendidas o no en la Ley de Contabilidad, para que den '...cumplimiento integral al principio contenido en el art. 142, parte inicial del primer párrafo de la citada ley, oponiéndose invariablemente, en consecuencia, la defensa o excepción de prescripción...', como así también para que se abstengan '...de proponer al Poder Ejecutivo Nacional medidas que contengan cláusulas de renuncia a la misma...'"[33], de modo que la pretensión de invocar o suponer la existencia o el ejercicio de una facultad de renunciar a la prescripción –tanto más a la caducidad– por parte del Poder Ejecutivo resultaba improponible como método interpretativo.

La gravedad del cambio de criterio hizo su máxima expresión en el caso "Cohen", haciendo verdadero aquello de que las grandes invasiones se inician a paso de paloma. Porque en este fallo pretendió replicarse el criterio de NCR pero en circunstancias muy distintas, porque la decisión que anuló la Corte había sido adoptada al inicio del proceso y en el trámite de *habilitación de la instancia* por parte del Magistrado interviniente. Fue en este precedente en que el Tribunal hizo especial hincapié en el carácter de defensa y no de presupuesto que implicaba la norma establecida en el art. 25 de la Ley 19.549.

Sin embargo, estas afirmaciones empezaron a conmoverse poco tiempo después, cuando se mantuvo el criterio de la mayoría en la causa "Construcciones Taddia". Allí el rechazo de la habilitación había sido dispuesto en Primera Instancia con base en la extemporaneidad de los recursos interpuestos en sede administrativa y el vencimiento del plazo previsto en el art. 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Al respecto, el Tribunal mantuvo el criterio expuesto en el caso "Cohen" pero, en su disidencia, el Dr. Fayt sostuvo que no podía suplir el Poder Judicial la falta de indispensables formalidades exigidas por el ordenamiento para la cesión, renuncia o disposición por cualquier otro título de bienes que se incorporaron al patrimonio estatal, advirtiendo que conforme la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional la disposición de dicho patrimonio reviste particular gravedad, que solo puede dispensar de aquellas formalidades en casos realmente excepcionales que no se daban en esta especie.

33 Ver por todos Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 198:86 y Circular 1/88 de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación.

El criterio expuesto en esa disidencia terminó haciéndose mayoría en el fallo "Gorordo de Kralj"[34]. Allí se abandonó expresamente el criterio anterior, al sostenerse: "Que si bien este Tribunal en los casos "Cohen" (Fallos: 313:228) y "Construcciones Taddia S.A."(Fallos: 315:2217) se pronunció contra la posibilidad de revisar de oficio o a instancia de los fiscales el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa con anterioridad a la traba de la litis, un nuevo examen de esta delicada y trascendente cuestión conduce a esta Corte a modificar dicho criterio y a concluir en sentido opuesto al antes referido "... sustentando ese cambio de criterio en el reconocimiento del carácter de "presupuestos procesales" de los requisitos de agotamiento de la vía administrativa o del plazo para promover la demanda, que el juez está obligado a comprobar de oficio *in limine litis*. Con tal presupuesto, el Tribunal afirmó: "Que teniendo presente lo expuesto corresponde decidir que dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la Ley 19.549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario in limine la pretensión", invocando para ello el art. 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (rechazo *in limine* de la demanda), pues la falta de tales recaudos no requiere de la oposición expresa del demandado.

Allí también se contestó al argumento del supuesto agravio al derecho de defensa de la demandante, señalándose que: "La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable (Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros)".

La cuestión pareció reponerse en el caso "Resch"[35], aunque aquí se discutía nuevamente si resultaban aplicables los recaudos de agotamiento de vía y el plazo del art. 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos en el marco del procedimiento seguido en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, decidiendo el Tribunal que no podían extenderse tales requisitos, aunque la minoría –en los votos de los Dres. Boggiano y Maqueda– reiteró, en lo sustancial, los conceptos vertidos en "Tajes" y en "Gorordo de Kralj". Algo similar ocurrió en la causa "Daus"[36].

El criterio afirmado por la Corte Suprema en el caso "Gorordo de Kralj" fue finalmente ratificado para los procesos contencioso administrativos en general –fuera del ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad– en los precedentes

34 Fallos: 322:73.
35 Fallos: 327:4681.
36 Fallos: 329:2886.

"Ruiz"[37] y "Sánchez Granel, Eduardo c/BCRA"[38], sin que pueda dejar de advertirse que la Ley 25.344 incluyó en el art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, según ya se mencionara más arriba, la obligación de los jueces de controlar de oficio los recaudos de habilitación, extremo que parecía haber agotado el debate al respecto.

5. LAS REFORMAS A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INTRODUCIDAS POR LA LEY DE BASES

El examen de las modificaciones introducidas a la Ley 19.549 por su similar 27.742 no puede realizarse sin un examen integral del texto, en su redacción final, toda vez que algunas pequeñas modificaciones en determinados preceptos podrían calificarse como resultado de una tarea legislativa tendiente a evitar la redundancia o bien como verdaderos intentos de modificar el espíritu que gobernara el sistema hasta esa reforma.

5.1. En tal orden de ideas, corresponde iniciar el examen por la consideración del art. 1 *bis*, incisos *g*), *h*), e *i*) del nuevo texto. Allí se prevé: (*i*) que los plazos serán obligatorios para los administrados y para la Administración; (*ii*) que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho; (*iii*) que la interposición de reclamos o recursos administrativo, así como recursos y acciones judiciales 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...".

Solo para advertir sobre la inteligencia de la reforma en este aspecto, señálese que esta última norma (el inciso *i*), superó la vieja divergencia sobre el momento en que habría de cesar la interrupción causada por los recursos (pues la frase "sin perjuicio de la prescripción" permanece en el art. 24 *in fine* y el texto del art. 31), al establecer que el efecto interruptivo permanecerá "...hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (*a*) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (*b*) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (*c*) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho".

37 Fallos: 333:2001.
38 Fallos: 335:742.

Es del caso destacar que el precepto contenido en el inciso *j*) del art. 1 *bis* solo puede considerarse aplicable al ámbito del procedimiento administrativo y no al trámite de una demanda judicial, en especial habida cuenta de la remisión que allí se hace al instituto de la caducidad del procedimiento establecida en el inciso *k*) inmediatamente posterior. También es imprescindible escindir dos institutos particularmente diversos, aunque calificados por el mismo sustantivo, pues la caducidad del "acto administrativo", normada por el art. 21 no guarda relación con los efectos que podría producir la no interposición de la demanda en el plazo reglado por el art. 25 de la Ley, pues se trata de materias sustancialmente distintas y de procedimientos disímiles, para ser aplicadas también en ámbitos diferentes. En el caso de la caducidad del acto administrativo, se trata de su extinción por incumplimiento del "cargo" al que fue sometido su preservación en el orden jurídico. En cambio, la caducidad del derecho a impugnar el acto, que resulta de la aplicación del art. 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo en modo alguno supone la extinción del acto impugnado sino justamente su inalterabilidad. Es cierto que en ambos casos se produce la extinción de derechos, pero no lo es menos que las situaciones jurídicas son particularmente disímiles.

5.2. En materia de agotamiento de la vía respecto de actos administrativos de alcance particular, el art. 23, inciso *b*) estableció para los actos que revistan carácter definitivo o impidan totalmente la tramitación de la pretensión interpuesta aunque no resuelvan sobre el fondo del asunto que "...será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa salvo que: (*i*) La impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica; (*ii*) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil; (*iii*) Se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente; o (*iv*) Se tratare de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme, advirtiendo respecto de estos últimos que serían impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia, en tanto contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, en cuyo caso no tendrán efecto jurídico alguno.

El artículo en comentario agrega dos incisos de particular importancia para interpretar la naturaleza del requisito.

El primero de ellos, su inciso *d*), dispone que: "El plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna", extremo que reenvía claramente al art. 1 *bis*, inciso *h*) en cuanto dispone que vencido el plazo se perderá el derecho de articular el recurso y, por tanto, solo podría acudirse a la denuncia de ilegitimidad, agregándose (en

el inciso *i* de dicha norma) que vencidos ciento ochenta (180) días desde su notificación se presumirá *iuris et de iure*, porque se sustituyó el "podrá presumir" por "se presumirá" que medió abandono voluntario del derecho.

El segundo, su inciso *e*) prevé que: "Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso *a*) del 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".

Esta última norma es clara no solo en cuanto a la exigencia de una impugnación inicial –dentro de los 30 días de la notificación del acto contractual– sino también en la carga de plantear la impugnación judicial *hasta* ciento ochenta (180) días contados desde la extinción del contrato, extremo que obliga a colegir que toda acción judicial iniciada después de ese plazo debe considerarse inadmisible, pues es la propia ley la que fija el término.

El esquema se completa con el inciso *b*) del art. 24, al regular la impugnación indirecta de los actos de alcance general, exigiendo el agotamiento de la vía administrativa, postulación que obviamente remite a lo previsto en el art. 23, inc. *b*) ya descripto. No obstante, es importante advertir que, respecto de la citada impugnación indirecta, se establece que "...la falta de impugnación de los actos de alcance particular que apliquen un acto de alcance general, o su eventual desestimación, tampoco impedirán la impugnación de éste, sin perjuicio de los efectos propios de los actos de alcance particular que se encuentren firmes...", permitiendo concluir que de no cumplirse con los plazos para articular los recursos contra tales actos de aplicación ellos adquirirán la firmeza que impide su cuestionamiento judicial posterior, aunque permanezca el derecho de impugnar el acto de alcance general, para evitar otras aplicaciones posteriores.

Es evidente, por lo expuesto, que la ley estableció en el art. 23 que el agotamiento de la vía en la impugnación de actos de alcance particular debía ser entendido como un presupuesto de la habilitación de la instancia y no como una defensa que pudiera ser opuesta o no por el representante estatal.

5.3. El tratamiento de la impugnación directa del acto de alcance general, contenido en el art. 24, inc. *a*) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo reitera la regla anterior sobre la inexistencia de plazo para su impugnación en sede administrativa, aunque parece claro que esa impugnación –por vía de reclamo– se constituye en un requisito necesario para acceder a la habilitación de la

instancia judicial, constituyéndose de tal modo en un presupuesto que también debe ser controlado oficiosamente.

5.4. Pero resulta indudable que el núcleo de la cuestión que se debate en este trabajo está centrada en las modificaciones introducidas a los arts. 25 y 31 de la Ley 19.549.

En el primero de los casos se establece ahora que "la acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales...", que se computarán desde que se encuentre agotada la vía administrativa.

El art. 31, en su versión actual y en lo que concierne a la especie dispone: "La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquél...".

Las nuevas normas siguieron sustancialmente el contenido de sus antecedentes, aunque suprimieron el calificativo de "perentorio" que ellas daban a los plazos en cuestión –los que fueron ampliados–, generando una cuestión interpretativa trascendente, a saber, si esos plazos continúan siendo perentorios, por la sola condición de tratarse de plazos procesales, o si la supresión de tal término de su texto los ha convertido en "plazos ordenatorios".

La importancia del debate se agrava en el texto del nuevo art. 31, no solo porque se eliminó de él la frase según la cual: "Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el art. 25 y en el presente", sino porque tampoco calificó como perentorio al plazo de 180 días allí fijado para acudir a la sede judicial desde el rechazo expreso del reclamo administrativo previo.

6. Los requisitos de la habilitación de la instancia, continúan siendo presupuestos o se han transformado en defensas disponibles

Ante la supresión del término "perentorio" del inicio del art. 25 y en el art. 31, con más la eliminación del párrafo al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, podría pensarse que el vencimiento de los plazos previstos en esas normas no generan la pérdida del derecho, de modo que los jueces no podrían comprobar más de oficio su ocurrencia como condición de la habilitación de la instancia, sino únicamente cuando la cuestión fuera planteada por el Estado o sus entes, al contestar su citación a juicio. Es decir, postularse que se ha

transformado el presupuesto en una defensa renunciable por los representantes judiciales del Estado.

Varias razones me llevan a considerar que tal conclusión debe ser rechazada.

Dígase, en primer término, que la materia implicaría una división de aguas entre el recaudo del agotamiento de la vía administrativa y el del plazo para demandar, porque las normas que disciplinan el primero de esos requisitos establecen con claridad que no podría iniciarse la demanda sin agotar previamente la vía, extremo que sitúa a tal recaudo como un claro presupuesto para habilitar la instancia judicial.

Esta hermenéutica generaría un resultado absurdo, porque mientras el plazo de treinta días para deducir los recursos que agotan la vía deberían considerarse perentorios, aun cuando no estén calificados como tales expresamente por el legislador en las normas que disciplinan esos recursos, ya que el art. 1 *bis*, inciso *h*) prevé que una vez vencidos los plazos para deducir ese recurso se perderá el derecho para articularlo, quedando en consecuencia cerrada la vía judicial, el plazo para demandar del art. 25 recibiría otra calificación por vía interpretativa.

La primera conclusión –esto es el carácter perentorio de los plazos para interponer los recursos que agotan la vía– se ve ratificada cuando se advierte que la regulación de la denuncia de ilegitimidad se inicia con la frase "...una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho".

La regulación pareciera congruente con considerar un plazo de caducidad al contenido en el art. 25 porque la ley establece que la denuncia de ilegitimidad debe ser desechada por entenderse que medió abandono voluntario del derecho justamente una vez vencidos ciento ochenta (180) días desde la notificación del acto, plazo que sugestivamente coincide en su extensión (aunque no con el modo de su cómputo) con el que establece ahora el art. 25 de la Ley 19.549.

En este sentido, es preciso recordar que la inconsecuencia o falta de previsión no puede presumirse en el legislador como método de hermenéutica, de modo que no es posible siquiera pensar que la Ley 27.742, al modificar los textos recién citados no tuviera en cuenta la pacífica jurisprudencia que estableciera que la denuncia de ilegitimidad no permite la reapertura de la vía judicial.

Por otro lado, no parece tampoco posible dejar de tener en cuenta que el inciso *i*) del art. 1º *bis* recién citado dispone que la interposición de recursos, reclamos y acciones judiciales interrumpirá todos los plazos, aún los de "prescripción

y caducidad", extremo que obligaría a concluir que existen plazos de caducidad disciplinados por la ley, pareciendo evidente que los contenidos en los arts. 25 y 31 constituyen ejemplos concretos de esa especie, en especial porque es posible presumir que aquella previsión está enderezada justamente a la suspensión de los plazos para demandar ante la jurisdicción judicial, sin perjuicio de su eventual aplicación al ámbito de la caducidad de los procedimientos administrativos, en el cual ninguna relevancia tendría aludir a los recursos y acciones judiciales, salvo que solo estuviera en juego el interés privado y no los intereses públicos en mantener la juridicidad de los actos o conductas de la Administración.

Además, el legislador no pareciera haber pretendido dar a estos plazos carácter meramente ordenatorio, toda vez que: (*i*) tanto en el art. 25 como en el art. 31 utiliza el verbo *deberá* para describir la obligación que impone a los ciudadanos de iniciar la demanda, aclarando que tal obligación tiene que ser cumplía *dentro* de los plazos que allí se establecen; (*ii*) no existe una autorización legislativa para dispensar el incumplimiento de tal obligación, extremo que permitiría reiterar aquí la tesis del Dr. Fayt, pues no pareciera posible que el representante del Estado pudiera soslayar ese mandato del legislador y decidir que aunque el ciudadano debe iniciar la acción en un plazo fijado por la ley, pueda él disponer el incumplimiento de la norma por su sola discrecionalidad, en particular cuando se trata de la disposición del patrimonio estatal.

Todavía debería tenerse en cuenta que el último párrafo del art. 25, ahora en examen, establece: "La falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción", extremo que obliga a concluir, a contrario imperio, que esa impugnación ya no puede hacerse por vía directa sino como reflejo de una acción de la Administración tendiente a la ejecución del acto nulo.

Por las razones expuestas, entiendo que los requisitos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo para demandar continúan siendo presupuestos que pueden y deben ser controlados oficiosamente por los Magistrados, aunque advirtiendo que ello solo puede hacerse en la etapa inicial del proceso –en el incidente de habilitación de instancia o cuando el Estado replantee la cuestión al acudir a la *litis*– porque una vez resuelta por el Magistrado la habilitación, en caso de no ser cuestionada por los representantes estatales, la sentencia así recaída pasará en autoridad de cosa juzgada y la cuestión no podría ya reponerse.

Adviértase que, en este supuesto, no existiría la disposición discrecional del representante del mandato legal o el patrimonio estatal, porque la habilitación –en sus dos institutos– fue controlada por el Juez competente y medió una decisión judicial que declaró reunidos los recaudos para resolver su apertura. Tampoco podría hablarse de un exceso del plazo razonable para el reconocimiento o

desconocimiento de los derechos comprometidos, pues ello debería ser resuelto definitivamente en la primera etapa de la *litis*.

Tengo precisamente en cuenta que las modificaciones introducidas al texto de los arts. 25 y 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo darán lugar a interpretaciones diversas. Sin embargo, entiendo que el único modo de mantener los fundamentos que dieron origen a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que se hiciera mayoría en "Gorordo de Kralj", "Ruiz" y "Sánchez Granel" citados más arriba, requiere mantener la calidad de presupuestos para los requisitos de agotamiento de la vía administrativa y el plazo para promover la acción judicial, ahora debidamente extendido a ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, plazo que es –cuando menos– seis veces mayor al de treinta (30) días previsto para el recurso jerárquico, cuya falta de interposición hace también perder el derecho al acceso a la vía judicial.

7. LOS LÍMITES DE LOS PRESUPUESTOS DE HABILITACIÓN DE LA VÍA JUDICIAL

Se ha dicho, más arriba, que los recaudos para la habilitación general de la instancia judicial contemplados por el art. 2 de la Ley 27 (caso jurídico, actual y concreto y parte legitimada), constituían presupuestos de base constitucional, pues hacían a la división de poderes propia del régimen republicano.

También que, a diferencia de ellos, los presupuestos para la apertura de la instancia en el contencioso-administrativo tienen fundamento exclusivamente legal.

Con esa base y a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha decidido reiteradamente que La garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable"[39], es necesario aún establecer el presupuesto que gobierna estos institutos.

Por cierto, no es posible soslayar que la pérdida del derecho por falta de interposición temporánea de los recursos o vías para agotar la instancia, como también por el vencimiento del plazo para deducir la acción se sustentan en la presunción de renuncia del derecho.

Este aspecto, unido al sustento meramente legal de estos institutos, obliga a advertir que esa presunción no podrás ser aplicable cuando la Administración se enfrente a derechos constitucionalmente indisponibles o a casos en que la renuncia no puede ser presupuesta.

Es cierto que, regularmente, la norma se aplicará a derechos patrimoniales de los particulares, en que la disponibilidad es la regla –en la medida de su actuación como personas capaces o a través de sus representantes legales–, pero no lo

39 Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros.

es menos que otras especies de derechos suelen estar en juego en la impugnación de actos administrativos o conductas activas u omisivas de la Administración Pública. En tales casos deberá evaluarse singularmente si es posible y compatible con las normas de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que una norma legal establezca como presupuesto la renuncia de un derecho que esas fuentes califican como irrenunciable.

8. A modo de epílogo

La reforma de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo ha de generar nuevos debates y, seguramente, suscitará fallos en diverso sentido. Por ahora, sería oportuno alguna aclaración legislativa para restablecer la seguridad jurídica a los ciudadanos que deben enfrentar el inicio de acciones judiciales contra la Administración Pública, de modo que puedan conocer, fehacientemente, cómo y cuándo deben actuar para mantener la vigencia de sus derechos.

No se me oculta que, tras el parapeto de alegar que se facilite el acceso a la justicia, se alzarán voces solicitando la transformación de estos presupuestos de habilitación de la instancia contencioso administrativo en defensas que los representantes del Estado puedan o no deducir, excluyendo a los jueces de decidir oficiosamente sobre la materia. No obstante, creo que el agotamiento de la vía resulta absolutamente imprescindible para hacer posible el principio de organización jerárquica de la Administración y el control preventivo de juridicidad de los actos antes de someterlos a otro poder y que la extensión del plazo del art. 25 a 180 días hábiles judiciales echa por tierra la idea de someter a los ciudadanos a plazos angustiosos para decidir si accionarán o no.

La sustitución de la naturaleza de presupuestos por su caracterización como defensas producirá consecuencias no previstas, como en el cuento de Borges de la cámara de las estatuas, en el cual un hombre malvado que se adueñara del poder intentó derribar una vieja tradición que estableciera el cierre de una puerta del castillo con el fallecimiento de cada rey. Decidió por ello abrir una a una todas las puertas. Cuando llegaron a la séptima la sala a la que ingresaron "...les pareció vacía y era tan larga que el más hábil de los arqueros hubiera disparado una flecha desde la puerta sin conseguir clavarla en el fondo. En la pared final vieron grabada una inscripción terrible. El rey la examinó y la comprendió, y decía de esta suerte: Si alguna mano abre la puerta de este castillo, los guerreros de carne que se parecen a los guerreros de metal de la entrada se adueñarán del reino'. Estas cosas acontecieron el año 89 de la Hégira. Antes que tocara a su fin, Tárik se apoderó de esa fortaleza y derrotó a ese rey y vendió a sus mujeres y a sus hijos y desoló sus tierras. Así se fueron dilatando los árabes por el reino de Andalucía, con sus higueras y praderas regadas en las que no se sufre de sed. En cuanto a

los tesoros, es fama que Tárik, hijo de Zaid, los remitió al califa su señor, que los guardó en una pirámide"[40].

FERNANDO GARCÍA PULLÉS

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y de posgrado en esa misma Facultad. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires y de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA) y vocal de su Comité Ejecutivo. Socio de García Pullés & Calatrava Abogados. Fue Subprocurador del Tesoro de la Nación y estuvo a cargo del organismo por decisión del Poder Ejecutivo. Conjuez de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

40 BORGES, Jorge Luis, "La cámara de las estatuas" en *Obras Completas*, Bs.As., Emece, 1992.

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y ACCESO A LA JUSTICIA

Diego Isabella
Profesor en la Universidad Católica Argentina de La Plata.*

En primer lugar quiero agradecer la gentil invitación que me efectuara el Dr. Enrique Alonso Regueira para dar esta breve charla sobre el silencio administrativo, que extiendo a la Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires.

Respecto al tema que me convoca, y por cuestiones de tiempo, la acotaré a analizar la regulación que introduce la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), respecto al tema puntual del silencio administrativo, y sobre todo respecto del silencio positivo.

Para ser breve y cumplir con los 15 minutos asignados, no me voy a dedicar profundamente a los antecedentes del silencio administrativo.

Sin perjuicio de ello, liminarmente, todos sabemos que sus orígenes fueron esencialmente en Francia, en el año 1864, y después una gran evolución que tuvo en España. Por supuesto en forma parcial primero y después ya fue integrándose a la Ley Contencioso Administrativa.

Tuvo una marcada evolución en España y creo que las esa experiencia nos tiene que servir de espejo al cual tenemos que vernos reflejado para ver realmente cuál es el alcance del silencio positivo y las problemáticas asociadas a este.

En otro panel, el doctor Alfredo Guzmán va hablar de silencio administrativo positivo y, si no recuerdo mal, mitos o fantasías, o algo por el estilo. Bueno, me parece importante esa charla porque creo que en pocas palabras desnuda, deja en claro, cuál puede ser una postura crítica respecto al silencio positivo, por lo menos de mi parte. Como sabemos en España me tuvo demasiada complejidad normativa, lo que deja en claro que la práctica es una cosa y la teoría es otra.

Puntualmente –sin entrar en demasiados detalles– hay que recordar que el procedimiento administrativo –porque a veces uno se olvida– tiene una finalidad y esencialmente está dirigido a obtener el acto administrativo final que resuelve la cuestión de fondo y, sabemos que es el instrumento por el cual la

* Palabras pronunciadas en el Seminario "Bases para la Libertad en el Procedimiento Administrativo Argentino", el lunes 26 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 (https://www.youtube.com/watch?v=tGQni67JCek&t=1615s).

Administración Pública expresa sus decisiones, de un modo acompañado por los órganos de control.

Pero no es menor destacar eso, que hay que buscar el dictado del acto administrativo como eje central del ejercicio de las competencias. Es el deber de la Administración resolver. No solo es un corolario del derecho de petición; es decir, la contracara del derecho de petición es obtener una decisión fundada, sino que además tiene un sustento o un sustrato normativo constitucional y también reglado legalmente. Es la propia Ley de Procedimientos y todos los principios que enumera respecto a la decisión fundada y que hoy, los principios del art. 1º *bis* se ven reforzados por su incorporación en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) a partir de las reformas que hizo la llamada Ley de Bases, de lo que surge la obligación de la administración a resolver y hacerlo de modo fundado.

No solo es un deber de la Administración sino que es un derecho de particular obtenerla.

Distinguimos la actividad formal de la actividad material. Lo que tiene que ver con el silencio negativo esencialmente tiene que ver con la actividad formal, y el silencio positivo con la material.

Recordar toda la evolución que tuvo la doctrina respecto al silencio negativo y positivo, asume que ambos tienen naturaleza jurídica diversa, y puntualmente objetivos distintos. El silencio negativo se construyó como una suerte de ficción legal que tenía como finalidad trasvasar el obstáculo que conllevaba la imposibilidad de obtener una resolución expresa denegatoria, que era el presupuesto del llamado dogma revisor del contencioso administrativo.

Es decir, al no tener la posibilidad de tener una denegatoria, esto obstaculizaba el acceso a la instancia judicial, sus consecuencias son meramente instrumentales.

El silencio positivo fue una construcción de otro tipo, se lo entendió más que como una ficción legal, una presunción legal, la de conformar un acto administrativo tácito, con las características y los alcances del acto administrativo estimatorio o favorable a lo requerido por el particular, por más que la voluntad de la Administración no estuviera expresada.

De allí, la derivación lógica que tenía asignado la aplicación del régimen de estabilidad del acto administrativo, en este caso adquirido o sancionado de alguna manera por la configuración del silencio positivo y con ello, el régimen de revocación.

Por supuesto que después tenemos el problema mayor del silencio positivo *contra legem,* del cual después me voy a abocar.

En síntesis, el silencio negativo es el camino para sortear los obstáculos del dogma revisor y el silencio positivo tenía que ver con reconocer en el particular

aquella pretensión que venía a buscar sobre la base de que la administración omitía expresar su voluntad luego del vencimiento de los plazos fijados para ello.

Y como el silencio positivo resulta así una técnica de alguna manera sustitutiva del sistema de autorizaciones en el marco del poder de policía administrativa, lo que conlleva que el silencio positivo (y lo que me parece peligroso), es que impide la administración haber elaborado esos actos de control de policía previos a la autorización. En definitiva, el particular adquiere un derecho sobre la base de la omisión estatal en ejercer las competencias propias de control.

Tenemos que acordarnos que el silencio es la falta de respuesta expresa, y no dejaría de ser antijurídico, al conllevar una omisión al deber legal de expresarse.

Entonces, lo peligroso entiendo que tiene que ver con obtener este tipo de autorizaciones que evaden los controles estatales, y que se basan en un sistema de control ineficiente, que podría encontrar soluciones disimiles y menos perniciosas que la del instituto aludido.

Respecto a la Ley 27.742 de Bases, en lo que tiene que ver con el silencio negativo, hay algunas modificaciones positivas (valga la paradoja) que me gustaría comentar brevemente.

En el silencio negativo ya no se exige pronto despacho con lo cual abrevia el plazo para adquirir la denegatoria tácita, tanto a nivel de petición, como recursivo, pese a mantenerlo en vía de reclamo administrativo previo (art. 31). Mantiene el silencio automático en los recursos administrativos.

Se modifica el art. 26 de la ley anterior, eliminando el plazo de prescripción a partir de la configuración de silencio negativo para demandar, pudiendo interponer la demanda en "cualquier momento". Lo suprime del texto anterior. Esto no quiere decir que a alguien se le ocurra la aplicación del instituto de la prescripción por medio de las disposiciones del Código de fondo.

Mantiene a su vez la falta de plazo de caducidad para el silencio en vía recursiva, y en vía reclamatoria previa se la suprime del texto anterior, pudiendo interponer la demanda en cualquier momento, sin perjuicio en el caso del art. 31 (reclamo previo) mantiene la aplicación del plazo de prescripción.

Hay una clara e infundada contradicción, en cuanto el art. 31 –reclamo previo– no solo mantiene el pedido de pronto despacho, sino que además frente al silencio le aplica el plazo de prescripción, con lo cual hay un trato distinto, que no encuentra ninguna justificación válida. Resulta así, una contradicción insalvable, que en un caso afecta el derecho de obtener decisión fundada al particular.

Después la certificación del acto presunto por silencio, no requiere pronto despacho. Pero bueno, la pregunta es qué sucede cuando omite la administración certificar el acto presunto adquirido por silencio.

No tiene claramente asignada ningún tipo de consecuencia. Veremos que el particular en ese caso va a tener el mismo problema que tenía antes. Va a tener un

silencio positivo configurado pero no certificado o registrado, con lo cual creo yo que ahí se va a generar un grave problema también práctico. También sucedió en España, que va a tener que ver con el impulso después de ese certificado. Muy probablemente el particular deberá acudir otra vez a la justicia para impulsar el otorgamiento del certificado del acto presunto o de su registración, con lo cual, el problema no desaparece por la aplicación del silencio positivo.

También creo que se va a generar el problema con el certificado cuando se advierte que el acto presunto es contrario a la ley: ¿La Administración va a otorgarlo cuando hay un vicio manifiesto en el silencio positivo? En un caso en concreto, ¿qué va a pasar con el certificado?, ¿lo van a emitir igual? ¿Van a hacer alguna observación? Veremos.

Difícilmente la Administración certifique un acto presunto sobre la base de una manifiesta ilegitimidad de ese silencio positivo.

Con lo cual como está regulado el silencio positivo en la Ley de Bases, esta lo considera un acto administrativo a todos sus efectos. Se enrola en esta idea de que es un acto tácito que estima la pretensión de particular sobre la base de la configuración del silencio positivo. Entonces vencido el plazo sin pronto despacho, el particular tiene configurado el silencio positivo, sin otro presupuesto que ese, e incluso en forma automatizada por medio de la plataforma TAD (tramite administrativos a distancia). La certificación, en sí, es solo un medio instrumental de acreditación del silencio positivo, pero él se encuentra configurado desde el vencimiento del plazo sin respuesta, e incluso puede ser acreditado por medios distintos, entre ellos, el expediente administrativo y sus constancias.

La pregunta es la configuración del silencio positivo: ¿es facultativo o es obligado? Porque la Ley, en el inc. *b*, habla de 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".

Con lo cual parece no dejar opciones al particular. Parecía ser que es obligatoria, y de automática configuración por medio de la plataforma TAD cuya aplicación para ese cometido está prevista en la reglamentación a la ley mediante el Decreto 695/24.

Yo creo que no es necesariamente así. Porque el derecho particular de exigir la respuesta de la Administración siempre tiene que estar, solo es renunciable por este, mal puede constreñirse al particular a que su derecho sea solo reconocido por medio de un acto tácito devenido del silencio positivo, cuando este quiere pretender (por el motivo que fuere) adquirirlo mediante un acto expreso, fundado, y que haga mérito de la prueba y argumentos de hecho y derecho producidos en el expediente. Es claro que una autorización reglada de importancia económica

para un empresario, no tiene el mismo valor que sea expresa, fundada y transparente, que aquella adquirida por la falta de respuesta de la administración.

La ley la enrola, como decíamos, en la idea de que es un acto tácito y que se le tiene que aplicar a todos sus efectos la connotación de acto administrativo finalizador del procedimiento.

¿Qué pasa con los terceros ajenos o a los terceros vinculados a esta estimación presunta en cabeza de un particular? Los afectados, los terceros afectados. Ahí también me quedan algunas dudas, porque expresamente lo considera, al silencio positivo, la Ley de Bases, como una de las causales de finalización del procedimiento administrativo, como si fuera un acto finalizador.

A mí parece que si bien puede ser la finalización de un procedimiento, en todo caso es una finalización anormal, no querida por la norma o por el régimen jurídico.

¿Qué pasa con los terceros afectados? ¿Lo van a poder impugnar? ¿Está finalizado el procedimiento? ¿Cuándo lo van a impugnar? ¿En qué plazo?, ¿ A partir de cuándo corre el plazo? Es toda una cuestión que debería, por lo pronto, ser reglamentada y por menos hasta aquí no lo fue y que a mí me genera dudas.

Como anticipé, la Ley de Bases regula la aplicación del silencio administrativo positivo para las autorizaciones regladas. Pero exceptúa (en principio) temas esencialmente delicados como el medio ambiente, la salud, servicios públicos o derechos del dominio público y las que fija la reglamentación. Aunque esa limitación resulta solo aparente, ya que aun estos casos restringidos, por principio, a la aplicación del silencio positivo, pueden resultar finalmente incluidos, en cuanto ello es así autorizado por la propia Ley de Bases, al sostener en la nueva redacción del art. 10 de la LNPA, que: "... Este inciso 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*".

Por lo tanto creo yo que hay demasiado optimismo con el silencio positivo, demasiado ruido –si se quiere– con el silencio positivo, en el sentido de que pareciera ser la panacea o la solución a los grandes problemas que tiene la administración a la desidia para responder, pero en definitiva tiene un ámbito de aplicación acotado en principio, y que puede ser aún más restringido por su reglamentación.

Creo que nos han *vendido* un instituto que lejos de ser positivo, resulta esencialmente negativo, ya que va a tener muchísimos problemas, generará más incertidumbre para el empresario que quiera acudir a este instituto, sobre todo, no va a alentar a la resolución expresa, sino al contrario.

Además al estar notablemente acotado en la materia, y más aún con la reglamentación que se pueda dictar, con lo cual el espacio de discusión o espacio de aplicación del silencio positivo la verdad es virtualmente escaso. Con lo cual me parece

que hay que bajar un poco la espuma a esta venta política del silencio positivo, y además –entiendo yo– que siendo la Argentina un país esencialmente corrupto, utilizar esta figura para adquirir un derecho me parece seriamente peligroso.

Fíjense que va a ser más fácil para un funcionario cajonear un expediente para que otro adquiera un derecho. Nada más ni menos que eso, no tiene que hacer nada. Me parece muy peligroso.

En Italia, por ejemplo, la reglamentación, la Ley 241/90, también está destinado a autorizaciones regladas. Ahora bien, en Italia está más constreñida su aplicación porque, por ejemplo, están excluidas las posibilidades de otorgar silencio positivo frente a autorizaciones que requieren la realización de pruebas o ponderaciones previas, por ejemplo, en este caso, el carnet conducir. Bueno y en aquellas autorizaciones o actividades que deberían ser autorizadas por un número clausus limitado, también se las excluye. Bueno todo esto acá no pasó, y tampoco está reglamentado.

A contrario de Italia, que deja afuera situaciones en las cuales la obtención de la autorización requiere de la ponderación y/o la realización de pruebas de aptitud, estas situaciones no parecen estar del todo excluidas de la reglamentación dictada a consecuencia de la Ley de Bases, al incorporarse en ella, por ejemplo, supuestos como la obtención de la licencia para conducir barcos entre los casos incluidos en el silencio positivo. Imagínese que uno no va, no hace nada y adquiere la posibilidad de conducir un barco.

Así fue como por el Decreto 971/24 (Anexo 2) se incluyen trámites incluidos en el régimen del silencio positivo, entre otros, estos que se destacan: la solicitud de Apostilla/Legalización para documentos públicos; Licencias Servicios TIC - Obtención de Licencia (para personas humanas o jurídicas); Solicitud de Certificación Migratoria; Presentación extraordinaria precursores químicos; Solicitud de Habilitación de adquisición de Tierras Rurales, entre muchos otros que allí se indicaron.

¿Qué sucede –y acá ya voy terminando– con la revocación o anulación del acto nacido del silencio positivo *contra legem*? ¿Qué aplica? Porque acá la ley dice, muy coloquialmente, muy brevemente, que en ningún caso el silencio positivo podría implicar excepciones o incumplimientos sobre las condiciones previstas reglamentaria o normativamente; es decir no puede haber un silencio que otorgue un derecho *contra legem*. Está claro que una vez configurado otorga un derecho adquirido, se configura el acto administrativo estimatorio. No refiere la Ley de Bases, ni su reglamentación, cual es el régimen de estabilidad y de revocación aplicable al acto presunto. Entonces la pregunta es ¿qué sucede? La ley, la administración, no da ninguna respuesta. Lo único que dice es "...deberán ser fiscalizadas y auditadas por las autoridades competentes", nada más.

Es toda la solución que dio. No dice ni cómo, ni cuándo, ni de qué manera.

Tampoco dice si se aplica el art. 17 y el ex 18, de la Ley Nacional en cuanto a los actos administrativos regulares e irregulares. ¿Le aplica la estabilidad? ¿No le aplica? No lo dice la ley.

El art. 17 está previsto solamente para actos expresos, lo dice expresamente, con lo cual la aplicación directa del art. 17 también genera dudas, además la estabilidad aplica a partir de la *notificación*, supuesto que no acaece en el acto presunto, que se configura automáticamente por el vencimiento del plazo sin respuesta.

Me parece que la ley debió haber dado –por lo menos la reglamentación– un sistema de revocación y eventualmente establecer los parámetros claros de revocación del acto tácito por silencio *contra legem*.

No voy a entrar demasiado en la reglamentación por cuestiones de tiempo. Pero hace poco salió el famoso cronograma, que son dos artículos. A partir del 1º de noviembre va a aplicar el silencio positivo en la Administración Pública central y desconcentrada y partir del 1º de diciembre a la descentralizada.

Eso después respecto a todo lo demás, la reglamentación no agrega demasiadas cosas. Esto que decíamos hoy me genera dudas. Por supuesto la suspensión del plazo para responder por parte de la Administración va a quedar absolutamente demorado si hay cargas a cargo justamente del particular, eso es una cuestión bastante positiva y me queda la idea de hablar de alguna otra propuesta pero la dejo para quien quiera comprar el libro que sacamos el año pasado.

Pero, en definitiva, creo que le queda bastante por recorrer, bastante por reglamentarse y ver qué dice la doctrina y, sobre todo, la casuística respecto a todas estas cuestiones que a mí realmente me preocupan. Gracias.

DIEGO ISABELLA

Es Abogado. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Con estudios de posgrado en la Universidad de Harvard. Profesor en la Universidad Católica Argentina de La Plata y en la Universidad de San Isidro. Director del Instituto de Derecho de Acceso a la Justicia de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Autor, director y coautor de publicaciones sobre la especialidad. Procurador General Adjunto de Dictámenes de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

MODIFICACIONES DE LA LEY 19.549. IMPACTO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS

María de los Milagros Marra
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

Macarena Marra Giménez
Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José Clemente Paz; Jueza en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sumario: 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Denuncia de ilegitimidad. 4. Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales. 5. Vías de hecho y fuerza ejecutoria de los actos. 6. Efectos de la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo. 7. Impugnación judicial de actos administrativos. 8. Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación (por vía de acción o recurso). 9. Amparo por mora de la Administración. 10. Reclamo administrativo previo a la demanda judicial. 11. Conclusión.

1. Introducción

En el presente trabajo intentaremos detallar las principales modificaciones que la Ley 27.742 (B.O. 8/07/2024) realizó en la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) que impactan en la tramitación de los procesos judiciales. Ello, desde la perspectiva que suscita el hecho de no haberse sancionado un código procesal contencioso administrativo nacional, a diferencia de lo que sucede con otras jurisdicciones locales, que regule la tramitación de las causas que involucran los conflictos entre la ciudadanía y el Estado Nacional, regidas por el derecho administrativo.

2. Ámbito de aplicación

En lo que respecta a este tópico, las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 al texto original de la Ley 19.549, conducen a afirmar que frente al ejercicio de la función administrativa en sentido material será aplicable la LPA, ya sea de manera directa o supletoria.

Para disipar dudas en cuanto a su aplicación, la norma modificatoria ha establecido expresamente que ésta será de aplicación directa los todos los poderes del Estado; esto es, Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público de la Nación.

De lo expuesto, se advierte que, si bien no menciona expresamente al Consejo de la Magistratura, este debe considerarse incluido en tanto es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación que ejerce la competencia prevista del art. 114 de la Constitución Nacional, conforme lo dispone el art. 1ºde la Ley 24.937. Igual situación se vislumbra con relación al Ministerio Público de la Defensa, de conformidad con lo dispuesto en la ley 27.149.

Ahora bien, en cuanto a su aplicación al Poder Judicial de la Nación, cabe indicar que mediante la Acordada 34/2024 de fecha 04/11/2024, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que si bien compartía el criterio de actualización y modernización de las normas que regían los procedimientos administrativos, ratificó y mantuvo la vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación. En la misma línea, precisó que Ley 19.549, con sus modificaciones, sólo sería aplicable al ejercicio de la superintendencia de la Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga. Seguidamente, estableció que llevaría adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales –mediante la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales–. A fin de realizar la mentada adaptación, el Máximo Tribunal dictará las medidas adecuadas al Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742). Así, si bien la LPA será aplicable al Poder Judicial de la Nación siempre y cuando estemos en presencia de función materialmente administrativa, con el dictado de la citada acordada, el Máximo Tribunal ha expuesto su posición como órgano máximo del Poder Judicial frente a las competencias atribuidas por la Constitución Nacional.

Por su parte, la norma en su redacción actual aclara que la ley no se aplicará a las Empresas del Estado, 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, que se regirán en sus relaciones con terceros por el Derecho Privado, así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional.

Sin perjuicio de la aclaración introducida con la reforma, cierto es que la exclusión de su aplicación a las figuras societarias que utiliza el Estado para llevar adelante actividades comerciales o industriales, se encuentra expresamente prevista en las diferentes normas que las rigen[1], frente a la necesidad de agilidad y dinamismo propia de las actividades que despliegan. Sin embargo, no puede soslayarse que las mentadas disposiciones aportan mayor claridad, sobre todo para determinar la competencia muchas veces cuestionada entre el fuero Contencioso Administrativo y el Civil y Comercial Federal, a raíz de la proliferación que tuvieron estas figuras societarias de los últimos tiempos y los consecuentes conflictos que derivan en reclamos judiciales.

Mención especial cabría formular respecto del Banco Central de la República Argentina ya que, por tratarse de una entidad autárquica de conformidad con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 24.144, debe considerarse incluido en la aplicación directa contemplada en el art. 1º (*i*), atento la ampliación legislada en este sentido, y con ello, modificado también el citado artículo de su Carta Orgánica que disponía la exclusión a su respecto de las normas que con carácter general fueran dictadas para la Administración Pública Nacional.

Sin embargo, sobre este aspecto de exclusión de aplicación de la LPA a estas figuras societarias, cabe tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el inc. *c*), *in fine* del art. 1º en comentario la reforma faculta al Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación y a petición de parte interesada, a "...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". La petición debe formularla "la parte interesada", es decir no procedería de oficio y como tal, podrá ser revisada en sede judicial, teniendo en cuenta que una decisión estimatoria implicará que los principios e instituciones de propios de la materia resulten aplicables a las relaciones jurídicas vinculadas con las formas societarias y determinar así, el fuero que resulte competente para dirimir los conflictos que se susciten.

Finalmente, cabe considerar que el inc. *d*) establece que la ley se aplicará 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". En este aspecto, no debe soslayarse la modificación del criterio anterior expuesto en la jurisprudencia de la CSJN en virtud de la cual, se sostuvo que, dado la exclusión que se preveía en el art. 1º, los

1 Conf. art. 6º de la Ley de Sociedades del Estado 20.705.

requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa no resultaban aplicables en el ámbito de Fuerzas Armadas y de Seguridad[2].

3. Denuncia de ilegitimidad

En lo que respecta a la denuncia de ilegitimidad el art. 1º *bis*, *h*), introduce cambios en lo relativo a la interposición de recursos fuera de término.

En función de lo expuesto, es dable recordar que, si bien previo a la reforma introducida por la Ley 27.742, se le reconocía a la Administración la facultad de tratar como denuncia de ilegitimidad los recursos interpuestos fuera de término, no se establecía un plazo de caducidad para el ejercicio de esta potestad administrativa. Como se observa, en virtud de la reforma introducida se dispuso que las razonables pautas temporales no podían exceder de ciento ochenta (180) días.

En este aspecto y en principio, se mantendría invariable el criterio en cuanto a la irrevisibilidad en sede judicial de la decisión administrativa que desestime, en cuanto al fondo, un recurso extemporáneo, tramitado como denuncia de ilegitimidad[3]. Ello así, en tanto la denuncia de ilegitimidad se deriva de su condición de remedio extraordinario previsto por el ordenamiento jurídico con el propósito de asegurar el control de legalidad y eficacia de la actividad administrativa, y mediante él, el respeto de los derechos e intereses de los particulares. Sin perjuicio de ello, sabido es que, la garantía de la defensa en juicio no ampara la negligencia de las partes que han tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos[4].

Cierto es que existen precedentes en materia migratoria en los cuales, en virtud de los derechos en juego y apreciando la situación de vulnerabilidad propia de las personas migrantes[5], se ha pretendido asegurar el derecho de defensa en juicio propiciando la revisión de actos administrativos dictados como denuncias de ilegitimidad. En sentido, se recordó que la garantía consagrada en el art. 18

2 CSJN "Bagnat", 1988, (Fallos: 311:255); "Sire", 1989, (Fallos: 312:1250) y "Tajes", 1999, (322:551) y lo dictaminado por el señor Procurador General ante la CSJN en "Resch", 2004, (Fallos: 327:4681).

3 CSJN "Gorordo", 1999, Fallos: 322:73, Considerando 12 "...la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva, y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (art. 23, inc. *a*, de la Ley 19.549). Esta conclusión encuentra sustento, en primer lugar, en lo dispuesto en el inc. *e*, ap. 6º del art. 1º de la Ley 19.549, el cual determina: "Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos...". y, además, en el carácter perentorio (art. 1º, inc. *e*), apartado ap. 6º) y obligatorio (art. 1º, inc. *e*), ap. 1º) que dicho cuerpo legal confiere a los plazos para recurrir".

4 CSJN Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros.

5 Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

de la CN "...requiere, ante todo, que no se prive arbitrariamente, a nadie de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (en similar sentido CSJN Fallos: 324:1087, 330:1389, entre otros)[6].

4. Interrupción de plazos por articulación de recursos administrativos o acciones judiciales

Seguidamente, el art. 1º *bis*, *i*), dispone que la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente". La norma agrega que: "[l]os efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (*a*) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (*b*) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (*c*) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho. Igual efecto producirá la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente".

Como puede advertirse, si bien la jurisprudencia[7] había reconocido el efecto interruptivo del reclamo administrativo previo respecto de los plazos de prescripción, la norma aclara dicha perspectiva.

5. Vías de hecho y fuerza ejecutoria de los actos

La nueva redacción del art. 9 de la LPA, antes denominado vías de hecho, ha incluido como comportamientos materiales que la Administración debe abstenerse de cumplir o ejecutar a las medidas que por su naturaleza requieran intervención judicial. Así, ha detallado a los embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares, amparadas por la tutela constitucional.

En este aspecto, cabe recordar que la CSJN ya se había expedido en el precedente "Intercorp", 2010, (Fallos: 333:935) en el cual declaró la inconstitucional del régimen establecido en el modificado art. 92 de la Ley 11.683, en cuanto otorgaba a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares, por no adecuarse a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad.

6 confr. Sala V in re: " Avero Fabián Gustavo c/EN-DNM Disp 86/12 (1486/98) - Mº Int. RSL 2183/97 (226237/89) s/recurso directo DNM" del mes de agosto de 2014.

7 CNACAF, Sala II in re: "Sánchez, Carlos Ezequiel" del 1/09/2004, entre otros muchos.

Por su parte, el art. 12 en su nueva redacción, cuando se refiere a la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, si bien prevé que esta última faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial como en su redacción original, el nuevo texto agrega la facultad de utilizar la fuerza contra la persona o sus bienes, sin intervención judicial, en el supuesto en que deba protegerse el orden público, el dominio público o tierras fiscales de propiedad del Estado Nacional, incautarse bienes muebles peligrosos para la seguridad o salubridad de la población o, en el caso de las Fuerzas Policiales o de Seguridad, ante la comisión de delitos flagrantes.

Si bien se afirmado que la ejecutoriedad comporta un tema central dentro de la problemática del procedimiento administrativo, del acto administrativo y de la actuación de la Administración de difícil solución normativa a través de enunciados de carácter general como preveía el texto original[8], el cual excepcionaba la autotutela administrativa a que una ley o la propia naturaleza del acto exigirán intervención judicial, la utilización de la coacción administrativa contra las personas y los bienes sin orden judicial que el nuevo texto habilita podrá ser pasible de cuestionamiento judicial. Máxime frente a la amplitud de algunos términos de la reforma tales, como la protección de orden público, que podría invocarse para justificar comportamientos contrarios a las garantías constitucionales de la ciudadanía.

6. Efectos de la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo

La nueva redacción de los arts. 14 y 15 en tanto se refieren a la nulidad absoluta e insanable de los actos administrativos, como así también de su anulabilidad, incorpora disposiciones relativas a los efectos de la declaración judicial.

Así, en el caso de una sentencia que declare la nulidad absoluta de un acto administrativo o su nulidad relativa, ésta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto. La diferencia entre una norma y otra está dada en que, en el primer supuesto la declaración tendrá efecto retroactivo a menos que el Tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo, mientras que, en el caso de la anulabilidad la excepción se prevé en tanto el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo. Consideramos que dicha incorporación aporta uniformidad a los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos y disipan planteos que generalmente se suscitan en el marco de los procesos judiciales.

8 Conf. Pozo Gowland, Héctor, "Procedimiento Administrativo. Contenido de la Norma. Problemática en torno a su aplicación. Jurisprudencia Relevante", La Ley, 2012, T. III, p. 330.

7. Impugnación judicial de actos administrativos

La reforma mantiene la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para poder promover la acción de nulidad de los actos administrativos como prerrogativa estatal. Sin embargo, ha incorporado en el art. 23 una serie de excepciones que pueden ser interpretadas como ampliaciones de la tutela judicial efectiva de la ciudadanía frente la Administración Pública.

En efecto, prevé que no resultará necesario agotar la vía administrativa cuando el planteo involucre exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica o cuando se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente.

Puede observarse que si bien se han incorporado al texto de la Ley de Procedimientos Administrativos, estas excepciones al agotamiento de la vía administrativa no resultan una innovación normativa, toda vez que resulta exclusiva de quienes ejercen la Magistratura el ejercicio del control de constitucionalidad. Por su parte, luego de la Reforma Constitucional de 1994 y el propio texto del art. 43 la admisibilidad de acción de amparo no exige el agotamiento de la vía administrativa. Lo propio podrá predicarse respecto de los *procesos urgentes*, entre los cuales debe reputarse incluida la acción declarativa del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que se tramite como proceso sumarísimo, la cual tampoco exige para su procedencia el agotamiento previo de la instancia administrativa. En cuanto a la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo, se aprecia una modificación de la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional 26.854, en tanto exige para su procedencia la verificación del previo pedido de suspensión en sede administrativa.

Por su parte, el nuevo texto incorpora como excepción a la vía impugnatoria al supuesto de verificarse un ritualismo inútil, cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento. En este sentido, cabe recordar que a propósito de la anterior reforma introducida por la Ley 25.344 a la vía reclamatoria, el plenario "Córdoba, Salvador"[9] de la Contencioso Administrativo Federal ya había reconocido su vigencia como principio jurídico que subsistía pese a su supresión, cuando ello importaba un inconducente y excesivo rigor formal, dilatorio de la defensa en juicio garantizada en el art. 18 de la CN.

Sin embargo, una incorporación interesante es la que se refiere a los actos que fueren dictados con relación a un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme. Es que, la norma establece que los actos dictados en su consecuencia serán impugnables directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia. Esto es en el marco del art. 499 del CPCCN. Y, además,

9 CNACAF, sentencia plenaria "Córdoba, Salvador y otros c/EN-Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público" del 18/05/2011.

agrega que: "[e]n la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie". Si bien ello apareja economía procesal y uniformidad, cierto es que la revisión judicial en dicho cauce procesal será acotada, toda vez que dicha incidencia no habilita una instancia plena de conocimiento y prueba en la impugnación del nuevo acto producto de la nulidad previa decretada en sede judicial.

Seguidamente, la norma describe los actos administrativos en virtud de lo cuales se entiende por agotada la vía administrativa. A saber: (*i*) el acto que resuelve un recurso jerárquico; (*ii*) todos los actos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (*iii*) los actos emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, con las exclusiones dispuestas en el art. 1º de esta Ley, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (*iv*) los actos administrativos emanados de los órganos con competencia resolutoria final del Congreso de la Nación, del Poder Judicial o del Ministerio Público, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado.

Asimismo, se señala que contra los actos que agotan la vía administrativa será optativa la interposición de los recursos administrativos que pudieren corresponder.

En la línea expuesta, se ha determinado que el plazo para la interposición de los recursos administrativos susceptibles de agotar la vía administrativa no podrá ser inferior a treinta (30) días contados desde la notificación válida del acto que se impugna, ampliando así los plazos hasta entonces vigentes.

Finalmente, el texto dispone que los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado Nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso *a*) del 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.

Ahora bien, en punto la impugnación de actos de alcance general, denominados también como reclamo impropio, vemos que el art. 24, inc. *a*), de la LPA establece que, el particular cuyos derechos o intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados, por un acto de alcance general, podrá impugnarlo judicialmente cuando el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente dichos derechos o intereses, y el interesado haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el art. 10. Seguidamente, aclara que, estarán dispensadas de

la obligatoriedad de este reclamo: (*i*) las acciones de amparo u otros procesos urgentes; y (*ii*) la impugnación de los decretos del PEN dictados en ejercicio de las facultades que le confieren los arts. 76, 80 y 99, inc. 3º de la Constitución Nacional. En esta última excepción no menciona los decretos dictados en ejercicio de las facultades otorgadas por el art. 99 inc. 1º de la CN. Sin embargo, si se repara en naturaleza reglamentaria, podrán considerase también cuestionables en forma directa por ante el Poder Judicial de la Nación[10].

Asimismo, en el inc. *b*), la norma regula la circunstancia en virtud de la cual la Administración hubiese aplicado el acto de alcance general mediante actos definitivos y contra tales actos se hubiese agotado sin éxito la instancia administrativa.

El nuevo texto aclara que la falta de impugnación directa de un acto de alcance general, o su eventual desestimación, no impedirán la impugnación de los actos de alcance particular que le den aplicación. Asimismo, la falta de impugnación de los actos de alcance particular que apliquen un acto de alcance general, o su eventual desestimación, tampoco impedirán la impugnación de éste, sin perjuicio de los efectos propios de los actos de alcance particular que se encuentren firmes.

8. Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación (por vía de acción o recurso)

En este acápite la norma amplía, en favor de la ciudadanía, los plazos perentorios que condicionaban el acceso a la instancia judicial.

Así, el actual art. 25 dispone que: "[l]a acción judicial de impugnación contra el Estado o sus entes autárquicos prevista en los dos artículos anteriores deberá deducirse dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: *a*) si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; *b*) si se tratare de actos de alcance general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; *c*) si se tratare de actos de alcance general impugnados a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; *d*) si se tratare de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Por último, agrega que no habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. En tanto innovación, el texto dispone que la falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción.

10 Buteler, Alfonso, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo nº 19.549. Comentada y concordada con el Decreto 1759/72 (t.o. 2017). Con la Reforma de la Ley de Bases 27.742 y el Decreto Reglamentario 695/2024*, 1ª ed., Buenos Aires, Erreius, 2024, p. 330.

Por su parte, el art. 25 *bis* establece que la interposición de los denominados recursos directos deberá formularse en el plazo de treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia administrativa. Dispone expresamente que quedarán derogadas las prescripciones normativas que establezcan plazos menores (v. gr., art. 45 de la Ley 24.240 –dentro de los 10 días–, art. 42 de la Ley 21.526, dentro de los quince (15) días) y otorga así uniformidad a su tramitación. Podrá considerase si este nuevo plazo unificado, resulta también aplicable como pauta procesal, para la contestación judicial de dichos recursos.

Asimismo, aclara que la autoridad pública se limitará a elevar las actuaciones a sede judicial y no podrá así expedirse sobre su admisibilidad formal, cuestión que –de conformidad con el texto examinado– será resorte únicamente del tribunal competente para su revisión judicial. Las actuaciones deben elevarse en el plazo perentorio de cinco días, cuyo incumplimiento habilita al particular a acudir directamente a sede judicial, lo que podrá suceder mediante la mera presentación del recurso en el fuero competente.

A continuación, se agrega que 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 CPCCN.

Finalmente, el artículo dispone que cuando el acto administrativo recurrido hubiese impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Como natural corolario, se derogan todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario. Así, han quedado sin efecto todas las normas que dispongan el pago previo de la multa como requisito para habilitar la revisión judicial, entre ellas encontramos al art. 45 de la Ley 24.240 –duodécimo párrafo–, que pudo reputarse contrario a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, dentro del título en análisis, Impugnación Judicial de Actos Administrativos, el reformado art. 26 dispone que: "[l]a demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración. 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".

Así, no cabe duda de que frente al silencio de la administración, para solicitar el control judicial del acto con la interposición de la demanda contenciosa no rige un plazo de caducidad.

Ahora bien, la última disposición del artículo citado genera inquietudes respecto de la acción de daños y perjuicios por actos ilegítimos, toda vez que su redacción infiere que recién frente a una declaración judicial de nulidad firme podrá

interponerse demanda judicial de responsabilidad del Estado, lo que se aprecia como una restricción a la tutela judicial efectiva y contrario a la economía procesal.

Por su parte, conforme el art. 27 de la Ley 19.549, la acción de lesividad que promueva el Estado o sus entes autárquicos no estará sujeta a plazos para su interposición, sin perjuicio de lo que establecido en el art. 22 en materia de prescripción. Esto es, el plazo de diez (10) años en los casos de nulidad absoluta del acto administrativo de alcance particular y dos (2) años para la nulidad relativa, computados desde la notificación del acto impugnado.

9. Amparo por mora de la Administración

La redacción del nuevo art. 28 fija un plazo de cinco (5) días hábiles judiciales para que la autoridad administrativa interviniente informe las causas de la demora aducida y agrega que dará cuenta al Tribunal del plazo dentro del cual se expedirá respecto la cuestión solicitada. Ello aporta uniformidad, ya que la redacción original facultaba al Tribunal a establecer el plazo dentro del cual la Administración debía cumplir con el informe. Además, incorpora un traslado a la autoridad demandada en igual plazo, el que ya muchos juzgados conferían. Seguidamente, señala que el Tribunal podrá 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. En el caso que al contestar el informe requerido, la autoridad de aplicación no informe el plazo para su resolución o se considere irrazonable el invocado, la Magistratura fijará el plazo dentro del cual deberá expedirse la autoridad.

Como impronta de la reforma de este instituto debe destacare la facultad judicial de apercibir a la Administración, en caso de incumplimiento de la manda judicial, de considerar aprobada la solicitud del peticionante. Es decir que, la norma agrega la posibilidad de que la Magistratura pueda considerar el silencio de la Administración, como positivo. En este caso, se modificarían las características propias de la acción de amparo como orden judicial de pronto despacho, para transformase en una acción estimatoria de la petición de fondo que se plantee en el marco de las actuaciones administrativas.

En materia de recurso judicial, el texto reformado dispone que únicamente resultaran apelables las sentencias que rechacen la acción de amparo por mora, la que considere razonable el plazo invocado por la Administración para resolver la petición en su sede y la orden de pronto despacho judicial. Sin embargo, este tipo de procesos también pueden concluir con declaraciones de caducidad de instancia o desistimientos, con estipulaciones en punto a las costas que pueden generar agravios para los litigantes.

Por último, establece que el recurso de apelación se concederá al solo efecto devolutivo, pero se ha omitido toda referencia a los plazos y modalidades para su interposición.

Ahora bien, hubiera sido interesante que, al establecer el efecto de concesión del recurso, dispusiera los plazos y la modalidad de su presentación. Puesto que al igual que su antecesora, la norma deja abierta la discusión de cuál sería la norma aplicable al mentado recurso de apelación, circunstancia que perjudica al particular quién se encontrara ante soluciones heterogéneas por parte de los Tribunales.

En este sentido, algunos juzgados podrán considera aplicable –como lo venían haciendo–, los arts. 242 y 244 del CPCCN –plazo de cinco (5) días–, mientras que otros entenderán que, al tratarse de una especie de amparo, se debe aplicar el art. 15 de la Ley 16.986 para suplir dicha omisión, que establece que el recurso judicial deberá interponerse y fundarse dentro de las 48 horas de notificada la sentencia.

Finalmente, el art. 29 conserva la misma redacción que la norma previa a la reforma. De esta manera, toda vez que el objeto del amparo por mora es lograr que, ante una petición concreta, la Administración se expida, la desobediencia a la orden de pronto despacho tornará aplicable, a los efectos disciplinarios, lo dispuesto por el art. 17 del Decreto 1.285/58, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren corresponder por dicha desobediencia. El mentado art. 17 dispone que: "[t]oda falta 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, será puesta en conocimiento de la autoridad superior correspondiente a los mismos a los efectos de la sanción disciplinaria que proceda.

10. Reclamo administrativo previo a la demanda judicial

La reforma mantiene la obligatoriedad del reclamo administrativo previo para demandar al Estado Nacional o a sus entidades autárquicas. Sin embargo, deja sin efecto algunas cuestiones introducidas por la anterior reforma dispuesta por la Ley 25.344 que habían sido cuestionadas.

La Administración cuenta con el plazo de noventa (90) días para resolver, el que podrá ser ampliado por el PEN a pedido del organismo interviniente. Se eliminó el plazo de caducidad en materia de silencio, el que deberá ser configurado por el interesado quien una vez interpuesto el pedido de pronto despacho, podrá iniciar la demanda en cualquier comento, cumplido el plazo de cuarenta y cinco (45) días, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. También se ha duplicado a ciento ochenta (180) días el plazo para interponer la acción judicial una vez resuelto por la autoridad competente.

Ahora bien, la denegatoria expresa del reclamo podrá ser recurrida en sede administrativa. Si bien ello resulta optativo, con dicha innovación ya no

hablaremos de las diferencias entre las vías reclamatoria y la impugnatoria de acto, sino que aparece como una opción que ellas resulten sucesivas.

En cuanto a las excepciones a la vía del reclamo previo, el art. 32 establece que no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: *a*) se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; *b*) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual o extracontractual o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria c) mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.

La nueva redacción del art. 32 parece reinstalar tres previsiones del texto original de la Ley 19.549. Es decir, sin la reforma introducida por la Ley 25.344 de Emergencia Pública. En este caso, aclara que podrá ser una acción por daños y perjuicios ya sea extracontractual o contractual.

Ahora bien, el interrogante que podrá suscitar la reforma es si subsiste el deber de quienes ejercen la Magistratura de revisar de oficio los requisitos de habilitación de instancia previsto en la ley. Es que la reforma introducida por la Ley 25.344 había incorporado el párrafo que establecía: "Los jueces no podrán dar curso a las demandas sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos y plazos", disposición que no ha sido mantenida en esta reforma.

En este aspecto, cabe recordar que con anterioridad a dicha reforma la CSJN de la CS en el caso "Gorordo" había postulado que "...para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurran ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 del CPCCN), sin que por ello se convierta en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria". Agregó, en dicha oportunidad que "...en lo que respecta al proceso contencioso administrativo el actor, además de las condiciones de admisibilidad establecidas en el CPCCN, 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 pues su falta no requería la expresa denuncia por parte del demandado". Y, finalizó al subrayar que "...dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la Ley 19.549 el juez de primera instancia estaba facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario *in limine* la pretensión (art. 337 del Código Procesal)".

Tales lineamientos conducen a afirmar que subsiste la obligación en cabeza de la Magistratura del control de oficio de los requisitos de admisibilidad de la demanda interpuesta contra el Estado Nacional y sus entidades descentralizadas.

Por su parte, tampoco ha sobrevivido a esta nueva reforma la referencia del artículo original que mantuvo la reforma de la Ley 25.344 en cuanto al principio de congruencia del reclamo en cuanto a los hechos y el derecho que se invocará en la futura demanda.

II. Conclusión

La reforma de la Ley 19.549, con especial referencia a su impacto en el marco procesos judiciales regidos por el derecho administrativo, si bien ha mantenido institutos propios de la materia como el agotamiento de la instancia administrativa y la habilitación de la instancia judicial, ha incorporado disposiciones que aportan claridad en aspectos que habían sido cuestionados por la doctrina y la jurisprudencia y uniformidad. Sin embargo, no se ha formulado ninguna referencia a los procedimientos o actos administrativos que involucren a personas que por mandato constitucional requieren una tutela preferencial diferencial[11] y tampoco a los que puedan incluir derechos de incidencia colectiva que involucren bienes colectivos o derechos individuales homogéneos, lo que hubiera introducido en el ámbito de la LPA los temas de repercusión y actualidad.

María de los Milagros Marra

Es Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Jefa de Trabajos Prácticos de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Miembro de la Red "Mujeres para la Justicia". Jefa de Despacho - Relatora en la Vocalía IV de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Macarena Marra Giménez

Es Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Profesora Adjunta de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinadora del Área de Procesos Colectivos de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Replicadora de los talleres de perspectiva de género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Miembro de la Comisión Directiva de la Red "Mujeres para la Justicia" y del Centro de Estudios para una Justicia Colaborativa de

11 Art. 75 inc. 23 de la CN.

la Universidad de Palermo. Jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 12.

EL REQUISITO ESENCIAL "PROCEDIMIENTO" EN LA LNPA REFORMADA

PATRICIO M. E. SAMMARTINO
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Director de la Escuela de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

SUMARIO: 1. Primera parte: El "procedimiento administrativo" como requisito esencial del acto administrativo. 1.1. Introducción. 1.2. Los problemas del requisito esencial "procedimiento" en el nuevo esquema legal. 1.3. La noción de procedimiento administrativo. (i) El procedimiento administrativo según el criterio estructural. (ii) El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva. (iii) La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho. 1.4. Las funciones del procedimiento administrativo. (i) La clásica doble funcionalidad del procedimiento administrativo. (ii) El procedimiento como "cauce primario" de satisfacción y protección de los derechos sociales. (iii) El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal y sus excepciones. 1.5. El procedimiento administrativo como requisito esencial del acto administrativo. (i) Configuración legal del requisito esencial "procedimiento" (art. 7º, inciso d, LNPA, modif. por Ley 27.742). (ii) El elemento esencial "procedimiento" y la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva. (iii) La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN. (iv) La garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis inciso a) de la LNPA reformada. (v) Procedimiento administrativo y dictamen jurídico previo. (vi) Conclusiones. 2. Segunda parte: Vicios en el procedimiento administrativo y amparo. 2.1 Vicios en el elemento "procedimiento administrativo" y sus consecuencias. (i) Introducción. (ii) Regulación legal de los vicios en las formas. Los artículos art. 14, inciso b, ap. (iv) y 8º, segundo párrafo, de LNPA reformada. Vicio en la "forma" y sus consecuencias. Vicios en el procedimiento. (iii) "Grave violación del procedimiento aplicable". 2.2. Vicio en el procedimiento y amparo. 2.3. Epílogo.

I. PRIMERA PARTE: EL "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO" COMO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1. *Introducción*

El procedimiento administrativo es una pieza indispensable del acto administrativo. El art. 7º de la LNPA[1] lo erige en uno de sus requisitos esenciales junto con la competencia, la causa, el objeto, la motivación, la finalidad y la forma.

La reciente Ley 27.742, de 2024, introdujo reformas en el Título III de la LNPA que impactaron sobre las distintas parcelas de la estructura del acto administrativo: la noción, los requisitos esenciales, el sistema de invalidez, los vicios, los caracteres, la suspensión y los modos de extinción.

El objetivo de este trabajo es examinar la incidencia de la Ley 27.742 en el régimen jurídico del elemento esencial procedimiento. En particular, estudiaremos su nueva configuración (art. 7º, inc. *d*, LNPA) y los vicios (art. 14, inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA).

1.2. *Los problemas del requisito esencial "procedimiento" en el nuevo esquema legal*

La Ley 27.742 reformó el régimen jurídico del elemento esencial "procedimiento". Ello acarrea perplejidades de diferente naturaleza y calado, a saber:

a) De inicio se plantea el problema en torno a la noción de procedimiento administrativo. Concretamente: ¿qué se entiende por "procedimiento administrativo"? ¿A qué criterio adscribe la LNPA? A la vez ¿existe una conceptualización legal del elemento esencial procedimiento? En torno a esta cuestión, la LNPA reformada exhibe una evidente parquedad. Ello contrasta con la profusa doctrina autoral labrada en torno a esta cuestión.

b) No menos decisivo resulta discernir las funciones que el procedimiento está llamado a cumplir, ora de manera general, ora como requisito esencial del acto administrativo.

c) Todos los requisitos esenciales del acto administrativo enumerados en el art. 7º de la LNPA proponen una cuestión capital: establecer y delimitar su contenido específico. En tal sentido cabe que nos interroguemos sobre el impacto que producen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, CN) en la configuración del elemento procedimiento. Así, nos preguntamos: ¿cómo y con qué alcance se proyectan las garantías previstas en el art. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sobre el contenido del requisito esencial "procedimiento"?

1 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

d) La configuración de los defectos o *vicios* en el procedimiento y la adecuada *valoración del grado de ilegitimidad* son problemas basilares que atraviesan el núcleo de este requisito esencial[2]. En este punto la mayor encrucijada recae en discernir el sintagma "violación grave del procedimiento aplicable" (art. 14 inciso *b*, ap. (*iv*), segunda parte, LNPA reformada). ¿Qué diferencias existen entre la fórmula actual, "violación grave del procedimiento aplicable", y la prevista en el texto originario de la LNPA, "violación de las formas esenciales"?

e) Luego de la reforma a la LNPA nos preguntamos: ¿pervive la *teoría de la subsanación*?[3] Y si efectivamente subsiste ¿cómo se proyecta sobre la actual

2 El art. 14, inc. *b*, LNPA, en su redacción originaria, establecía que la *violación de las formas esenciales* producía la nulidad absoluta del acto administrativo. El sintagma formas esenciales, por su imprecisión técnica, confería un generoso radio de opciones interpretativas. Basta comparar esa previsión normativa con otras análogas (v.gr. art. 47 inc. 1º *e*; y 48, inc. 2º, de la Ley 39/15, de España, o el art. 67 incs. *n*), *r*), y *s*) o 68 incs. *f*) e *i*) de la Ley 1.284 de Neuquén, entre otros) para advertir que la norma nacional le brindaba a la Administración un amplio, más bien amplísimo, margen de apreciación.

Frente a esta regulación legislativa incompleta e insuficiente, discernir cuándo se estaba en presencia de un vicio grave o leve de las formas esenciales era una cuestión que quedaba librada a criterios de notoria imprecisión.

La reforma incorporada a la LNPA en 2024 a través de la Ley 27.742 eliminó la *vaporosa expresión* "violación de las formas esenciales" como causal de nulidad absoluta. Sin embargo, en su reemplazo, el actual art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine* utilizó una fórmula tan genérica ("grave violación del procedimiento aplicable") como la sustituida. En ese orden cabe que nos preguntemos, ¿cuáles son los estándares para determinar la presencia de una "grave violación" del procedimiento? Este punto lo examinaremos en la parte final del este trabajo.

A la vez, la nueva redacción del art. 14, inciso *b*, ap. *iv*, *in fine*, LNPA introduce una nueva perplejidad en torno al vicio en la motivación o fundamentación del acto. Ello es así por cuanto el vicio grave en la *motivación* del acto no parece estar contemplado. Nos preguntamos entonces, la ausencia de motivación suficiente ¿está implícitamente incluida en el art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine,* dentro de la genérica formulación "grave violación del procedimiento aplicable"? O, en cambio, ¿el legislador remitió el vicio en la motivación, cualquiera sea su grado e intensidad, a un supuesto residual de nulidad relativa, contemplado en el art. 15, LNPA? Concretamente, el legislador ¿decidió ignorar la consolidada doctrina labrada por la CSJN en torno a la motivación según surge de "Schnaiderman", "Scarpa" o "Reta"?

3 Los defectos formales que dan lugar a la indefensión del particular han tenido expresa consideración por parte del legislador. El actual art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, primera parte de la LNPA (modif. por Ley 27742) establece que la *omisión de la audiencia previa del interesado* cuando ella es requerida produce la nulidad absoluta del acto. De este modo, el nuevo régimen legal permite aventar toda posible subsanación del acto administrativo afectado por un vicio grave en el procedimiento originado en la violación del derecho a ser oído antes de su emisión.

Aun así, se deberá aguardar si la interpretación de la nueva previsión normativa queda o no subordinada al criterio jurisprudencial según el cual no existe violación del derecho de defensa cuando el supuesto afectado por el acto no indica concretamente las defensas y pruebas que no pudo invocar o producir y la incidencia que unas y otras habrían tenido sobre el fondo de la decisión (conf. Fallos: 310:360 1987). Cabe recordar que esta sentencia invoca como precedentes

conformación del debido procedimiento administrativo previo? En ese entendimiento nos preguntamos ¿basta la mera inobservancia de alguna de las garantías previstas en el art. 1º *bis* LNPA relativas a la tutela administrativa efectiva –dentro de la cual queda incluido el debido proceso adjetivo– para que se consume el vicio determinante de una violación de las formas esenciales? ¿O, en cambio, el afectado tiene la carga de indicar qué defensas se hubieran podido plantear y qué pruebas se habrían podido ofrecer y producir si se le hubiera dado al particular la posibilidad de ser oído en tiempo oportuno? El afectado ¿debe demostrar, además, que si se hubieran observado las formas establecidas en el ordenamiento jurídico aplicable ello habría influido sobre el fondo o contenido de la decisión?

f) La expresa incorporación de la *tutela administrativa efectiva* no solo como *principio fundamental del procedimiento*, sino también como *garantía* (de los particulares) y *deber* (de los órganos, entes y personas jurídicas que despliegan la función administrativa): ¿es un instrumento que permite exigir una protección o tutela administrativa más fuerte cuando están en juego derechos fundamentales indisponibles de la persona humana? A la vez ¿cómo se proyecta la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional (dignidad de la persona humana, derechos inviolables que le son inherentes y principio pro persona) sobre el actual esquema de ordenación del procedimiento? La Ley 27742 ¿tuvo en consideración el principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social que ponen en juego el mínimo existencia y vital de la persona?

La tutela administrativa efectiva reconocida en el art. 1º *bis* y 7º inc. *d*, de la LNPA reformada, ¿incluye el *derecho subjetivo* del particular a exigir el *control administrativo de convencionalidad*[4], ora preventivo, ora reparador, cuando la

---

respaldatorios Fallos: 300:1047 y 302:1564. Estos pronunciamientos del Tribunal fueron dictados en tiempo de quiebre institucional.

En este marco, cabe preguntarse si resulta convencionalmente legítimo mantener a la denominada *teoría de la subsanación*, en sus dos diferentes variables: subsanación en sede administrativa y subsanación de los vicios de forma en sede judicial. Concretamente: la pervivencia de la susodicha teoría ¿resulta compatible con las garantías que reconocen los artículos 8º de la CADH y 1 bis, sobre el derecho a la tutela administrativa efectiva?

4 Al respecto cabe recordar que la Corte Internacional de Derechos Humanos (IDH) en diferentes precedentes sostiene que el control de convencionalidad *es función y tarea de toda autoridad pública* y no solo de los jueces (Gelman, 2011, párrafo 239). Años más tardes sostuvo que "todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'" ("Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana", de 28 de agosto de 2014, párr. 497; ("Gelman", 2013, párr. 66). La tendencia jurisprudencial del tribunal interamericano –en cuanto afirma que el control de convencionalidad es una *obligación* que compromete *a toda autoridad pública* del Estado parte y no solo del Poder Judicial– se ha profundizado a lo largo de la última década (conf. "García Ibarra", 2015; "Petro Urrego", 2020; "Urrutia Laubreaux", 2020; OC/28-21, entre otros).

relación jusadministrativa concierna, de modo directo, a los derechos esenciales de la persona humana (conf. art. 1.2 CADH; OC 22/2016)?

1.3. *La noción de procedimiento administrativo*

El procedimiento administrativo es uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. La dogmática clásica lo considera una pieza indispensable de la forma, en sentido amplio.

Ahora bien: ¿qué se entiende por procedimiento administrativo?

La LNPA no define el procedimiento administrativo[5]como elemento del acto. El art. 7º inc. *d*) establece, en cambio, que *antes* de la emisión del acto se deben cumplir los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Algunos autores –entre ellos, Armando Canosa– subrayan que la mencionada previsión normativa consagra el *debido procedimiento administrativo previo.*

Discernir el significado exacto del significante "procedimiento" en el esquema de ordenación vigente no es una tarea sencilla.

Si tomamos en consideración las múltiples y variadas posiciones doctrinales es dable reconocer, por un lado, que ponen el acento en los aspectos estructurales del procedimiento. Sin embargo, por otro lado, existen opiniones que, además de la nota anterior, focalizan la atención no solo en la función instrumental del procedimiento sino también en su rol tuitivo, de derechos e intereses.

Por nuestra parte, entendemos que el concepto y la función del procedimiento deben guardar congruencia –como toda la teoría del acto– con los principios que gobiernan el derecho administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho afincado en torno a la Constitución Nacional reformada en 1994.

(i) El procedimiento administrativo según el criterio estructural

En el derecho administrativo español predomina el criterio que considera el procedimiento administrativo como la "secuencia ordenada de actuaciones que se siguen para la formación de la voluntad de la Administración expresada en decisiones (actos administrativos) sobre materia de su competencia"[6].

El procedimiento administrativo es el cauce formal de la función administrativa, sugiere González Pérez. Se diferencia de los demás tipos de procedimientos

5 En Perú, en cambio, el art. 29 de la Ley 27.444 define el procedimiento administrativo del siguiente modo: "Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".

6 Conf. "Estudios sobre los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado. Relación de procedimientos", Madrid, 1998, citado por PONCE SOLÉ, J., *Deber de Buena Administración y Derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 31.

en virtud del tipo de función que se realiza a través del mismo. En estas condiciones el procedimiento es a la función administrativa lo que el acueducto al agua que corre por el mismo[7].

En esa línea se sostiene que el procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin[8]. Para Muñoz Machado el procedimiento consiste en el conjunto de actuaciones que ha de desarrollar la Administración hasta llegar al acto decisorio final[9].

Según Boquera Oliver el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites o diligencias que preparan, forman o ejecutan la voluntad administrativa[10]. Señala que el procedimiento se califica de administrativo por razón de la naturaleza del acto que prepara, forma o ejecuta y no por la esencia de los trámites que lo constituyen[11].

En un sentido similar se sostiene que el procedimiento administrativo es "aquella actividad administrativa con eficacia externa, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de convenio" [12].

7 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentario a la ley de Procedimientos Administrativos,* Madrid, 1977, p.70.

Este autor destaca que el "sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares".

González Pérez señala que el procedimiento administrativo configura un presupuesto procesal desde el momento que quien demanda a la Administración ante un tribunal ha de acudir antes a la propia Administración, a fin de que se pronuncie sobre su pretensión a través del correspondiente acto, que dejará abierta la posibilidad de la impugnación judicial.

En esa línea algunas sentencias del Tribunal Supremo español han considerado el procedimiento como cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa (STS de 25-4-77); cauce o vehículo del discurrir de la actividad de la Administración (STS de 23-2-77); cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los particulares" (para ampliar, v. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Justicia Administrativa. Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1999, p. 23).

8 ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Madrid, 1983 p. 263.

9 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Iustel, 2011, T. IV, p. 66.

10 BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1996, Vol. I, pp. 405-406.

11 *Ibidem*.

12 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1998, p. 231.

García de Enterría - Fernández[13] destacan que el procedimiento administrativo no es un acto complejo[14] sino "un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final".

En el Derecho uruguayo, E. Sayagués Laso conceptualizó el procedimiento administrativo como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración para desarrollar su actividad[15].

En Argentina, B. Fiorini sostuvo que el procedimiento administrativo se refiere a la total actividad práctica jurídica de la administración pública para que manifieste y ejecute sus actos en forma ordenada, regulada y sistematizada, ya sea de oficio o a instancia de los administrados[16].

El Prof. Armando Canosa puntualiza que el procedimiento administrativo tiene como objeto la formación de la voluntad administrativa, la que se materializa a través del dictado de actos administrativos. Para este autor el procedimiento administrativo es el conjunto de actos combinados entre sí que se refieren al camino que se debe transitar para llegar al dictado del acto administrativo definitivo[17].

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), en congruencia con el pensamiento del Prof. Juan C. Cassagne[18], sostiene que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal del ejercicio de la función administrativa (en sentido material)[19]. Agrega que desde un punto de vista estrictamente formal puede encontrarse procedimiento administrativo en la actividad de cualquiera de los órganos estatales, cuando ejerzan funciones materialmente administrativas[20].

13 García de Enterría, E. - Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo,* 4ª ed., Madrid, 1995, T. II, p. 438.

14 Para la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) el acto complejo es aquel que, para su perfeccionamiento, requiere de la voluntad conjunta o sucesiva de dos o más órganos. Es una medida integrada por una sucesión de actos administrativos que se encuentran vinculados en cuanto constituyen un todo pero, asimismo, revisten un evidente carácter autónomo e independiente. En este supuesto la validez del acto está condicionada por la confluencia de declaraciones de diferentes órganos. (Dictámenes 324:188).

Según se desprende de este dictamen el órgano asesor no toma en cuenta el denominado acto complejo es, en puridad, un complejo de actos que desembocan en un solo acto.

15 Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, T. I, pp. 461-2.

16 Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, p.25.

17 Canosa, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2ª ed., Astrea-Rap, 2014, pp. 56/57.

18 Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T. II, pp. 5/7.

19 PTN, Dictámenes 324:302, punto II.1.1.

20 *Ibidem*.

(ii) El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva

A la funcionalidad externa, como cauce de la función administrativa, otras corrientes del pensamiento administrativista subrayan que el procedimiento administrativo no solo cumple tiene asignado una función rol instrumental; también asignado un importante rol tuitivo.

F. Garrido Falla señalaba que el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades arbitradas, las más de las veces, en garantía del particular. Sin embargo, de inmediato destaca que la segunda finalidad del procedimiento administrativo es lograr el mayor acierto y eficacia de las resoluciones administrativas[21].

El procedimiento administrativo, explica Bocanegra Sierra, es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego[22].

Para J. García Luengo, el procedimiento está llamado a regular una concatenación de trámites; tiene la función de asegurar la legalidad y acierto de la resolución final. Agrega que, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, el procedimiento ofrece una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rigen la toma de decisión en el asunto concreto. Concluye que el procedimiento está al servicio de la legalidad y acierto de la decisión final. Es un instrumento dirigido a obtener una decisión final legítima[23].

En la dogmática alemana moderna Schneider explica que los procedimientos administrativos representan un modo de crear y de hacer efectivo el derecho administrativo. Subraya que el procedimiento posee una clara dimensión instrumental puesto que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve a la realización material de las funciones y responsabilidad que le incumben a la Administración. Destaca que la función instrumental esta llamada a la determinación material del derecho. La concreción, determinación y creación del Derecho que se realiza en el procedimiento administrativo se expresa a través de decisiones. Para este autor deben considerarse decisiones de la Administración el acto administrativo y el contrato, las normas reglamentarias y las que se refieren a prestaciones materiales realizadas por la Administración y aquellas otras que tiene por objeto la mediación de intereses contrapuestos[24].

21 GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.,* p. 612.

22 BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre acto administrativo*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 84.

23 GARCIA LUENGO, Javier, *Las infracciones formales como causa de invalidez del Acto Administrativo*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 23/26.

24 SCHNEIDER, Jens-Peter, "La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo", en

Desde el punto de vista sistemático, explica el Prof. Schmidt Assmann, el procedimiento está llamado a proporcionar un "esquema de ordenación"[25] o de "actuación"[26]. En tal sentido agrega que el procedimiento debe servir "para garantizar una correcta aplicación de la ley"[27]. En un trabajo posterior este autor puntualiza que los procedimientos administrativos son un "instrumento para asegurar la sujeción de la acción administrativa a criterios de racionalidad". Enfatiza que ellos constituyen proceso y operaciones ordenados racionalmente cuyo objeto consiste en obtener y procesar información[28].

Para J. Ponce Solé el procedimiento administrativo es el modo normal e idóneo de desarrollo de la función administrativa al servicio a los intereses generales[29]. Cuestionando las que denomina visiones estáticas del procedimiento, el profesor catalán asegura que aquél se configura como "uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración". En tal sentido enfatiza que el procedimiento administrativo es un factor de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas[30].

Uno de los corredactores del texto originario de la LNPA, H. Escola, señala que el procedimiento administrativo es el conjunto de formas, actos, formalidades y trámites que son jurídicamente establecidos con el propósito de dar lugar a que la administración pública pueda alcanzar el logro de las finalidades que le son propias como gestora del interés general[31].

Por su parte, Julio Rodolfo Comadira destacaba que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento

---

La transformación del procedimiento administrativo, Sevilla, Barnes editor, Editorial Derecho global, 2008, pp. 373/375.

25 Schmidt Assmann, Eberhard, *El derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 360.

26 *Idem*, p.364.

27 Schmidt Assmann, o*p. cit.,* pp. 360/364.

28 Schmidt Assmann, Eberhard, "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos europeos en el derecho alemán, europeo e internacional", en *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Barnes editor, Editorial Derecho global, 2008, p.75.

29 Ponce Solé, Juli, *Deber de Buena Administración y Derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 37/38.

30 *Idem*, p. 127.

31 Escola, Héctor, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1973, p. 22.

ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado[32].

(iii) La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho

a) El procedimiento administrativo es el modo o método como se originan y producen los actos (unilaterales y bilaterales; generales y particulares; abstractos y concretos; externos o internos) que emanan de la función administrativa, según el alcance que establecido por el art. 1º de la LNPA, reformado por Ley 27.742. Por cierto, el procedimiento administrativo no solo prepara y antecede al acto o contrato administrativo; también asegura la legalidad de su concreta materialización o puesta en práctica[33].

La observancia de los procedimientos administrativos debidos –tal como lo exige el art. 7º inc. *d*) LNPA– adquiere relevancia para *ordenar, limitar* y brindar *previsibilidad* en el ejercicio de la función administrativa.

Desde un miraje instrumental, puramente *descriptivo*, el procedimiento administrativo se presenta como un *conjunto de trámites y actuaciones encaminados a preparar la actividad formal (y también no formal[34]) de los órganos, entes y personas jurídicas, públicas y privadas[35], que desarrollan la función administrativa.*

b) Ahora bien, si tenemos en consideración que el art. 1º *bis* de la Ley 27.742 incorporó a la *buena administración* como uno de los nuevos principios fundamentales del procedimiento administrativo, resulta ciertamente apropiado tener en cuenta la sugerente posición de Ponce Solé en cuanto le asigna al

32 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, pp. 124/125.

33 El procedimiento previo a la etapa de materialización del acto es un factor de evitación de graves ilegitimidades administrativas. Recuérdese que la reciente reforma a la LNPA fulmina con la calificación de vía de hecho a la adopción y materialización de 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 (art. 9º inc. *d*, LNPA).

34 En algunos ordenamientos latinoamericanos se considera que el procedimiento administrativo únicamente atañe a la preparación de la actividad formal de la Administración. Así el art. 29 de la Ley 27444 de Perú establece: "Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados".

Sostenemos, sin embargo, que la puesta en práctica de los actos administrativos también está sujeta a la observancia de formas. En este supuesto el cumplimiento de las formas está llamado a encauzar la concreta materialización de la actividad formal de la Administración.

35 Conf. Art. 1º LNPA, modif. por Ley 27.742.

procedimiento administrativo el carácter de instrumento posibilitador del cumplimiento del deber de buena administración.

Manteniendo esa línea podemos conceptualizar el procedimiento como *cauce formal de la función administrativa que facilita y hace posible la concreta actuación del principio de buena administración*.

Ciertamente, si bien el art. 1º *bis* LNPA enuncia un catálogo de principios fundamentales del procedimiento administrativo, lo cierto es que la susodicha previsión normativa no brinda precisiones sobre el contenido de cada uno de ellos, salvo en lo relativo a los diferentes estadios o momentos de la tutela administrativa efectiva. En efecto. El art. 1º *bis* de la LNPA vigente nada dice con respecto al ámbito de protección de la buena administración. Esta *indeterminación* genera perplejidades en torno a su contenido. Téngase presente que, en nuestro país, ese principio basilar no ha tenido hasta hoy acogida en jurisprudencia ni en la doctrina administrativa de la PTN. Entonces, en torno a la buena administración reconocida en el art. 1º *bis* LNPA, nos preguntamos: ¿tiene el alcance que le brinda el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[36]? ¿Es idéntico al establecido en el art. 1º inc. II ap. *f* de la Ley 9003 de Mendoza[37]? ¿Tiene el alcance amplísimo fijado por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, de 2013? ¿Coincide con el *il buon andamento dell'amministrazione,* previsto en el art.

36 "Art. 41. Carta Europea de los Derechos Fundamentales: Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

37 "Art. 1º inciso *f*) Principio de buena administración. La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos: 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común. 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro. 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional".

97.2 de la Constitución italiana? ¿Es acaso un metaprincipio, como lo postula un sector de la doctrina?

Siguiendo esta línea, consideramos que el contenido del principio de buena administración reconocido en el art. 1º *bis* de la LNPA guarda directa relación con los valores y principios del Estado constitucional social y democrático de derecho consagrados en la Constitución Nacional reformada en 1994. En este marco, la buena administración está llamada a *servir, de manera directa e inmediata, a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*. En el Estado constitucional vigente en la república, servir al bien común es actuar con arreglo a los principios que conforman la *tríada basal material* de Derecho Administrativo en el Estado constitucional: *dignidad de la persona humana; derechos fundamentales inviolables que le son inherentes* y *principio pro persona*. De esta tríada se derivan múltiples corolarios. Uno de ellos es el principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social que claman por la satisfacción del mínimo vital o existencial de la persona humana.

c) Desde esta atalaya, el "procedimiento" en cuanto *elemento esencial* del acto (art. 7º inciso *d*, LNPA) se presenta como el *conjunto de trámites, diligencias y actuaciones que se deben cumplir en la faz preparatoria del acto administrativo según lo establece –expresa e implícitamente– el bloque de juridicidad en el Estado constitucional*.

En el Estado constitucional vigente en la república[38] el *bloque de juridicidad* al que está sometido el proceso de elaboración del acto administrativo se abastece de *reglas y principios (que, en puridad, constituyen el catálogo de deberes, permisiones y prohibiciones a los que está sujeta la Administración) que están llamados a servir de manera directa, concreta e inmediata a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*.

Desde este vértice, De consiguiente la regulación del *debido procedimiento administrativo previo* –esto es el conjunto de trámites, diligencias y actuaciones que se deben cumplir en la faz preparatoria del acto (y también de su concreta materialización) al que alude el art. 7º inc. *d*, de la LNPA reformada– se debe ajustar a la Constitución Nacional *convencionalizada*; a los principios preestatales que ella reconoce y despliega; a las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), sin olvidar la imprescindible guía que, al respecto, brindan las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Derechos Humanos (Corte IDH); a los tratados, las leyes, los principios propios del derecho administrativo reconocidos por las leyes y a los reglamentos, generales y singulares.

38 Fallos: 329:5266.

1.4. *Las funciones del procedimiento administrativo*

(i) La clásica doble funcionalidad del procedimiento administrativo

Transcurrida la etapa que consideró el procedimiento administrativo como institución de efectos puramente internos o *ad intra*[39] de la Administración, la doctrina especializada y la jurisprudencia subrayan su incuestionable *doble funcionalidad*.

En ese orden, el procedimiento administrativo opera como garantía de los derechos e intereses de los particulares y, a la vez, contribuye al acierto y eficacia de las resoluciones administrativas[40]. En este último aspecto no cabe duda que el procedimiento contribuye a la adopción de decisiones administrativas que tengan en cuenta todos los elementos de juicio que el ordenamiento considera necesario para emitir un acto[41]. Ello, claro está, con miras a satisfacer el interés público concretado en la legalidad[42].

Como garantía defensiva, el procedimiento administrativo estuvo asociado, en su faz inicial, a la reacción contra actos administrativos ya emitidos –recursos administrativos tendentes a transitar las vías administrativas previas a su impugnación judicial–. Mas luego, a la impronta reaccional, se le añadió la relativa a la formación o elaboración del acto. Ambas variables aparecen plasmadas en el art. 7º, inciso *d*, LNPA en su actual redacción en cuanto consagra el deber respetar los diferentes segmentos o momentos que informan a la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, LNPA): el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que concierna a los derechos o intereses jurídicamente protegidos del interesado; el derecho a interponer recursos; el derecho a *ofrecer y producir prueba*, y controlar su producción; el derecho a una *decisión fundada;* y, el derecho a que el procedimiento concluya dentro de un *plazo razonable.*

La jurisprudencia del Alto Tribunal federal subraya que el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad–[43].

39 Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 51/53.

40 Garrido Falla, Fernando, *op. cit.,* p. 612. En la nota al pie este autor señala pone de relieve nuevamente esa doble finalidad: garantía de los derechos individuales y garantía de orden en la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

41 Beladíez Rojo, M., *op. cit*., p. 95.

42 Garrido Falla, *op. cit*.; González Pérez, *op. cit.*

43 Fallos: 344:1013 ("Roa Restrepo, Henry"), voto del juez Rosatti, consid. 6.

El procedimiento, en tanto cauce formal de la función administrativa, constituye una *garantía de la legalidad administrativa*[44]. Al respecto la PTN sostiene que tal principio se lo extrae razonadamente de los arts. 14, 16, 17, 18 y 19 de la CN[45]. La idea de que la Administración se halla sometida ("condicionada jurídicamente") a la ley, afirma el órgano asesor, debe ser entendida en sentido en *sentido lato*. Según la PTN el principio de legalidad conlleva la sujeción a la Constitución, de los Tratados, las leyes e incluso a los actos de alcance general emanados del propio poder administrador. En ese sentido se puntualiza que, por un lado, el principio de legalidad habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada; por el otro, le impone límites a ese accionar, los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado[46].

Por cierto, el nexo entre el interés público y el procedimiento administrativo adquiere particular y decisiva gravitación en el ejercicio de poderes discrecionales atribuidos normativamente a los órganos que despliegan la función administrativa. En tal sentido García Luengo destaca, acertadamente, que el procedimiento viene a ofrecer, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rijan la toma de decisión en el asunto concreto[47].

El procedimiento, como requisito esencial del acto administrativo, está llamado a garantizar *la plena juridificación de la función administrativa*. Tiene la misión primordial de asegurar que, antes de la emisión del acto que habrá de modificar de manera directa la situación jurídica del particular, se cumplan los trámites y diligencias establecidos por las reglas y principios que conforman el bloque de juridicidad del Estado constitucional vigente en la república.

No podemos soslayar, sin embargo, que el procedimiento administrativo se erige, además, en presupuesto de admisibilidad de la pretensión impugnatoria (conf. art. 23, inc. *a*, subincs. (*i*) y (*ii*), LNPA).

(ii) El procedimiento como "cauce primario" de satisfacción y protección de los derechos sociales

El procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho tiene asignado un rol protagónico al servicio del sistema de derechos sociales reconocidos en el bloque de constitucionalidad. A la Administración le asiste el deber de garantizar[48], con sencillez y celeridad, la con-

44 BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia,...* op. cit., p.108.

45 PTN, Dictámenes 322: 597.

46 *Ibidem*.

47 GARCÍA LUENGO, Javier, op. cit. p. 25.

48 VAN HOOF, Fried, *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights*, p. 99, citado en COURTIS, Christian, "Los derechos sociales como derechos", en AA.VV., *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política*, SELA, 2001, conceptualiza esos cuatro

cretización de los *encargos positivos de protección social* que reconoce la Ley Fundamental (verdaderos mandatos de protección social a los poderes públicos, conf. art. 75, inc. 19, 22 y 23, CN) e implementan, mediante las normas infraconstitucionales, las leyes del Congreso o las decisiones del Poder Ejecutivo.

En efecto: en su faz o función garantista de derechos, el procedimiento administrativo no está solo al servicio de los derechos de defensa (denominados derechos de no interferencia o no injerencia) y de participación (conf. art. 1º *bis a*, tercer párrafo y 8º *bis*, LNPA, modif. por Ley 27.742). El procedimiento administrativo es una pieza indispensable para asegurar la efectivización de los *derechos de sociales o de protección.*

En congruencia con esa misión, *el procedimiento administrativo* se erige en el instrumento jurídico administrativo adecuado de transformación social.

En efecto: en el Estado constitucional social y democrático de derecho el procedimiento administrativo cumple, además, la relevante función de actuar como *cauce primario de protección de los derechos sociales.*

En tanto cauce formal primario de protección y satisfacción de los derechos sociales fundamentales el procedimiento administrativo constituye la herramienta jurídica apta que posibilita la actuación del principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social. Desde este miraje el procedimiento administrativo es el cauce formal llamado a satisfacer en concreto el mínimo vital o existencial de la persona.

En tal sentido cabe recordar que la *justicia social* traduce *la justicia en su más alta expresión*[49]. Esta no tiene otro norte que alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad"[50].

En definitiva: el procedimiento administrativo no circunscribe ni agota su finalidad en la participación defensiva de los portadores de intereses particulares. Con igual intensidad, y diferentes modalidades, el procedimiento propende a la salvaguarda del *interés público* en el marco establecido por el bloque de legitimidad. Ahora bien: en el Estado constitucional contemporáneo la savia que circula y vivifica a la función administrativa está umbilicalmente anudada a la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo:

---

niveles de obligaciones estatales del siguiente modo: respetar, se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; proteger, consiste en la obligación de impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; garantizar, supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; promover, se caracteriza por el deber de desarrollar las condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

49 Fallos: 336:672 y sus citas.

50 *Ibidem*.

dignidad de la persona humana; derechos fundamentales que le son inherentes y el principio pro persona.

En tal sentido, una de las funciones básicas que el procedimiento administrativo está llamado a cumplir no es otra que la garantizar y asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

A tenor del nuevo esquema legal de ordenación resulta indudable que las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 a la Ley *de facto* 19.549 ignoraron que, en el Estado constitucional vigente en la república, el procedimiento también es el cauce primario de protección de los derechos sociales, en tanto es uno de los instrumentos jurídicos idóneos para asegurar el mínimo vital o existencial de la persona humana.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores reafirmamos que el procedimiento administrativo debe ser entendido como el conjunto de trámites y actuaciones dirigidos a preparar la actividad (formal y no formal) de los órganos, entes y personas jurídicas que desarrollan la actividad administrativa en función de servir de manera directa e inmediata a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, según los vínculos jurídicos fundamentales que impone el bloque de juridicidad en el Estado constitucional.

(iii) El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal y sus excepciones

Como correlato del elenco de poderes y prerrogativas conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración para gestionar el interés general, el talante *defensivo* marcó la impronta inicial del procedimiento administrativo[51].

El perfil defensivo del procedimiento administrativo pervive nítida y vitalmente en la impronta invalidante del sistema impugnatorio, devenido, además, en presupuesto procesal obligatorio de admisibilidad de la pretensión contencioso administrativa (arts. 23 y 24, LNPA modif. por Ley 27.742). En relación con el acto

51 Las causas que justificaron la "procedimentalización" de la actividad administrativa son múltiples. Así se sostiene que, en primer lugar, el procedimiento administrativo aparece como reacción natural del Estado liberal de derecho ante el fenómeno de la asunción de potestades autoritarias por la Administración. En este sentido, Juan A. Santamaría Pastor apunta que el procedimiento administrativo aparece así como fórmula transaccional entre los principios del nuevo régimen político y la tradición absolutista (que actuaban de manera expedita rápida y sin sujeción a trámites rituales); se admitió entonces que la Administración pudiera ejercer potestades en contra de particulares bien que sometiendo a éstas a cauces formales similares a los del proceso judicial. Con esta fórmula se conjugó la existencia de una administración fuerte con la garantía de los derechos de los ciudadanos (*Principios de derecho administrativo,* Vol. II, Madrid, 1999, pp. 53-54). También se señala como causa del procedimiento administrativo al crecimiento orgánico de la Administración acaecida en los dos últimos siglos y la necesidad de lograr su normalización funcional para asegurar la vigencia efectiva del principio de jerarquía y racionalizar el funcionamiento de la organización: la actuación conforme a procedimientos normativamente predeterminados.

definitivo (o que impida totalmente la tramitación de la pretensión) el art. 23 LNPA, en su actual redacción, mantiene el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa. Sin embargo, el actual art. 23 inc. *b* incorpora expresamente salvedades al tránsito de la vía administrativa previa. Una de ellas atañe al *amparo*. La introducción de una pretensión de amparo (o de *otra* pretensión *urgente*) es una de las excepciones expresamente contempladas al agotamiento de la vía administrativa (art. 23 inc. *b*, *iii*, LNPA).

De este modo la carga de transitar la vía administrativa previa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa aparece *atenuada* frente a los actos administrativos desfavorables que ponen en juego el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad y las leyes. Cabe recordar que el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 caracteriza el amparo como vía *expedita*. Ello significa que la introducción de una pretensión de amparo es directa, sin obstáculos que la puedan condicionar como es, v.gr. el agotamiento de la vía administrativa. Por cierto, el acceso directo a la jurisdicción está constitucionalmente subordinado a que se acredite la inexistencia de otro dispositivo de protección judicial más idóneo que el amparo. Naturalmente, en los supuestos de lesión sobre *derechos fundamentales indisponibles*, estamos en situaciones o *casos puros de amparo*[52]. En estos supuestos se presume que el amparo es la vía o medio judicial más idóneo. Por ende, frente a la presunción de idoneidad del amparo para atender y dirimir cuestiones relativas a derechos fundamentales indisponibles, atañe a la demandada demostrar que, en el caso, el amparo no es la vía judicial *más* idónea. Distintas son las situaciones que se encuentran en el *halo del concepto* "medio judicial más idóneo". Tal es lo que ocurre con las pretensiones cuyo objeto atañe a derechos disponibles, renunciables, como sucede, v.gr. con las cuestiones de carácter patrimonial. En estas, atañe a la parte actora destruir la presunción de eficacia del orden procesal ordinario. Por ende, en los casos que atañan a derechos disponibles o patrimoniales, el acceso directo o expedito queda constitucionalmente subordinado a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

En definitiva: la salvedad introducida por la Ley 27.742 en el art. 23.*b.iii* LNPA –en tanto excepciona a la pretensión de amparo del agotamiento de la vía administrativa– guarda congruencia con el principio de accesibilidad inmediata establecido en el art. 43 CN.

Sobre este aspecto, cabe tener en consideración que el *amparo interamericano*, consagrado en el art. 25 de la CADH, no condiciona su admisibilidad a la existencia de otro medio judicial más idóneo. Esta previsión normativa tampoco

52 Para ampliar: ver: Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, T. II, 2012.

exige, como requisito de admisibilidad y procedencia, que la lesión al derecho fundamental sea producida por un acto portador de ilegitimidad manifiesta.

1.5. *El procedimiento administrativo como requisito esencial del acto administrativo*

(i) Configuración legal del requisito esencial "procedimiento" (art. 7º, inc. d, LNPA, modif. por Ley 27.742)

El art. 7º de la LNPA erige al procedimiento administrativo en requisito esencial acto administrativo. La Ley 27.742 mantiene ese criterio. Sin embargo, el nuevo texto legal incorpora modificaciones en la configuración del elemento.

a) El texto originario del art. 7º inc. *d*) de la LNPA establecía que "antes" de la emisión del acto se deben cumplir "los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". Se indicaba también que el *dictamen* proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico es esencial cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

La doctrina especializada de nuestro país, inspirada en el pensamiento de Fiorini, enfatizó que los deberes impuestos por este inciso del art. 7º LNPA consagran el *debido procedimiento administrativo previo* a todo acto. Esta garantía se abastece del debido proceso adjetivo (arts. 18, CN; 1º, inc. *f*, LNPA, según el texto originario), mas no la agota en él por cuanto el debido procedimiento previo abarca, además, la observancia de los procedimientos que exceden la participación defensiva del interesado. Para el prof. Armando Canosa el debido procedimiento previo es el núcleo de la tutela administrativa efectiva[53].

b) La Ley 27.742 de 2024 introdujo modificaciones en el art. 7º inc. *d*[54].

En efecto; el régimen legal vigente dispone que *antes* de la emisión del acto administrativo, se deben cumplir los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico (art.7º, inc. *d*, LNPA, ref. por Ley 27.742)[55]. La redac-

53 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo*... op. cit., p. 77.

54 El art. 7º inc. *d*, conforme lo establece la Ley 27742 prescribe: "*d*) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (*i*) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (*ii*) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados".

55 El actual art. 7º inc. *d* eliminó del texto anterior de la LNPA el significante "procedimientos esenciales y sustanciales". De este modo el legislador reafirma el deber de la Administración de respetar, sin ambages, el debido procedimiento administrativo previo.

Cabe recordar que el *debido procedimiento administrativo previo* –que en su formulación reducida se lo denomina debido procedimiento previo– es una garantía del particular frente a las

ción actual de esta previsión legal abandona la pretérita identificación del elemento procedimiento con los procedimientos esenciales y sustanciales. De consiguiente, requisito esencial procedimiento se configura con la observancia de los procedimientos (expresos e implícitos) previstos en el ordenamiento jurídico.

El art. 7º inciso *d* de la LNPA, en su actual redacción, enfatiza que el contenido del elemento consiste cumplir los procedimientos de elaboración previstos en el ordenamiento jurídico *antes* de la emisión del acto. El susodicho procedimiento tiene prioridad, y por tanto debe anteceder, en el tiempo y el trámite, al acto administrativo.

Naturalmente, el art. 7º inc. *d*, cuando alude a "los procedimientos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico" se refiere tanto a los recaudos formales consagrados en *reglas*, expresas y también razonablemente implícitas, como también a los que emanan de los *principios generales* de derecho o de justicia natural (v.gr., tal es lo que sucede con la audiencia previa del interesado que pudiera resultar afectado por la actuación de la Administración).

Consiguientemente, en su actual formulación este requisito esencial consagrado en el art. 7º inc. *d*) queda configurado del siguiente modo: antes de la emisión del acto administrativo se deben cumplir los procedimientos (en puridad, las formas en sentido amplio) previamente establecidos –de manera expresa o razonablemente implícita– en las *normas* (reglas y principios) que conforman el ordenamiento jurídico.

La observancia de los procedimientos estatuidos por la *norma* aplicable del ordenamiento jurídico constituye un *recaudo indispensable de elaboración* del acto administrativo. Concierne a su legitimidad. La grave violación o, en su caso, la total y absoluta prescindencia del recaudo formal previsto en una regla

---

prerrogativas de la Administración y, a la vez, un principio basilar del procedimiento administrativo. Ora como garantía, ora como principio, el debido procedimiento administrativo previo se abastece, mas no se agota, con el debido proceso adjetivo, garantía ésta que, en el nuevo texto legal, aparece mejorada y ampliada a través de la tutela administrativa efectiva. En efecto: el debido procedimiento administrativo previo no se limita únicamente a garantizar la participación defensiva del particular; tiene un contenido más amplio en tanto indica que los actos administrativos se deben producir según las formas consagradas en las *reglas* y *principios* que conforman el bloque de juridicidad en el Estado constitucional, al que está sometida la función administrativa.

(expresa[56] o razonablemente implícita[57]) o en un principio[58] acarrea –como se verá más adelante– la nulidad absoluta del acto administrativo[59].

(ii) El elemento esencial "procedimiento" y la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva

La segunda parte del art. 7º, inc. *d*), reformado por la Ley 27.742, incluye a la *tutela administrativa efectiva* y el *dictamen jurídico previo* como elementos viscerales del requisito esencial procedimiento.

a) El art. 1º *bis* establece que la *tutela administrativa efectiva* es un principio fundamental del procedimiento. A la vez, de su regulación se extrae que, a más de principio, la tutela administrativa efectiva adquiere el carácter de *garantía fundamental* a favor del particular y deber de todos los órganos que despliegan la función administrativa. El mencionado artículo, afincado en la pretérita regulación del debido proceso adjetivo (art. 1º inc. *f*, LNPA, texto originario) establece el contenido de la garantía en cuatro diferentes parcelas o segmentos.

Con respecto al dictamen jurídico previo cabe hacer notar que su función es garantizar la sujeción de la Administración al *bloque de juridicidad* (del Estado constitucional vigente en la república con posterioridad a la Reforma Constitucional de 1994) en aquellos casos que el acto pueda afectar los derechos e intereses jurídicamente tutelados. Sin embargo, a despecho del art. 36 de la CN, cuarto párrafo, el art. 7º inc. *d*, *in fine*, no establece la obligatoriedad del dictamen en los supuestos de actos favorables que pongan en juego la hacienda pública.

b) La segunda parte del art. 7º, inc. *d*, LNPA, reafirma el talante defensivo que marcó la impronta inicial del procedimiento administrativo. En su versión originaria[60], art. 1º, inc. *f*) de la LNPA establecía el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo comprende el *derecho a ser oído* (antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos); el *derecho*

56 Fallos: 308:108 ("Borgo, Hermes Francisco c. Junta Nacional de Granos", de 13.2.1986).

57 Fallos: 341:1148 (Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) consid. 8º, tercer y cuarto párrafo, de 11/09/2018; CNFed. Conten.-Adm., Sala II, "American Airlines Inc. c/Sec. de Comercio e Inversiones" de 4/05/00, en *ED* Serie Especial de Derecho Administrativo de 29/09/2000, p. 16.

58 Fallos: 324:1403 ("Copa, Diego c/ ANSéS", 24-4-2001).

59 Art. 14, inc. *b* (*iv*), LNPA, modif. por Ley 27.742.

60 Según se desprende de la Exposición de motivos elaborada por los juristas del régimen *de facto* designados para redactar el anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) en 1971, el texto originario de la *ley* consagraba los principios básicos a los que deberán ajustarse los procedimientos administrativos en cuanto tienda a asegurar a los interesados debido proceso, de las que no pueden reputarse ajenos los atinentes a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez, eficacia. Concretamente, el principal propósito de la LPA, en su versión original –labrada extramuros del Estado de Derecho– fue garantizar el respeto al debido proceso.

a ofrecer y producir prueba y el *derecho a una decisión fundada* (en el bloque de legitimidad).

c) En el Estado constitucional vigente en la república, el prístino carácter defensivo del procedimiento administrativo se potencia a través del reconocimiento de la de la *tutela administrativa efectiva* como *garantía fundamental* reconocida en la CN convencionalizada[61] –ahora reglamentada legalmente en los arts. 1º *bis a*), 7º, inc. *d*, y 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA reformada– *y* también como *deber* de la Administración.

Siguiendo la línea jurisprudencial trazada por el alto Tribunal en "Astorga Bracht"[62] veinte años atrás, la reciente Ley 27.742 erige a la tutela administrativa efectiva en principio fundamental del procedimiento administrativo (art. 1 *bis*, LNPA). Los diferentes momentos de la tutela administrativa (art. 1 *bis*, LNPA) configuran el núcleo irreductible del elemento esencial "procedimiento" (art. 7º inc. *d*, LNPA).

La tutela administrativa efectiva además de principio es un *deber* que deben observar los órganos, entes y personas jurídicas que tienen asignada la función administrativa. Por cierto, la tutela administrativa es una *garantía fundamental propia e inherente al derecho administrativo en el Estado constitucional,* entendido como Estado de los derechos fundamentales. Las garantías, explica L Ferrajoli, son técnicas previstas para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad; ellas posibilitan la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia la Constitución[63].

En paralelo con la tutela judicial efectiva, el fundamento de la tutela administrativa efectiva reposa en el art. 18 de la CN y en diferentes previsiones normativas contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN): arts. XVIII

61 Fallos: 327:4185; 346:12.

62 Fallos: 327:4185 ("Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo"). El consid. 7º puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que "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).

Sobre este tema véase los trabajos de Canosa, Armando N., *Procedimiento administrativos: recursos y reclamos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 72 y ss; del mismo autor: "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva", *RAP*, 323, p. 75; y Urrutigoity, Javier,"El principio de tutela administrativa efectiva", *JA* 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo del 30/11/2005, p. 35.

63 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 23.

y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º, inc. 3º, aps. *a*) y *b*), y 14, inc. 1º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[64].

(iii) La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN

Según se desprende del considerando 7º de "Astorga Bracht" el *contenido esencial* de la tutela administrativa efectiva se abastece de la facultad de todo particular de *acceder* a un *procedimiento administrativo conducido en legal forma*, de manera tal que se garantice una *decisión administrativa fundada en derecho* que, en la práctica, resulte *útil* para asegurar la oportuna protección de los derechos e intereses jurídicos de las personas.

Un análisis sistemático del considerando 7º de "Astorga Bracht" permite discernir diferentes fases, segmentos o momentos de la tutela administrativa efectiva.

La primera atañe al derecho *de acceder* al procedimiento administrativo sin valladares ni obstáculos que puedan obstaculizar la protección adecuada y oportuna de derechos o intereses jurídicos del interesado. Este primer segmento o momento de la tutela administrativa efectiva concierne específicamente a posibilidad de ocurrir y peticionar ante la autoridad administrativa[65] y ser admitido

64 Fallos: 327:4185.

65 El art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), reza lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener una pronta resolución".

El derecho a *obtener una pronta resolución* establecido en la norma pretranscripta impone, a la autoridad competente, el deber correlativo de resolver según los principios de celeridad y de eficacia administrativa.

Ciertamente la garantía constitucional "de obtener una pronta resolución" de las peticiones presentadas a las autoridades administrativas lleva ínsita la facultad de exigir del órgano competente el cumplimiento de los plazos legales para emitir los necesarios actos preparatorios o de mero trámite necesarios para resolver; a la vez, consagra el deber de aquéllos de respetar las formas impuestas de manera previa al dictado del acto.

Concretamente: el art. XXIV de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDH), brinda fundamento a las dos primeras fases o momentos de la garantía a la tutela administrativa efectiva, el de acceso y el de obtener *con prontitud* una respuesta, una decisión fundada.

Cabe puntualizar que la vulneración del deber de brindar *pronta resolución* dará lugar a la acción judicial de pronto despacho, el amparo por mora regulado en el art. 28, LNPA. Creemos, sin embargo, que en atención a su especificidad, el acceso a la jurisdicción por medio del amparo por mora administrativo tiene sustento, más que en el art. 43, CN, en el art. 75, inc. 22, CN. En efecto, el art. XXIV, DADDH, coetáneamente reconoce el derecho a peticionar ante cualquier autoridad competente –lo cual incluye a los órganos que desarrollan la función administrativa– y reconoce el derecho de obtener una resolución (fundada en derecho) "pronta". Ciertamente, esta garantía no agota sus efectos a las autoridades públicas que desarrollan función administrativa sino que, en tanto en cuanto dicha norma no diferencia el tipo de órgano o función, el cumplimiento del deber de "obtener

en el procedimiento sin limitaciones arbitrarias. Va de suyo que dentro de este primer momento está contemplada una legitimación que concierna no solo a derechos subjetivos sino también a los intereses jurídicamente protegidos dentro de los cuales quedan incluidos los derechos de incidencia colectiva en la doble formulación establecida en el precedente "Halabi"[66].

De consiguiente, resulta contrario a este segmento de la tutela administrativa todo valladar legal o reglamentario que limite, condicione o impida el acceso o la participación del interesado en el procedimiento como sería, v.gr., la exigencia establecida por un acto general, normativo o no normativo, de desistir los recursos administrativos o acciones judiciales presentados contra decisiones legal, reglamentarias o actos administrativos[67] como condición para participar en un concurso.

El segundo momento o segmento incumbe al *derecho a un procedimiento conducido en legal forma,* esto es, el derecho a la concreta y efectiva observancia del debido procedimiento administrativo previo[68].

Esta segunda fase de la tutela administrativa efectiva se integra con tres segmentos homogéneos aunque separables: (*i*) la garantía del *debido proceso legal*[69] en cuyo núcleo se aloja el *derecho a ser oído antes del dictado del acto adminis-*

---

una pronta resolución" es también predicable frente a los órganos legislativo o judicial cuando desarrollan, precisamente, su propia y específica función. A su vez –si bien a través de un concepto jurídico indeterminado– el derecho a una resolución "pronta" de las peticiones realizadas ante las autoridades públicas se presenta como básico estándar de control de razonabilidad de las normas regulatorias de los plazos para el ejercicio de las funciones administrativas, legislativas y judiciales.

66 Fallos: 332:111.

67 CSJN, "Astorga Bracht", consid. 5º y ss., de 14/10/2004.

68 Armando Canosa puntualizaba que el debido procedimiento previo es el núcleo central de la tutela administrativa efectiva (CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo... op. cit*., p. 77). En línea con Fiorini, Julio Rodolfo Comadira señalaba que no hay razón para dejar de plantear el debido procedimiento previo como requisito esencial de validez para el dictado de los actos pertinentes (Comadira, Julio Rodolfo, "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", en *Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005*,* p. 955*).*

69 La traslación de las garantías judiciales al procedimiento administrativo aparece con toda claridad en los párrafos 124 y siguientes del caso "Baena", de 2 de febrero de 2001. los hechos, sucintamente, son los siguientes: en el marco de una *decisión administrativa que dispuso la cesantía* (declaró insusbsistente el nombramiento) de 270 empleados públicos por haber participado de una marcha y de un paro –que coincidió con un intento de levantamiento militar– *sin que se le hubiese garantizado un debido proceso* con las garantías contempladas por la CADH. La Corte IDH destacó que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. en ese entendimiento sostuvo que si bien el art. 8º de la CADH se titula "garantías judiciales" su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto. al referirse al debido proceso consideró que 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, dijo el tribunal interamericano, deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

trativo que la afectó (art. 1, inc. *f*, ap. 1º de La ley 19.549 originaria; art. 1º *bis* a (*i*) LNPA reformada por Ley 27.742) o, como lo indicó la CSJN en "Flores", con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, el "derecho a una instancia de participación previa al dictado de un acto administrativo de gravamen"[70]; (*ii*) el derecho

---

En suma: en esa sentencia la Corte IDH sostiene que si bien el artículo 8º de la convención americana se titula "garantías judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos *ante cualquier tipo de acto del estado* que pueda afectarlos. es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. en el párrafo siguiente señala que en virtud del amplio alcance del debido proceso "el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8º.1 y 8º.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes".

En "Ivcher Bronstein", en el que la autoridad administrativa competente canceló la nacionalidad del accionista mayoritario, director y presidente de un canal de televisión sin haberse comunicado antes de su emisión con la persona afectada, la Corte IDH estimó que la privación del título de nacionalidad por naturalización de interesado vulneró su derecho a la nacionalidad como también a la garantía del debido proceso legal. Básicamente, el Tribunal consideró que la decisión violó los derechos consagrados en los artículos 8º.1 y 8º.2 de la CADH. Específicamente, el Tribunal enfatizó que el art. 8º.1 de la CADH –en tanto reconoce el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente– *es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública no judicial afecte la determinación de sus derechos* (Corte IDH, caso "Ivcher Bronstein", sentencia del 6 de febrero de 2001, v. párrafos 104,105 y 110).

El mismo criterio se adoptó en "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa". En este caso, el Tribunal Interamericano reiteró que el debido proceso legal debe respetarse en procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (Corte IDH, caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", sentencia del 29 de marzo de 2006, v. párrafos 81 y 82).

En línea con la doctrina de estos precedentes se inscriben "Maldonado Ordóñez vs. Guatemala", sentencia de 3 de mayo de 2016; "Petro Urrego vs. Colombia", sentencia de 8 de julio de 2020; "Urrutia Laubreaux", de 27 de agosto de 2020; Corte IDH, caso "Exembajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala", sentencia de 17 de noviembre de 2021, entre otros.

En "López Mendoza vs. Venezuela", el Tribunal tuvo ocasión de valorar concretamente si la imposición de una multa al interesado había respetado el debido proceso.

En este caso el Tribunal consideró que, en las diferentes fases de los procedimientos administrativos de responsabilidad, se ofrecieron oportunidades y audiencias al interesado para la presentación de alegatos y pruebas. En tal sentido se señaló que la víctima tuvo una participación activa en los procedimientos que se siguieron en su contra, fue notificado del inicio de los mismos, pudo hacerse representar por abogados, presentó pruebas testimoniales y documentales, interpuso recursos, todo ello obteniendo pronunciamientos en atención a sus solicitudes. De acuerdo con esas constancias la Corte IDH consideró que no existió violación del derecho a la defensa por parte de las autoridades administrativas y judiciales que se pronunciaron respecto a la imposición de las sanciones de multa (Corte IDH, caso "López Mendoza vs. Venezuela", sentencia, de 1 de septiembre de 2011, v.párrafo 118).

70 Fallos: 346:12 ("Flores, María José c/ EN-M Público de la Defensa s/ Amparo ley 16.986", de 09/02/2023).

a una *decisión fundada* –en los hechos y el Derecho– emitida con prontitud[71]. En efecto: la decisión debe exhibir fundamentación o motivación suficiente, garantía ínsita en el debido proceso legal; y (*iii*) el derecho a que la Administración se pronuncie en tiempo oportuno, esto es dentro de un *plazo razonable*.

En el segundo momento de la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva se refugian las modulaciones producidas por la traslación de las garantías judiciales que, en función del debido proceso legal, reconoce el art. 8º de la CADH, al procedimiento administrativo[72]. Naturalmente, también son predicables las interpretaciones que realiza la Corte IDH en torno al art. 8º, CADH. Las garantías que, en función del debido proceso legal[73], reconoce el art. 8º de la CADH deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas[74]. Ello a efectos de alcanzar decisiones justas.[75] Cabe recordar que, según lo subraya la Corte IDH el pleno respeto de las garantías del debido proceso legal es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas *decisiones puedan afectar los derechos de las personas*. Las garantías que reconoce el art. 8º CADH procuran que las personas estén en condiciones de *defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos*[76].

La tercera fase de la tutela administrativa efectiva se vincula con el derecho subjetivo del particular no solo a una decisión fundada en derecho, sino también a una *decisión administrativa útil*. Ello significa que el acto terminal del procedimiento debe ser efectivizado en su propia naturaleza (*in natura*) e integridad, no mediante prestaciones sustitutivas.

El tercer momento, relativo a la *efectividad in natura* de la decisión que se adopte, lleva ínsito el derecho de solicitar y obtener medidas asegurativas, de

71 Conf. art. XXIV, DADDH.

72 Las garantías establecidas en el art. 8º de la Convención Americana suponen que las víctimas 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 éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades *antes* de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (conf. Corte IDH, "Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala", sentencia de 17 de noviembre de 2021).

73 Corte IDH, caso "Baena Ricardo Vs. Panamá". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 137.

74 Corte IDH, caso "Baena Ricardo vs. Panamá", párr. 127, y caso del "Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 167; caso "Maldonado Ordóñez VS. Guatemala", sentencia de 3 de mayo de 2016, párrafo 73.

75 Corte IDH, caso "Maldonado Ordóñez vs. Guatemala", sentencia de 3 de mayo de 2016, párrafo 73.

76 Corte IDH, "Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala, sentencia de 17 de noviembre de 2021.

protección cautelar –en sede administrativa y judicial–, que resulten idóneas para garantizar la utilidad y efectiva concretización in natura de lo decidido en el procedimiento administrativo. Concretamente, en el derecho a una decisión administrativa útil está incluido el derecho a una *tutela administrativa instrumental y provisional de urgencia,* de talante asegurativo. Las medidas cautelares administrativas no quedan limitadas a la suspensión de los efectos del acto. Comprenden además la tutela innovativa, positiva y naturalmente las medidas conservativas.

(iv) La garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis inc. a) de la LNPA reformada

Según lo estatuye el art. 1º *bis* LNPA la tutela administrativa efectiva comprende, básicamente, el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que refieran a sus derechos o intereses jurídicamente protegidos; el derecho a interponer recursos y al patrocinio y representación profesional; el derecho a ofrecer y producir prueba, lo cual conlleva el derecho a controlar la producción de la prueba; derecho a una decisión fundada, debiéndose considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas; derecho a que el procedimiento tramite y concluya dentro de un plazo razonable.

La versión legal de la *tutela administrativa efectiva* (art. 1º *bis*, LNPA) mantiene el núcleo duro de la garantía al debido proceso adjetivo, tal como estaba regulada en la versión originaria de la LNPA. En ese entendimiento, se incluye el insoslayable derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que pueda afectar derechos e intereses. Dentro de éste se insertan el derecho al recurso y a hacerse patrocinar y representar.

La norma –llamada a garantizar la tutela administrativa efectiva del interesado– flexibiliza el deber legal de realizar una audiencia pública en tanto se otorga una facultad discrecional de sustituir la audiencia pública por el mecanismo de consulta pública o aquél que resulte más idóneo para la mejor y más eficiente participación de los interesados. Se enfatiza que el contenido de las instancias participativas "no será vinculante" aunque se destaca que, para la emisión del acto, la Administración tiene el deber de considerar las principales cuestiones allí tratadas. Ciertamente en este aspecto será necesario examinar, caso por caso, si la facultad de optar por sustituir la audiencia pública por otro mecanismo de participación respeta o no el contenido esencial del derecho fundamental a la participación de usuarios y consumidores consagrado en el art. 42 CN. Básicamente será menester controlar la observancia de los subprincipios de adecuación y necesidad.

A la vez no podemos ignorar que el art. 1º *bis* inc. *a* ap. (*i*) tercer párrafo, LNPA reformada, en cuanto habilita a la Administración a "sustituir" a la audiencia pública establecida por leyes especiales regulatorias por otro mecanismo de consulta pública, no puede superar exitosamente el test de constitucionalidad

por cuanto una ley general (como es el art. 1º *bis a*, ap. (*i*), tercer párrafo LNPA) no tiene ni puede tener preeminencia sobre una ley especial, como v.gr. las leyes que específicamente regulan los servicios públicos o la protección del ambiente. La jurisprudencia es clara al respecto: *las normas especiales tienen, como tales, prevalencia sobre las normas generales*[77].

Cabe hacer notar que el estándar establecido en el art. 1º *bis a* (*i*), segundo párrafo, LNPA modificada por Ley 27.742, en cuanto establece que la Administración debe "considerar las principales cuestiones conducentes" planteada por los interesados en las instancias participativas, es predicable como regla general no solo para las audiencias públicas sino también en todo tipo de procedimiento en el que existan particulares interesados. Hace a la observancia del elemento esencial *procedimiento* la concreta y efectiva *valoración de argumentos y prueba* ofrecida por el interesado en respaldo de su derecho e intereses. Esta garantía está reconocida específicamente en el art 1º *bis a* (*iii*), LNPA.

Esa misma idea rectora también está presente en el art. 8º *bis*, LNPA, en cuanto se establece que la autoridad regulatoria deberá considerar fundadamente las opiniones vertidas en la consulta pública.

En segundo lugar, el art. 1º *bis a*) (*iii*) LNPA incluye el "derecho a ofrecer y producir pruebas". El legislador actual ha puntualizado que lo relativo a la producción de la prueba deberá contar con el oportuno control de los interesados y sus profesionales.

El tercer estadio de la tutela administrativa está consagrado en el art. 1º *bis a* (*iii*), LNPA. Allí se incluye el "derecho a una decisión fundada".

En línea con el art. 1º *bis a*) (*i*) segundo párrafo y 8º *bis*, LNPA, mencionada previsión normativa indica que la decisión deberá considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas, entre ellas, la prueba conducente para solución del caso. En puridad, este subinc. impone el deber de adecuada y suficiente motivación o fundamentación del acto.

Finalmente, en cuarto lugar, el art. 1º *bis a*) (*iv*) incorpora el "derecho a un plazo razonable". Más concretamente se impone el deber de que los procedimientos tramiten y concluya en un plazo razonable por decisión escrita y expresa. De este modo la reforma adopta el criterio sostenido por la CSJN en" Losicer"[78]y "Bonder Aron"[79], y sus citas.

77 CNCAF, Sala I, "Giustiniani Ruben c/ YPF" y sus citas, de 14.8.2014.

78 Fallos: 335:1126 ("Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA", cons. 8º- 2012).

79 Fallos: 336:2184 (2013).

(v) Procedimiento administrativo y dictamen jurídico previo

La segunda parte del art. 7º, inc. *d*), reformado por la Ley 27.742, mantiene el criterio originario en cuanto incluye el dictamen jurídico como parte del requisito esencial procedimiento.

Según la doctrina tradicional de la PTN el dictamen jurídico previo (a la emisión del acto administrativo que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos) tiene una doble finalidad. Por un parte constituye una garantía para los administrados pues impide a la Administración el dictado de actos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente. Por otro evita probables responsabilidades del Estado al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener[80]. El alto organismo asesor ha señalado también que el dictamen jurídico no puede constituir una relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas. Antes bien, debe constituir el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, a efectos de recomendar conductas acordes con el ordenamiento jurídico[81].

Volveremos sobre este punto en 2.1.*iii*.*e*).

(vi) Conclusiones

Un análisis comparativo inicial permite vislumbrar que regulación *legal* de la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, Ley 27.742) es una versión más comprimida de la labrada por la jurisprudencia en "Astorga Bracht". Concretamente: la norma legal prescinde del primer y tercer momento segmento: el acceso sin valladares a la Administración y el derecho a una decisión útil, efectiva. Esta última lleva ínsito la posibilidad de acceder un amplio catálogo de medidas administrativas de protección cautelar, en paralelo la Ley 26.854. Recuérdese que esta ley contempla el principio de *libre configuración cautelar* (art. 3º.1) al tiempo que regula diferentes clases o tipos de tutela asegurativa (arts. 13 a 17, Ley 26.854).

Por cierto, la regulación legal de la tutela administrativa efectiva doblemente incompleta. De un lado, ignora el primer y tercer momento de esa garantía, tal como lo entendió la CSJN en "Astorga Bracht". A la vez el legislador dejó pasar la oportunidad para incorporar las diferentes variables del procedimiento administrativo que guardan congruencia con la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana; derechos fundamentales inviolables que le son inherentes y principio pro persona. Concretamente, el legislador ignoró que era necesario regular un elenco de variables correctivas del procedimiento administrativo común clásico. De este modo se desdeñó la posibilidad de regular

80 PTN Dictámenes 243:98; 243: 216 y sus citas; 241:419, entre muchos otros.

81 PTN 324:27 y sus citas: v. Dictámenes 249:357; 268:234.

por vía legislativa el *procedimiento administrativo constitucional-convencional*; el *procedimiento administrativo urgente* y el *procedimiento administrativo colectivo*[82].

2. Segunda parte: Vicios en el procedimiento administrativo y amparo

2.1. *Vicios en el elemento "procedimiento administrativo" y sus consecuencias*

(i) Introducción

a) Los arts. 14 y 15[83] de la LNPA, reformada por Ley 27.742, regulan el régimen de las nulidades administrativas.

El art. 14 LNPA establece las causales de nulidad absoluta. La estructura de esta previsión normativa vincula el esquema de ordenación de los defectos graves, determinantes de nulidad absoluta, con los requisitos esenciales del acto enumerados en el art. 7º, LNPA.

La antedicha interconexión –entre requisitos esenciales y vicios que provocan la nulidad absoluta– no es completa. Así, el art. 14 inc. *b*) LNPA reformada no reconoce sustantividad al vicio en la motivación (art. 7º inc. *e*, LNPA).

El art. 15 LNPA, por su parte, contempla al acto administrativo afectado por vicios no graves. La ley lo describe como acto portador de "un defecto o vicio no previsto en el precedente art. 14". La ley vigente los califica como actos anulables o de nulidad relativa.

b) Las modificaciones introducidas por la Ley 27.742 en el régimen de la invalidez del acto administrativo se inspiraron en la Ley 39/15, de España (arts. 47 y 48) y en sus antecesoras, arts. 61 y 62 de la Ley 30/92, modificada por Ley 4/99. En estos cuerpos normativos –como ocurría con su fuente, los arts. 47 y 48 de la LPA española sancionada durante la dictadura franquista en 1958– los vicios determinantes de nulidad de pleno derecho están *tasados*; a la vez, el resto de las transgresiones al bloque de legalidad operan de manera residual como causales de anulabilidad del acto.

c) Ciertamente, el estímulo creativo e innovador que animó la introducción de modificaciones en el sistema nacional de nulidades administrativas plasmó un esquema de ordenación incompleto e insuficiente.

Existiendo modelos plausibles en el derecho público provincial (como v.gr., los arts. 51 a 71 de la Ley 9.003, de Mendoza o los arts. 66 a 68 de la Ley 1284, de

82 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 176 y ss.

83 "Artículo 15.- El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un *defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14*. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna".

la provincia de Neuquén, entre otros ordenamientos) la LNPA *reformada* reguló con nitidez y precisión solo algunos supuestos de ilegitimidad grave. Así sucede, v.gr., con los arts. 14, inc. *b*, ap. (*ii*) –relativo al vicio en la causa "por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado"–; al ap. (*iii*) –en cuanto atañe al vicio en el objeto cuando "no fuera cierto, física o jurídica posible"–; o en el ap. (*iv*) –en tanto y en cuanto se tipifica el acto que hubiere "omitido la audiencia previa del interesado"–.

A diferencias de las anteriores, otras causales de nulidad absoluta previstas en el art. 14, de la LNPA reformada, exhiben, en cambio, una inquietante *imprecisión*.

Esa falta nitidez –que conspira contra la previsibilidad y seguridad jurídica– está presente en los vicios de "abuso de poder" –art. 14 inc. *b* ap. (*v*)–; "violación grave del procedimiento" –art. 14 inc. *b* ap. (*iv*)–; el vicio en el objeto por no resultar "conforme a derecho" –art. 14 inc. *b* ap. (*iii*)–; "grave defecto en la formación de la voluntad del órgano colegiado" –art. 14 inc. *a*, ap. *v* (en relación con este vicio cabe señalar que ningún artículo de la ley *reformada* indica qué recaudos básicos de legitimidad debe reunir la voluntad del órgano colegiado art. 14 inc. *a* ap. (*v*)–. A todos estos se agrega la ausencia de toda mención a la carencia o vicio grave en el elemento *motivación*.

Cabe apuntar que la *indeterminación* también es la característica que informa a casi todos los denominados (nuevos) principios fundamentales del procedimiento administrativo (art. 1º *bis* de la LNPA, en su actual redacción).

Ciertamente, la reforma introducida por la Ley 27.742 al régimen legal de la invalidez limitó, en parte, el amplio margen de apreciación que el texto anterior del art. 14 de la LNPA le confería a la Administración para discernir el grado o magnitud de la ilegitimidad. Al objetivar con mayor precisión la configuración de "algunos" vicios graves la ley *reformada* redujo parcialmente la hipertrofia de la potestad anulatoria, una de las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho que pervivió en el derecho administrativo del Estado constitucional vigente en la república desde 1994.

Aún así, no podemos ignorar que tanto el art. 1 *bis*, al enunciar principios sin ninguna determinación como los arts. 14 y 15, LNPA reformada, *reservan espacios notoriamente abiertos* a la interpretación de la Administración y del juez, extramuros del estándar propiciado por la jurisprudencia actual del Alto Tribunal en cuanto, con fundamento en el art. 19 CN, impera a los poderes públicos a establecer "delimitaciones precisas" entre lo que se puede hacer, lo que se está obligado a hacer y lo que no se debe hacer para para no sufrir una sanción jurídica[84].

84 Fallos: 341:1017 (2018). Seguidamente el Tribunal sostuvo: "En efecto, 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

(ii) Regulación legal de los vicios en las formas. Los arts. 14, inc. b, ap. (iv) y 8º, segundo párrafo, de LNPA reformada

En lo que atañe a nuestra unidad de conocimiento, el art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA reformada por Ley 27.742, establece que el acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable cuando "*iv*) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable...".

El nuevo esquema de ordenación del acto administrativo abandona el sintagma "violación de las formas esenciales" previsto en el texto anterior del art. 14 LNPA. En el régimen vigente, el vicio en el procedimiento –determinante de nulidad absoluta– se configura a partir de la "omisión de la audiencia previa del interesado" (art. 14 inc. *b*, *iv*, primera parte) y de la "grave violación del procedimiento aplicable" (art. 14 inc. *b*, *iv*, segunda parte)[85].

Ciertamente, la precisión, nitidez y claridad de la primera causal ("omisión de la audiencia previa del interesado" cuando ella es requerida) contrasta con la *vaporosa* formulación de la segunda ("grave violación del procedimiento aplicable"). Esta última causal, en puridad, no parece diferir del esquema de ordenación anterior en el que se fulminaba con nulidad absoluta a la violación grave de las formas esenciales[86]. Sin embargo, el actual art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, plantea perplejidades relevantes en torno a la inclusión o no del vicio en la motivación y al impacto que produce el expreso reconocimiento de la tutela administrativa efectiva como contenido del elemento procedimiento.

En efecto: uno de los mayores enigmas que plantea la nueva ley reside en discernir si la falta de sustantividad del vicio en la motivación determina la anulabilidad del art. 15 LNPA o si, en cambio, su ausencia queda comprendida en el art. 14, inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, como supuesto de violación grave en el procedimiento

---

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: 341:1017 cons.7).

85 La expresión violación grave del procedimiento aplicable, incorporada por el art. 14 inciso *b*, *iv* la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) trae aparejada las mismas incertezas que violación de las formas esenciales, establecida en el texto anterior de la LNPA. A diferencia de lo que ocurre con otros ordenamientos (como v.gr., con el art. 47, inc. *e*, de la Ley 39/15 de España) en esta materia el legislador le ha conferido a la Administración un amplísimo margen de apreciación en torno al cual se discernirá la magnitud del vicio, con el consiguiente impacto sobre calificación del acto como regular o irregular.

86 A pesar de las modificaciones realizadas a los arts. 7º inc. *d*, y 14, inc. *b*, *iv*), LNPA, la distinción entre formas esenciales y no esenciales mantiene vigencia. El art. 1 *bis* incluye dentro de los principios del procedimiento administrativo, a la informalidad, entendiéndose por tal la excusación de la inobservancia por los interesados de las exigencias formales no esenciales, las que podrán ser cumplidas posteriormente.

A contrario, cabe interpretar que resulta inexcusable el cumplimiento de las formas esenciales.

aplicable. En este sentido es dable recordar que hasta la sanción de la Ley 27.742, la jurisprudencia, la doctrina administrativa de la PTN y la doctrina autoral predominante consideraban que el vicio grave en el requisito esencial motivación estaba incluido en la expresión "violación de las formas esenciales", del art. 14 inc. *b*, LNPA, según la redacción originaria. Como se indicó ese sintagma ("violación de las formas esenciales") resultó ahora sustituido por el art, 14 inc. *b* ap. *iv*, LNPA reformada, con lo cual desapareció la fórmula genérica que –implícitamente– contemplaba el vicio en la fundamentación.

En definitiva: un miraje inicial del art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, permite sostener que esta previsión legal regula solo una porción de los vicios en las formas (en sentido amplio), la que atañe a los defectos en el procedimiento determinantes de nulidad absoluta (sin embargo, como veremos más adelante, la falta de sustantividad del vicio en la motivación no impide que se lo considere incluido en el art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*) de la LNPA). Otra sección de los vicios en la forma (en sentido estricto) se encuentra regulada en el art. 8º, segunda parte, LNPA. A la vez, de acuerdo con el criterio residual consagrado en el art. 15, LNPA, las transgresiones a las formas que no se subsuman en los supuestos tasados del art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*) y art. 8º segunda parte, LNPA, darán lugar a la anulabilidad del acto.

Vicio en la "forma" y sus consecuencias

a) La doctrina francesa contemporánea puntualiza que Laferrière, en el último tercio del siglo diecinueve, confundió los vicios de forma y de procedimiento. Al respecto R. Chapus destaca que, si bien unos y otros son muy distintos, en la actualidad, algunos autores consideran que resulta conveniente reunirlos[87].

En el derecho administrativo de Argentina la locución *forma* es polisémica, exhibe pluralidad de significados. En torno a ella se han plantean discrepancias doctrinales[88] que impactan en su configuración, alcance y contenido.

Un miraje *restrictivo* asocia la *forma* del acto administrativo con los recaudos que éste debe cumplir en el momento de su exteriorización. Desde esta perspectiva la forma atañe al *medio a través del cual se expresa la declaración.* Está umbilicalmente asociada a la *exteriorización de la voluntad* al plano jurídico[89].

87 CHAPUS, René, *Droit Administratif général*, 15ª ed., Paris, 2001, T. 1, p.1037 y ss.

88 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, 2021, pp.228/230. Este autor señala que la forma se integra no solo con las formas de la declaración sino también con las que corresponden al procedimiento de integración de la voluntad y a los requisitos de publicidad necesarios para su vigencia.

89 CASSAGNE, Juan C., *Curso de derecho administrativo*, 12ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2018, T. I, p. 685 y ss.

Tempranamente la doctrina nacional señaló que la manera de producir la exteriorización del acto administrativo se la llama *forma*[90].

En la doctrina española la locución forma en sentido limitado se circunscribe al *modo de declaración* de una voluntad ya formada[91], al cauce de exteriorización[92] del acto.

b) Una visión *amplia* entiende que la forma no se agota en los recaudos relativos al modo de expresión o exteriorización de la declaración; comprende, además, el conjunto de formalidades y trámites que preceden a la emisión del acto, esto es, el proceso de elaboración –procedimiento de formación[93]–, su fundamentación y modo de exteriorización.

Así entendida la forma incluye (*i*) a los requisitos relativos *al modo de expresión* de la declaración; (*ii*) a los recaudos de elaboración y formación del acto *–procedimiento administrativo–* y (*iii*) a la explicitación de sus fundamentos *–motivación–*. Un sector minoritario de la doctrina agrega a la forma los aspectos tendentes a la publicidad *–notificación–*.

De consiguiente, según se adscriba a la posición restrictiva o amplia, el procedimiento administrativo, como requisito esencial del acto administrativo, quedará o no incluido dentro del concepto jurídico administrativo *forma*[94].

90 Zelaya, Simón, "Forma del acto administrativo" en AA.V., *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 62.

91 Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, Vol. I, Parte General, p. 610.

92 Beladíez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 75/ 76 y 95/96. Esta autora destaca que la forma incluye el proceso de formación de la voluntad administrativa como su forma de expresión una vez creada (p.117).

93 Garrido Falla, *Tratado... op. cit.;* Cassagne, Juan C., *Curso...,* p. 686. Para este autor la forma se integra no solo con las formas de la declaración sino también con aquellas que corresponden tanto al procedimiento de integración de la voluntad en el acto administrativo como a los requisitos de publicidad necesarios para su vigencia.

94 La forma, explica Fiorini, no se refiere solo a la instrumentación de la decisión definitiva sino también a la manera de desarrollar la actividad administrativa, es decir el procedimiento (Fiorini, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, segunda edición, Abeledo Perrot, 1971, pp. 27/28).

Por su parte, Marienhoff señala que forma, en la acepción restringida, es la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando, concreta y definitivamente, la voluntad de la Administración ya formada. Es la manera como se expresa o traduce el contenido de un acto ya formado. Sin embargo, según la acepción amplia, forma no solo comprende a la anterior, exteriorización del acto ya formado. Incluye también el conjunto de formalidades o requisitos que deben respetarse para llegar a emitir el acto. Según este criterio amplio se comprende tanto la expresión o exteriorización de la voluntad de la Administración como el proceso de formación del acto administrativo, lo cual se relaciona con el *procedimiento* de emanación del acto. Las formalidades del acto administrativo son requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al mismo. Las formalidades anteriores se refieren al procedimiento; las posteriores no conciernen a la validez del acto sino a la eficacia (Marienhoff, M., *op. cit.* pp. 244/246).

c) Ahora bien, como se indicó, dentro de la posición amplia hay quienes sostienen que la publicidad –concretamente, la notificación del acto particular– se erige en requisito esencial de validez del acto[95].

Al respecto, tanto la LNPA –antes y después de la Ley 27.742– como la jurisprudencia de la CSJN, consideran que la notificación es un requisito de

---

Según el esquema de ordenación normativo que rige el acto administrativo –Título III de la LNPA, modificada por Ley 27.742– la notificación es requisito de eficacia, mas no de validez. "Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia", prescribe el art. 11 de la ley reformada, "debe ser objeto de notificación al interesado". Del art. 11, LNPA, primera parte, se extraen dos conclusiones: la primera que, en según el régimen legal vigente, el acto administrativo –en tanto está destinado a tener efectos externos– preexiste al recaudo de eficacia, la notificación. Reza la norma: "para que el *acto administrativo* adquiera eficacia...". Por ende, según la ley, no parece apropiado afirmar que no existe jurídicamente acto administrativo antes de la notificación; para la ley, antes de la notificación, existe acto administrativo solo que aún no tiene eficacia externa, aunque sí los tiene internamente. La eficacia, según lo ha señalado la CSJN, es la posibilidad de producir efectos jurídicos (sobre todo en los supuestos en que el acto administrativo es de gravamen o desfavorable; estos efectos limitativos solo operan desde el momento de la notificación). Adviértase que la LNPA, al admitir cláusulas accidentales o accesorias "de un acto administrativo" incluye a la condición suspensiva, que no es sino un supuesto de acto administrativo con eficacia aplazada. También, cuando se dispone la suspensión de los efectos de un acto administrativo (art. 12, LNPA; art 13, de la Ley 26.854, de medidas cautelares en los casos en que es parte el Estado) la eficacia del acto queda paralizada, sin que, por esa razón, deje de existir el acto administrativo. En relación con los actos *ad referéndum* de la decisión de otro órgano la CSJN, en "Herpazana" (Fallos: 320:2808), puntualiza que "el acto aprobado existe por sí, *con independencia del hecho condicionante...".*

En segundo lugar, el propio art. 11 de la LNPA establece que la notificación es el recaudo necesario para que el acto administrativo adquiera eficacia, esto es, para la producción de efectos jurídicos. La posición asumida en este punto por la LNPA guarda congruencia con el pensamiento de M. Marienhoff para quien el acto administrativo "proyecta" efectos hacia lo externo, pues, según señala, el acto "tiende" a regular o disciplinar las relaciones de la Administración Pública con los administrados (op. cit., p. 180). En páginas posteriores el autor mencionado entiende que acto administrativo es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas productora de un efecto jurídico (op. cit., p. 212). En relación con el carácter de declaración *productora de un efecto jurídico,* Marienhoff aclara que ello concierne a que "los efectos del acto transcienden de la esfera interna de la Administración pública, incidiendo, por ejemplo, en el ámbito jurídico del administrado" y agrega: queda así excluido el *acto de administración* cuyos efectos se agotan dentro de la propia administración (p.213).

Consiguientemente, con arreglo al art. 11 de la LNPA, es dable concluir que según el esquema de ordenación legal anterior y actual existe acto administrativo antes de su notificación. La ausencia de este recaudo determina la falta de eficacia externa, mas no del acto administrativo. Un sector de la doctrina nacional considera a la notificación es recaudo de validez y no de eficacia como establece la ley y sostiene la CSJN en Fallos: 324:4289 ("La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT", de 11.12.2001).

95 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto Administrativo*, 2ª ed., Advocatus, 2019, p. 41.

eficacia del acto administrativo (tal como lo establece el art. 11 LNPA), mas no de validez[96].

d) Volviendo al alcance de la locución forma, cabe subrayar que la LNPA originaria contemplaba ambos significados, esto es, el restrictivo y el amplio, con exclusión de la notificación.

Así el art. 8º, en su redacción original, se refería a la forma en sentido restrictivo.

El art. 14, inc. *b*, LNPA, en cambio, al indicar los defectos determinantes de nulidad absoluta incluía la *violación* (grave) *de las formas esenciales*. La doctrina y la jurisprudencia eran contestes que el alcance de la expresión "forma" del art. 14 LNPA comprendía no solo a la ausencia de recaudos viscerales que atañen a la expresión del acto (v.gr. ausencia de firma o de expresión escrita) sino también a los vicios (graves) en el procedimiento previo (debido procedimiento administrativo previo) y la motivación (fundamentación).

e) En este punto, la Ley 27.742 introdujo cambios relevantes. Tomando como base el texto originario del art. 8º estableció que el acto administrativo se manifestará "expresamente y por escrito, ya sea en forma gráfica, electrónica o digital". Seguidamente prescribe que el acto "indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta". De consiguiente, la modificación incorporada por la Ley 27.742 al primer párrafo del art. 8º LNPA atañe a los modos de manifestación del acto escrito. Se introducen la forma gráfica, electrónica o digital.

El segundo párrafo del art. 8º, LNPA, agregado por la Ley 27.742 en 2024, regula las consecuencias que produce la inobservancia de los recaudos formales. Reza la norma: "[e]l acto que carezca de firma *no producirá efectos jurídicos de ninguna especie*. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de forma escrita salvo que las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta".

f) La Ley de Bases incorpora una segunda reforma al régimen de las formas del acto. Esta vez la modificación atañe al régimen de los *vicios* determinantes de la nulidad absoluta del acto. Concretamente la Ley 27.742 sustituyó del art. 14 inc. *b*), LNPA, el sintagma "violación de las formas esenciales", como causal de nulidad absoluta, por el siguiente: "(*iv*) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable".

96 La CSJN sostiene que "el acto administrativo sólo puede producir sus efectos propios a partir de la notificación al interesado y que la falta de notificación dentro del término de vigencia de la ley no causa la anulación del acto en tanto no hace a su validez sino a su eficacia (Fallos: 298:172; 306:1670; 307:321, 349 y 1936; 308:848)" (Fallos: 324:4289, "La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros c/ CNRT", de 11.12.2001).

En el esquema administrativo de ordenación anterior la violación de las formas esenciales establecida en el art. 14 inc. *b*, LNPA, comprendía, según la doctrina y la jurisprudencia, a los vicios graves en el procedimiento, la motivación y el modo de exteriorización del acto.

La nueva redacción elimina del art. 14 inc. *b*) el significante "forma" y con él sobrevienen dudas, sobre todo en cuanto atañe a los vicios en la motivación.

En efecto. El art. 14 inc. *b* ap. *iv*) LNPA reformada contempla como vicio determinante de nulidad absoluta a: (*i*) la omisión de la audiencia previa del interesado, esto es, el primer momento de la garantía a la tutela administrativa efectiva; (*ii*) la grave violación del procedimiento aplicable, es decir, el vicio grave en el debido procedimiento administrativo previo; (*iii*) deja fuera a las consecuencias de los vicios en la forma como modo de exteriorización o expresión del acto. El régimen de la forma, en sentido restrictivo, se autoabastece en el art. 8º; (*iv*) un miraje lo superficial excluiría de esta previsión normativa al vicio grave en la fundamentación o motivación del acto.

El sintagma "grave violación del procedimiento aplicable", es una formula tan vaporosa como su antecesora, "violación en las formas esenciales". La pregunta que cabe formular es si esa expresión resulta o no más acotada que la sustituida. A primera vista la ausencia de motivación suficiente ajena a la formulación legal del art. 14 inc. 3 ap. *iv*) LNPA.

g) En el esquema de ordenación introducido por la Ley 27.742 la forma tiene el "alcance restrictivo" que le confiere el art. 8º LNPA. La locución forma queda reservada a la manifestación *expresa* y por *escrito* del acto, *a la indicación del lugar* y *fecha* y a *firma del titular del órgano emisor.*

El art. 8º LNPA reformada está atravesado por dos parcelas de la teoría del acto. De un lado, se establece el contenido o configuración del elemento esencial forma (en sentido restrictivo)[97]; de otro, se regulan las consecuencias que emanan de la transgresión[98].

h) En relación con los efectos que produce la inobservancia de forma, en sentido restrictivo, los profesores Mairal y Veramendi entienden que la consecuencia que el art. 8º, segunda parte, le imputa a la carencia de firma y expresión expresa y por escrito acarrea un supuesto de acto inexistente[99]. Para arribar a esa conclusión Mairal-Veramendi toman en cuenta que la previsión legal, en

97 El art. 8º establece que "el acto administrativo se manifestará expresamente y por *escrito*, ya sea en forma gráfica, electrónica o digital; indicará el *lugar* y *fecha* en que se lo dicta y contendrá la *firma* de la autoridad que lo emite".

98 Según el segundo párrafo del art. 8 "el acto que carezca de *firma* no producirá efectos jurídicos de ninguna especie. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de *forma escrita* salvo que las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta".

99 MAIRAL, Héctor -VERAMENDI Enrique, "La reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos", diario *LL* de 12-7-2-24, p. 3 y su nota.

su literalidad, prescribe que "el acto que carezca de firma *no producirá efectos jurídicos de ninguna especie*. Lo mismo ocurrirá con el que carezca de *forma escrita...*".

No coincidimos con la posición de estos autores.

Consideramos, en cambio, que la situación mentada en el art. 8º, segundo párrafo, constituye un supuesto de *inexistencia de acto* (mas no acto administrativo inexistente). Ello es así por cuanto sin firma o sin expresión escrita –en cualquiera de sus variables: gráfica, digital o electrónica– el supuesto acto, desde el punto de vista material, no ha nacido en su materialidad. Sin firma o expresión escrita está ausente la declaración material imputable a un órgano. Cabe recordar que la "declaración" es el sustrato material del acto administrativo.

La CSJN señaló que un beneficio previsional otorgado sin la firma de la autoridad facultada para emitir ese acto *"carece de un presupuesto esencial para su existencia"* [100].

Ciertamente, la *inexistencia de acto* no se confunde ni asimila el acto jurídico inexistente. Este es un instituto ajeno a la LNPA. En los sistemas que han adoptado esta categoría, el acto inexistente remite a un acto administrativo afectado de una grosera ilegitimidad. Aun cuando la mala técnica legislativa califique erróneamente como acto a una manifestación sin firma o carente de forma escrita, el supuesto previsto en el art. 8º en modo alguno puede ser considerado como acto inexistente. Como se indicó esta categoría es extraña al sistema de la invalidez consagrado en la LNPA (conf. arts. 14 y 15).

La ineficacia mentada en el art. 8º emana de la *ausencia material de declaración imputable al órgano*. La situación regulada en el art. 8º segundo párrafo no se confunde con el acto administrativo inexistente, tal como lo regulan las Leyes 9.003, de Mendoza; 1.284, de Neuquén; 5.348, de Salta o el Código de Procedimientos Administrativos de Corrientes.

i) Bien diferente es el supuesto de la falta de fecha. La jurisprudencia especializada, sostiene que esa situación no comporta un vicio de gravedad suficiente como para determinar la invalidez del acto administrativo. Con lo cual quedaría subsumido en el art. 15, LNPA. Salvo que la data del acto resulte un elemento relevante para determinar el cumplimiento de requisitos concernientes a la actuación del órgano o representante estatal, o para examinar el contenido y pautas temporales del acto en cuestión[101].

100 Fallos: 326:1657 ("Vázquez, Nelly c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos" de 20/05/2003).

101 CNCAF, sala III, "Pantaleoni de Valitutto, Pierina y otros v. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Entel Residual", de 11-2-2010.

Vicios en el procedimiento

Según el art. 14 inc. *b*) ap. (*iv*) LNPA, el vicio en el requisito esencial procedimiento exhibe dos variables. Por un lado, la *omisión de audiencia previa* al interesado; por otro, la *violación grave en el procedimiento aplicable*.

a) La omisión de audiencia previa al interesado como vicio constitucional del acto administrativo

El art. 14 inc. *b*), ap. (*iv*), primera parte, establece que es de nulidad absoluta el acto que *hubiere omitido la audiencia previa*. De este modo, la ley sanciona la falta o ausencia de participación defensiva adecuada del interesado con anterioridad al dictado del acto administrativo de gravamen. La misma situación se presenta en los denominados actos administrativos de *doble efecto* en cuanto atañe a las consecuencias desfavorables que aquél produce sobre la esfera de inmunidad de uno de los interesados.

El vicio tipificado en el art. 14 inc. *b* (*iv*) constituye la transgresión grave a una de las partes que conforman el contenido del elemento esencial "procedimiento" (art. 7 inc. *d*, LNPA). Puntualmente, el art. 14 inc. *b* ap. (*iv*) tipifica la transgresión al primer segmento de la tutela administrativa efectiva, el derecho de la persona a ser oída "*antes"* de la emisión de actos que se refieran a sus derechos o intereses jurídicamente tutelados (art.s 7º inc. *d* y 1º *bis*, *a*) ap. *i*).

Ciertamente, dado que el derecho a ser oído (art. 8.1 CADH) comprende el derecho de toda persona a *tener acceso* al órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones[102], también se configura un vicio determinante de nulidad absoluta cuando se deniegue al particular la posibilidad de acceder sin valladares al procedimiento administrativo.

La obligación de dar a cada parte la justa oportunidad de ser oída se presenta como postulado de buena administración y buen procedimiento legal, señala con acierto Wade[103]. *Escuchar a la otra parte*[104], puntualiza este autor, es una regla fundamental de justicia natural[105], consustancial al procedimiento justo o debido proceso.

102 Corte IDH, "Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala", sentencia de 17 de noviembre de 2021.

103 WADE, H.W.R., *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, pp. 272/274.

104 Esta regla hizo su aparición en el Jardín del Edén, cuando Adán es llamado por Dios para imputarle haber comido el fruto del árbol prohibido "antes" de ser expulsado del paraíso (WADE, *op. cit.,* p.272).

105 El autor citado subraya que las dos reglas básicas de justicia natural –ningún hombre podrá ser juez de su propia causa y ningún hombre podrá ser condenado sin ser oído– si bien son postulados indispensables a toda administración de justicia, se aplican también a los actos administrativos. Finalmente subraya que en *rule of law* la violación de la justicia natural hace que la decisión sea nula (WADE, *op. cit*,. 250/251).

Oír al interesado *antes* de emitir un acto que afecte sus derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos, es una garantía mínima fundamental en el Estado constitucional vigente en la república.

Esta garantía, consustancial al *debido proceso legal* (arts. 18, CN; 8º CADH) e ínsita en la *tutela administrativa efectiva* –art. 1º *bis*, inc. *a*, (*i*), LNPA reformada– es un límite infranqueable al ejercicio de las prerrogativas administrativas que producen consecuencias desfavorables sobre la esfera vital de inmunidad de las personas.

La concreta tipificación de la *omisión de la audiencia previa* y la consecuente sanción de la *nulidad absoluta* prevista para el acto administrativo que incurra en ese vicio, constituye un valladar insalvable a la tendencia jurisprudencial que, por conducto de la denominada teoría de la subsanación, admite la convalidación –en sede administrativa y judicial– de actos administrativos desfavorables emitidos sin brindar, de manera previa, la oportunidad de oír (y también, de valorar argumentos y pruebas) a quien resulte afectado en sus derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos. En lo que atañe al acto administrativo, no tenemos dudas que la pervivencia de la teoría de la subsanación en cuanto atañe a las diferentes parcelas que conforman el debido proceso legal debilita severamente la fuerza normativa de la Constitución Nacional.

Por cierto, la omisión de la audiencia previa del interesado, tipificada en el 1 *bis a*, ap. (*i*), LNPA, es algo más que un vicio puramente administrativo afectante de uno de los requisitos esenciales del acto (arts. 7º, inc. *d* (*i*) y 1 *bis a*, ap. (*i*), LNPA). Constituye una *transgresión directa de la Constitución Nacional convencionalizada* (arts. 18 CN; 8º CADH[106]).

106 La Corte IDH subraya que la aplicación del art. 8º de la Convención Americana relativo a las Garantías Judiciales, no se limita a recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" para que las personas puedan *defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos*. Señala que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 8º.1 de la Convención, en la *determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter* las personas tienen *derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.* El incumplimiento de alguna de esas garantías implica la violación de dicha disposición convencional. El Tribunal interamericano enfatiza que el pleno respeto de las garantías del debido proceso legal es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas *decisiones puedan afectar los derechos de las personas*. Explicita que el debido proceso legal, reconocido en el art 8º CADH, se refiere al *conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales* a efectos de que las personas estén en condiciones de *defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.* El Tribunal interamericano subraya que el derecho a ser oído (art. 8º.1, CADH) comprende el derecho de toda persona a *tener acceso* al órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. También supone el derecho a contar con *amplias posibilidades de ser oída*, de formular sus pretensiones y *presentar elementos probatorios* y *que éstos sean analizados de forma completa y seria* por las autoridade*s antes* de que se resuelva sobre

La omisión de oír y escuchar al interesado *antes* de la emisión del acto de gravamen conlleva la *supresión del contenido esencial del derecho defensa* en el procedimiento administrativo.

Este supuesto de indefensión constituye, a la vez, una flagrante violación de la garantía fundamental a la tutela administrativa efectiva (art. 18, CN; 8º CADH; arts. 7º, inc. *d* (*i*) y 1º *bis a*, ap. (*i*), LNPA). En estas condiciones, la emisión de un acto desfavorable que *omite la participación defensiva previa* del interesado revela que el procedimiento no ha sido *conducido en legal forma*, como exige la CSJN en el consid. 7º de "Astorga Bracht" (2004).

El acto administrativo (desfavorable o de gravamen) que omite la audiencia previa del interesado incurre, desde el punto de vista técnico, en una *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada* por cuanto *suprime el contenido esencial de una garantía fundamental (tutela administrativa efectiva) reconocida en el bloque de constitucionalidad.*

Ahora bien, el acto administrativo que prescinda de alguno de los otros segmentos o partes de la tutela administrativa efectiva consagrada en el art. 1º *bis* a, LNPA –como, v. gr., el acto que desconozca el derecho a ofrecer y producir prueba (art. 1º *bis a*, ap. *ii*); o el que ignore el derecho a una decisión fundada en Derecho (art. 1º *bis a*, ap. *iii*) o el que desdeñe el derecho a un plazo razonable en la tramitación y conclusión del procedimiento (art. 1º *bis a*, ap. *iv*); o aquel otro que omita el derecho a participar en una audiencia pública cuando una norma legal especial así lo disponga (art. 1º *bis a*, ap. *i*)– también incurre en una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada (art. 18 y 75.22, CN; 8º, CADH; arts. 7º, inc. *d* (*i*) y 1º *bis a*, ap. (*i*), LNPA). Sin embargo, en virtud de la redacción de la norma, estos vicios constitucionales se subsumen en la segunda variable del art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*) de la LNPA: grave violación de procedimiento aplicable.

En razón de la naturaleza y grado o magnitud de la ilegitimidad, el acto administrativo que omite la audiencia previa del interesado es un acto administrativo *irregular* (art. 17 LNPA). Por cierto, también será irregular el acto administrativo que omita o ignore las demás garantías contempladas en el derecho a la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, *a*, LNPA).

Aun cuando un sector de la jurisprudencia considera inaplicable la subsanación solamente cuando se verifica una relación de causalidad entre el vicio en el procedimiento y el objeto –esto es, cuando el vicio de forma influye decisivamente sobre el fondo de la decisión, tal como ocurre con las nulidades procesales–, consideramos que la inmediata eficacia (obligatoriedad) del acto administrativo

---

hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (Corte IDH, "Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala", sentencia de 17 de noviembre de 2021).

impide transpolar el régimen de las nulidades procesales al régimen jurídico del acto administrativo[107].

El Estado constitucional –esto es, el *Estado de los derechos fundamentales*– no admite que las decisiones ejecutorias de gravamen emitidas con grave violación de *las garantías mínimas que, en función del debido proceso legal, reconoce la Constitución Nacional convencionalizada* puedan ser luego convalidadas por vía de la subsanación, en sede administrativa o judicial. En este, como en otros supuestos análogos, la aplicación de la teoría de la subsanación debilita seriamente la fuerza normativa de la Constitución.

b) La indefensión en sede administrativa según la jurisprudencia de la CSJN

La indefensión, originada en la falta de audiencia previa, ha tenido un tratamiento dispar en la jurisprudencia.

Así, en "Trama"[108], el Tribunal sostuvo que el acto administrativo que *revoca el acto otorgante de un beneficio previsional* presupone que el interesado ha tenido la "participación adecuada en los procedimientos permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; art. 1º, inc. *f*, Ley 19.549; Fallos: 305:307)". En este marco, el Tribunal consideró que la sentencia del a quo resultaba arbitraria por cuanto no tuvo en cuenta que la decisión administrativa anulatoria no respetó la susodicha garantía.

En "Copa"[109] la CSJN consideró que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios –arts. 48 de la Ley 18.037 y 15 de la Ley 24.241– existen a condición de que dicha nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y "presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio" arts. 18 de la CN y 1º, inc. *f*, de la Ley 19.549".

Dos conclusiones iniciales se extraen de ambos fallos.

La primera: el acto administrativo anulatorio debe cumplir con todos los requisitos esenciales de legitimidad consagrados en el art. 7º LNPA, entre los

107 Recordemos que el acto administrativo tiene una particularidad: modifica por sí mismo, de manera inmediata, la situación sustancial del particular. Esto es, sin necesidad de homologación judicial el acto, en virtud de su inmediata eficacia obligatoria (ejecutividad), genera por sí mismo una situación pasiva o disminuye una situación activa. A la vez, a diferencia de lo que sucede en el proceso judicial, los medios de impugnación de los actos administrativos, como v.gr. el recurso administrativo, carecen de efecto suspensivo (conf. art. 12, LNPA). Tampoco la interposición de la demanda suspende los efectos del acto.

108 Fallos: 319:2783 (1996).

109 Fallos: 324:1403.

cuales se encuentran el deber de observar los procedimientos previstos en las normas (reglas y principios) que componen el ordenamiento jurídico. Dentro de esas normas se aloja el respeto por la garantía de del debido proceso adjetivo (art. 18, CN; art. 1º inc. *f*, LNPA en su redacción originaria), hoy absorbido o colonizado por la garantía a la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, LNPA reformada).

De ambos fallos se extrae, además, una segunda conclusión: la falta de adecuada participación previa del interesado en el procedimiento preparatorio de un acto desfavorable determinativo de derechos, conlleva a la nulidad absoluta del acto. Este criterio rige tanto en el régimen anterior y se consolida en el sistema vigente (art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA).

En "Vázquez Nelly"[110], la CSJN consideró que la Administración incurrió en inobservancia del procedimiento debido en cuanto se dispuso la suspensión de hecho de prestaciones previsionales sin que el particular hubiese tenido la oportunidad de ser oído. La susodicha suspensión, puntualizó el Tribunal, se realizó "con desprecio de las reglas del debido proceso adjetivo que imponían oír a la parte, asegurar su derecho de defensa y dictar una resolución fundada (conf. art. 18 de la Constitución Nacional; art. 1º, inc. *f*, de la Ley 19.549)". En este pronunciamiento la Corte reiteró que la facultad conferida por el art. 15 de la Ley 24.241 de suspender, revocar, o sustituir por razones de ilegitimidad a las resoluciones que otorgan beneficios previsionales aunque se hallen en curso de pago se podrá ejercer "a condición de que dichas razones sean fehacientemente probadas, se dé a los interesados participación adecuada en los procedimientos y se dicte resolución fundada (Fallos: 319:2783; 324:1403, y sus citas)".

En esta misma sentencia el Tribunal señaló que un beneficio previsional otorgado sin la firma de la autoridad facultada para emitir ese acto "carece de un presupuesto esencial para su existencia". Sustentó esa consideración en los arts. 7º y 8º de la LNPA, 944, 946, 951 y 979, inc. 2º, del Código Civil de Vélez y en Fallos 323:2631, "Lapalma"). Si bien la Corte señala que la ausencia de firma de la autoridad determina que el pretendido acto "carece de un presupuesto esencial para su existencia" e invoca el fallo dictado en "Lapalma", en el que se alude al acto jurídico inexistente, en puridad cabe interpretar que, en la especie, estamos frente a un supuesto de *inexistencia (material) de acto administrativo.*

En "Parra de Presto"[111] se presentó una situación particular. Un municipio de la provincia de Buenos Aires dispuso la cesantía del actor. Contra este acto la afectada interpuso recurso administrativo dentro de los diez días como establecía la Ordenanza 267/77; sin embargo, el recurso fue rechazado por extemporáneo por cuanto el plazo para recurrir, según la norma municipal aplicable, era de veinticuatro (24) horas.

110 Fallos: 326:1657 ("Vázquez, Nelly c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos" de 20/05/2003).
111 Fallos: 316:2539 (1993).

El alto tribunal sostuvo que la naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas con respeto a los principios del debido proceso, para la cual es menester contar con la *adecuada oportunidad de audiencia y prueba*, extremos que *no se satisfacen con el exiguo plazo de veinticuatro (24) horas concedido al recurrente* toda vez que no es dable pensar que se pueda preparar en ese término el descargo y ofrecimiento de prueba. Se destacó que el interesado debió contar con un plazo razonable para fundar adecuadamente el recurso. La interposición inoportuna del recurso, dijo el alto tribunal, no obedece a una negligencia sino a la imposibilidad de deducirlo en un plazo extremadamente breve.

En ese entendimiento la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza municipal –sancionada durante período de quiebre institucional– mediante la cual se fijaba el plazo de veinticuatro (24) horas para impugnar la sanción de cesantía. El Tribunal enfatizó que la susodicha ordenanza repugna la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. En este pronunciamiento la CS rechazó, por razones meramente formales, la aplicación la teoría de la subsanación en sede judicial propiciada por el tribunal a quo. En tanto el recurso fue interpuesto dentro de los diez (10) días, y en el plazo de veinticuatro (24) horas como establecía la ordenanza, la falta o tardía interposición del recurso de revocatoria frustraba, en virtud del régimen de agotamiento de la vía administrativa, la posibilidad del control judicial.

En "Machado"[112], la CSJN dejó sin efecto la sentencia dictada por la Cámara por la cual se confirmó la sanción de exclusión de la matricula a un abogado.

Para llegar a esa decisión el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, sostuvo que de las constancias del proceso disciplinario llevado adelante por ante el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) este manifestó que se había escuchado la cinta de una audiencia de vista. Sin embargo, de las pruebas producidas en el proceso surge que esa audiencia nunca se llevó a cabo (la demandada sostuvo que la audiencia de vista no se realizó porque no iban a haber testimonios, por lo tanto, concluyó, era innecesaria: bastaba con la prueba instrumental aportada para evaluar los hechos). El alto Tribunal consideró que se estaba en presencia de un vicio en la causa (art. 7º, inc. *b*, y 14 inc. *b*, LNPA) y de una *lesión a la garantía del debido proceso adjetivo* lo cual determinaba la nulidad del acto en cuestión.

En "Fino s/ Amparo"[113], la CSJN, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que consideró legítima a la extinción del vínculo laboral por la causal de abandono de servicio (art. 244 de la

112 Fallos: 334:1372 ("Machado Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", de 15.11.2011).

113 Fallos: 346:32 ("Fino, Daniel Alberto c/ ANSES s/ Acción de Amparo" de 9.2.23).

Ley de Contrato de Trabajo, LCT) decidida por la ANSES. El Tribunal sostuvo que la sentencia desestimatoria de la pretensión de amparo resultaba arbitraria por cuanto el *a quo* no examinó ni evaluó si el Reglamento de Investigaciones Administrativas resultaba aplicable a la especie y si, consiguientemente, *correspondía que el organismo iniciara sumario administrativo previo que asegurase el derecho de defensa y debido proceso.* La Corte entendió que el pronunciamiento resultaba arbitrario por cuanto omitió el tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por el recurrente y por falta de fundamentación adecuada, lo cual afecta la defensa en juicio y el debido proceso legal.

En "Flores s/ Amparo"[114] el Tribunal vuelve a poner de manifiesto la vital y decisiva relevancia de la participación defensiva previa a la emisión del acto administrativo sancionador. En este caso se decidió que resulta procedente la pretensión de amparo contra el acto administrativo que dispuso el cese de una agente del Ministerio Público de la Defensa –en tanto se dejó sin efecto la designación interina– con fundamentos en falta de servicio (no mantener buen trato y cordialidad con sus pares, incumplimiento de horario e inasistencias). Si bien la autoridad administrativa consideró que en virtud del régimen jurídico que regula la situación de la amparista (la agente era de planta no permanente) no se requería el sumario previo (pues solo estaba establecido para personal permanente, mas no para el transitorio o contratado), el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, sostuvo que el amparo era la vía idónea por cuanto no es necesaria mayor sustanciación y prueba para resolver una cuestión básicamente de derecho toda vez que, en la especie, la cuestión atañe al procedimiento aplicable para proceder a la remoción de la actora. En relación con el fondo se sostuvo que el acto administrativo que dejó sin efecto la designación interina de la actora no aludió a la falta de estabilidad sino que se dieron por terminadas sus funciones porque se habrían constatado faltas de servicio. De este modo se consideró que la resolución tiene una clara naturaleza disciplinaria, ajena a las consecuencias autónomas de la falta de estabilidad.

En virtud de la *naturaleza disciplinaria* de la decisión, el Tribunal sostuvo que "se le debió dar a la agente la posibilidad de ejercer su legítimo derecho de defensa con arreglo al art. 18 de la Constitución Nacional". En efecto: la Administración, al decidir el cese del interinato sin ninguna forma de sustanciación previa, *imposibilitó el descargo, la producción y el ofrecimiento de pruebas* por parte de aquélla, *violándose las formas sustanciales* de la garantía constitucional de la defensa que incluye la de asegurar al inculpado la *posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho*, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos administrativos.

114 Fallos: 346:12 ("Flores, María José c/ EN-M Público de la Defensa s/ Amparo ley 16.986", de 09/02/2023).

El ejercicio del poder disciplinario, destacó, requiere para su validez "la observancia del principio de legalidad y de la garantía del derecho de defensa". Con respaldo en lo decidido en "Astorga Bracht" la sentencia puntualizó que la resolución administrativa impugnada no solo contradice el art. 18 de la Constitución Nacional sino también las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto 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, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º, inc. 3º aps. *a* y *b*, y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por su parte, el voto del juez Rosatti sostuvo que, independientemente de la exigencia del sumario administrativo previo frente al tipo de vínculo de la actora con la empleadora, "la agente contaba con el derecho a ser oída antes del dictado del acto administrativo que la afectó (art. 1º, inc. *f*, ap. 1º de la Ley 19.549)". En estas condiciones se revocó la sentencia que rechazó el amparo por inadmisible (art. 2º, inc. *d*, Ley 16.986).

c) Las modulaciones del derecho de defensa según la naturaleza de preventiva y sancionadora del acto administrativo

En "Vespasiani s/ Amparo"[115], suspensión de los efectos de un acto administrativo, la Corte asume una posición que, en su superficie, exhibe diferencias con respecto a las anteriores. Esta sentencia realiza una importante modulación del régimen jurídico de la suspensión de un acto estatal según su naturaleza sea preventiva o sancionadora.

En efecto: en "Vespasiani" la Corte señaló que la *suspensión administrativa preventiva y provisional no se confunde con la imposición de una sanción administrativa* –disciplinaria o represiva– llamada a restaurar el orden jurídico infringido. Consiguientemente, el Tribunal consideró que correspondía revocar la sentencia de la Cámara que hizo lugar a la pretensión de amparo y declaró la nulidad del acto administrativo que suspendió al actor en el Registro de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas sin que, de modo previo, se hubiese permitido ejercer la defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. El fundamento brindado por la sentencia reside en que *la suspensión temporaria y provisional del interesado no se adoptó con la finalidad sancionatoria* de herir de manera definitiva al presunto infractor en su patrimonio sino para proteger el erario público hasta que concluyeran las tareas de fiscalización que el ente recaudador se encontraba obligado a realizar. Una de las conclusiones que se extrae de esta decisión de la Corte es que, en virtud de la naturaleza asignada, la suspensión

115 Fallos: 345:1394 ("Vespasiani, Mario Oscar c/ AFIP s/ amparo ley 16.986", de 15/12/2022).

no sancionatoria –dispuesta con carácter cautelar o preventivo por la propia administración– podrá ser decidida sin previa participación previa del interesado.

d) El derecho de defensa en sede administrativa y la denominada teoría de la subsanación

d.1) La subsanación de los vicios de forma en jurisprudencia de la CSJN

La garantía del debido proceso adjetivo, colonizada ahora por la tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, LNPA reformada), exhibe una fragilidad insospechada: los embates persistentes de la denominada teoría de la subsanación. Su aplicación –en tanto enerva el contenido esencial del debido proceso legal y la tutela administrativa– constituye el caballo de Troya del derecho administrativo labrado extramuros del Estado de Derecho y, de su decantación, el Estado constitucional.

Ciertamente, la expresa sustantividad que la Ley 27.742 le confiere al vicio de omisión previa de la audiencia del interesado, se encamina a ser un serio valladar para la aplicación de esa teoría en los supuestos de actos afectados por una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución convencionalizada.

Esta teoría conlleva la extraña característica de autorizar el saneamiento, en sede administrativa o judicial, de actos administrativos (irregulares) aquejados por vicios graves, determinantes de nulidad absoluta, en las formas.

La jurisprudencia admite, aunque selectivamente, la aplicación de la teoría de la subsanación, en sede administrativa y en sede judicial. Llamativamente, el restablecimiento del Estado de derecho, en 1983, no modificó los criterios dominantes en períodos de quiebre institucional. La incorporación de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, tampoco ha impactado decisivamente en esta materia.

d.1.1) Un caso emblemático aplicación de la teoría de la subsanación en el derecho administrativo del Estado de derecho se presenta en "César y Antonio Karam"[116]. En este precedente se cuestionaba un acto administrativo del Poder Ejecutivo provincial que dispuso el decomiso de pieles, cueros y plumas y la sanción de multa e inhabilitación por transgresión al régimen de la Ley 22.421, sobre conservación de fauna silvestre. En su defensa, el actor alegó la violación del debido proceso administrativo.

La CSJN sostuvo que no existe violación del derecho de defensa si el supuesto afectado no destaca (i) qué pruebas o defensas se vio privado y (ii) cuál sería la incidencia que habrían tenido en la decisión del caso.

116 Fallos: 310:360 (1987).

Este pronunciamiento sustenta esa posición en Fallos: 300:1047[117] y 302:1564. Ambas sentencias fueron dictadas durante el período de interrupción del orden democrático.

En "César y Antonio Karam" la CSJN puntualiza que frente a la decisión de una autoridad administrativa no se atenta contra la garantía de defensa en juicio "en tanto se otorgue al justiciable la oportunidad de ocurrir ante el órgano judicial con el fin de que cualquier decisión de dicha autoridad sea materia del consiguiente control".

Seguidamente sostiene que "al margen de lo actuado en el procedimiento administrativo", el justiciable "tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho que dice conculcado en el proceso judicial posterior", esto es, pudo subsanar el supuesto vicio de forma en sede judicial. Esta afirmación se respalda en la sentencia registrada en Fallos: 297:233 de 1977[118], también dictada en tiempos de interrupción del orden institucional.

d.1.2) Ya con posterioridad a la reforma constitucional, la CSJN se pronunció en "Formosa, provincia de (Banco de la Provincia de Formosa) c/ Dirección General Impositiva"[119]. En lo que atañe al objeto de estudio, los hechos del caso exhiben que la autoridad administrativa denegó la producción de una prueba (pericial) ofrecida por la actora en el procedimiento administrativo. La CSJN sostuvo que la denegación del peritaje en sede administrativa, que ulteriormente fue admitido y producido, no es idónea, por sí misma, para configurar un vicio

117 En Fallos: 300:1047, de 1978, la Corte designada por el gobierno de facto sostuvo que No procede el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa si el recurrente *no destaca de qué pruebas o defensas se vio privado* y *cuál sería la incidencia que ellas habrían tenido en la decisión del caso.*

Este pronunciamiento se respalda en Fallos: 278:280, de 1970, en donde la Corte compuesta por magistrados designados por quienes interrumpieron el orden institucional, sostuvo que no procede el recurso extraordinario fundado en la violación del derecho de defensa, si el recurrente pudo expresar con amplitud sus razones por las cuales estimaba injusta la *cesantía* decretada por el Poder Ejecutivo *y no destacó de que pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que habrían tenido en la resolución.*

Cabe alertar que la doctrina labrada en Fallos: 300:1047(y también en 302:1564) sustenta las decisiones registradas en 342:903 y 342:1343, ambas de 2019. En ambos pronunciamientos el alto Tribunal vuelve a señalar que "resulta aplicable la reiterada jurisprudencia de esta Corte según la cual no procede el recurso extraordinario, fundado en la pretendida violación de la defensa en juicio, si el recurrente no precisa de qué pruebas o defensas se vio privado y cuál sería la incidencia que aquellas habrían tenido en la decisión del caso".

118 En Fallos: 297:233, de 1977, la Corte designada por el gobierno de facto, sostuvo que si en el procedimiento judicial posterior a las actuaciones administrativas la recurrente tuvo ocasión de ejercitar en plenitud el derecho de defensa que se invoca como conculcado, esta circunstancia basta para desestimar sus agravios toda vez que dicha parte no ha producido prueba alguna que justifique rever la decisión administrativa.

119 Fallos: 331:2769.

de tal entidad como para declarar la nulidad del acto determinativo del impuesto. Afincada en precedentes anteriores sostuvo que "la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente" (Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134). Agregó que al haberse producido el peritaje contable en sede judicial no resultan atendibles los planteos de la impugnante (Fallos: 247:52). Y concluye: el hipotético gravamen que le habría ocasionado la denegación de esa prueba, pierde toda entidad 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.

La sentencia, en cuanto sostiene que la denegación de la prueba en sede administrativa pierde entidad por cuanto en sede judicial la afectada "pudo ejercer plenamente su derecho de defensa (Fallos: 310:360), ofreciendo todas las pruebas que hicieran a su derecho y alegando sobre su mérito", patentiza una posición que adscribe sin reparos a la teoría de la subsanación (de los vicios de forma) en sede judicial.

Dice el Tribunal en "Formosa, provincia de (Banco de la Provincia de Formosa) c/ Dirección General Impositiva", Fallos: 331:2769, consid. 3º: "la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente". Esta afirmación se sustenta en la doctrina sentada en Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134.

La posición adoptada por la sentencia registrada en "Formosa, Provincia de" (Fallos: 331:2769) no toma en cuenta que violación del derecho de defensa, afectante de la garantía fundamental al debido proceso legal en sede administrativa, constituye un *vicio grave que torna irregular el acto administrativo* y que, por ende, corresponde que se lo declare insanablemente nulo, no siendo susceptible su saneamiento. La expulsión o remoción del acto irregular del mundo jurídico, por exhibir una transgresión grave al ordenamiento jurídico, no es una opción; es en cambio un *deber reglado, predeterminado,* por bloque de juridicidad aplicable (art. 14, inc. *b*, LNPA, tanto en su versión originaria como en la actual).

Por otra parte, el razonamiento del tribunal ignora la naturaleza del vicio y de lesión que éste produce sobre una garantía fundamental: el debido proceso adjetivo en sede administrativa. Al habilitan la subsanación de este requisito de forma esencial el tribunal pasa por alto que los actos administrativos son inmediatamente eficaces y ejecutivos (son inmediatamente obligatorios y exigibles para el particular. Y no solo eso. Además de la ejecutividad u obligatoriedad inmediata los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria. Tal como está legislada, la fuerza ejecutoria habilita a la Administración a materializar por sí misma el acto frente a la resistencia del particular. En virtud de esta propiedad del acto, ni la demanda judicial ni el recurso administrativo tienen, por sí, efectos suspensivos. La

suspensión de los efectos de un acto administrativo solo opera con una decisión administrativa o judicial que así lo establezca.

Por ende, la teoría de la subsanación, tal como la utiliza la jurisprudencia, hace prevalecer la hipertrofia de la potestad administrativa con mengua de las exigencias que impone el debido proceso adjetivo (art. 18, CN; 8º CADH).

En este punto el mandato que impone el bloque de legitimidad es claro: los procedimientos establecidos en las normas (principios y reglas) que componen el ordenamiento jurídico se deben cumplir *antes* de la emisión del acto, no con posterioridad (conf. art. 7º inc. *d* y 1º, inc. *f*, LNPA versión originaria; art. 1º *bis*, 7º inc. *d* y 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA reformada por Ley 27.742).

Cabe recordar que, según el art. 1º *bis*, LNPA, el derecho a ser oído antes de la emisión del acto, y a ofrecer y producir prueba son garantías básicas, esenciales, mínimas. Estas hasta la Ley 27.742, integraban el debido proceso adjetivo en sede administrativo (art. 1º inc. *f*, LNPA). Ahora, a partir de la ley reformadora, aparece expresamente absorbida por la tutela administrativa efectiva.

Examinemos ahora la jurisprudencia que respalda la teoría de la subsanación aplicada por la CSJN en el fallo "Formosa c/ DGI"[120].

La primera premisa que sustenta el razonamiento de la CSJN se afinca que la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente.

Los fallos citados por el Tribunal son Fallo: 212:456 ("Fábrica de Agua Lavandina Balcarce"); 218:535 ("Echarren, Ricardo c/ Consejo Profesional de Ingeniería Civil"); 267:393 ("Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación"); 273:134 ("Universidad Bartolomé Mitre"). En todos ellos se consagra la teoría de la subsanación en sede judicial.

Así, en "Fábrica de Agua Lavandina Balcarce"[121], el Tribunal sostuvo que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente. Se señala que el recurrente que tuvo la oportunidad para hacer las alegaciones pertinentes en proceso judicial no puede fundar eficazmente que la falta de audiencia en el primero produce la violación del art. 18 la Constitución Nacional. A la vez se señala que no hay violación al derecho de defensa sin del interesado no intentó allegar prueba ni ha indicado en qué consistían ni en qué medida era susceptible de excusar o atenuar su responsabilidad por los hechos que se estimaron reconocidos.

En "Echarren, Ricardo c/ Consejo Profesional de Ingeniería Civil"[122] se consideró que no es violatoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio, una tramitación administrativa, por la sola circunstancia de que la audiencia

120 Fallos: 331:2769.
121 Fallos: 212:456 (1948).
122 Fallos: 228:535 (1950).

en ella acordada no sea previa a una de las resoluciones recaídas en su curso. Reafirmando la teoría de la subsanación en sede judicial el fallo subraya que el recurrente no puede alegar fundadamente la violación del derecho a ser oído por cuanto "la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente".

En "Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación"[123] el Tribunal, nombrado por el poder de facto, sostiene que la alegada restricción al derecho de defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial y por tanto no es procedente la nulidad articulada.

Finalmente, en "Universidad Bartolomé Mitre"[124] la doctrina de la subsanación adquiere carta de naturaleza. Esta doctrina –labrada bajo el régimen de *facto*– se ha proyectado hasta nuestros días. Los hechos son los siguientes: el Poder Ejecutivo, sobre la base de un informe producido por un veedor, decide el retiro de la autorización para funcionar a la universidad y ordena la consecuente clausura. La afectada interpone recurso directo ante la Cámara que declara inválida la decisión administrativa por violación al debido proceso.

Concretamente, la Cámara sostuvo que no se había respetado el debido proceso por cuanto la universidad se vio impedida de ejercer efectiva y debidamente el derecho de defensa mediante el aporte de pruebas y demás elementos de convicción para impugnar las conclusiones del veedor designado por el Secretario de Cultura y Educación.

Se desprende del fallo que la decisión de retirar la autorización a la universidad se adoptó luego de un que el veedor designado emitiera un informe en el que se describieron diferentes irregularidades.

El informe del veedor no le había sido notificado a la Universidad.

El núcleo del conflicto de este caso reside en determinar si efectivamente existió indefensión de la Universidad o si, en cambio, ella tuvo oportunidad de ser oída y formular el descargo.

La sentencia sostuvo que la falta de conocimiento del informe por parte de la universidad –que para la minoría constituía una prueba principalísima– no es suficiente para dejar sin efecto la decisión de la administración.

Al respecto el Tribunal consideró que las omisiones observables en la tramitación administrativa pueden ser salvadas en la instancia judicial. Agrega que no existe violación del art. 18 de la CN si el recurrente no indica las defensas o pruebas de que se ha visto privada a consecuencia del trámite impreso a la causa.

Puntualmente sostuvo que abierta la instancia judicial la actora no indicó las defensas o pruebas de las que se habría visto privada al no dársele vista del informe del veedor que actuó en el establecimiento.

123 Fallos: 267:393.
124 Fallos: 273:134.

La minoría, en cambio, consideró que el debido respeto a la garantía del art. 18 exige que, antes de adoptar la resolución que pudiere corresponder, el Poder Ejecutivo confiera vista al representante de la entidad investigada del informe producido por el veedor, puesto que ha sido ésta el principalísimo elemento de juicio tenido en cuenta para dictar el decreto de clausura.

El otro fallo citado por en "Formosa c/ DGI" es "César y Antonio Karam"[125], Fallos: 310:360, sobre el cual hemos dado cuenta más arriba. Como se advirtió, la jurisprudencia invocada como fundamento de este pronunciamiento que aplicó la teoría de la subsanación con relación al debido proceso adjetivo fue labrada extramuros del Estado de derecho (Fallos 300:1047 y 302:1564).

d.2) La aplicación de teoría de la subsanación en pronunciamientos recientes del fuero contencioso administrativo federal

En el marco de un acto sancionatorio (multa) por inobservancia de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a una empresa de telecomunicaciones la Sala II de la Cámara Contenciosa Administrativa Federal (CNCAF) sostuvo que el planteo de nulidad del procedimiento sumarial sustentado en la denegación en sede administrativa de las pruebas ofrecidas por el recurrente, requiere:

- que el afectado señale claramente el perjuicio sufrido y las defensas que se ha visto impedido de oponer;
- no es suficiente exhibir una mera invocación en el sentido de que ha sido privado del derecho de defensa;
- se debe indicar concretamente, de qué modo los vicios invocados habrían influido en el ejercicio de aquel derecho.

Con arreglo a estas premisas la sentencia sostuvo se debía desestimar el agravio de la actora puesto que en "ningún pasaje de su escrito recursivo el interesado argumenta en qué medida los elementos probatorios solicitados hubiesen desvirtuado los cargos que les fueron imputados". Tampoco explicaron de qué manera la producción de esas pruebas lograría controvertir la documentación reunida por la instrucción durante el trámite del sumario, en tanto antecedente de hecho del acto[126].

En un sumario administrativo iniciado por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias contra un banco privado y sus agentes responsables, el citado organismo, luego de rechazar la producción de la prueba testimonial, pericial caligráfica e informática ofrecida, le impuso multas de distinta magnitud al banco y a las personas sumariadas (conf. art. 41, inc. 3º, de la Ley 21.526)[127].

125 Fallos: 310:360 (1987).

126 CNCAF, sala III, "Telecom Argentina c/ EN-M Desarrollo Productivo (Ex 34793932/20 - Disp. 472/21) s/Defensa del Consumidor - Ley 24240 - Art. 45", de 9 de mayo de 2023.

127 CNCAF, Sala II, "HSBC Bank Argentina SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - Ley 21.526 - Art. 42", de 4.12.2020.

En el trámite del recurso directo ante la Cámara se plantea la resolución del acto sancionatorio por haber sido rechazada la producción de la prueba testimonial y de ciertos puntos de la pericial informativa. La Sala II de la CNCAF rechazó el planteo de la recurrente sustentada en los siguientes argumentos:

- no hay nulidad sin perjuicio. No se puede procurar la declaración de nulidad por la nulidad misma. Su procedencia exige la acreditación de un daño serio e irreparable que no pueda ser subsanado sino por medio de esa declaración.
- La nulidad con sustento en la existencia de vicios procedimentales carece de un fin en sí misma, no tiene existencia autónoma; sólo procede cuando la violación de las formalidades conlleva un *perjuicio real y concreto en el derecho de la parte que lo invocó.*
- Por principio, *la nulidad es improcedente si quien la solicitó no demuestra la existencia tanto de un interés personal, cuanto del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular*, ya que la respectiva resolución invalidatoria debe responder a un *fin práctico.* La nulidad no puede ser declarada para satisfacer pruritos formales. Sólo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma.
- Cuando la supuesta restricción de la defensa en juicio ocurre en el procedimiento administrativo, *la efectiva violación del art. 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanar esa restricción en una etapa jurisdiccional posterior* (conforme, entre otros, "Delbene"[128] y "Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación"[129]) porque *se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia.*
- En relación con el planteo concreto de nulidad la Cámara sostuvo que la denegación de la producción de prueba no importa violación del principio de defensa en juicio, si el posterior proceso judicial ofrece –como acontece en autos– oportunidad de subsanar tal circunstancia (conf. Fallos: 292:15, "Olmos") En este precedente ("Olmos") el alto Tribunal Federal, con remisión al dictamen de la Procuración General, sostuvo que "desde antiguo [...] la Corte Suprema ha declarado que no importa violación de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, la omisión de audiencia en el procedimiento administrativo cuando el posterior trámite judicial ofrece la ocasión de subsanarla[130].

128 Fallos: 247:52 ("Delbene"). Allí se sostiene que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el posterior trámite judicial.

129 Fallos: 267:393 ("Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Nación"). En este pronunciamiento la CSJN sostiene que la alegada restricción al derecho de defensa por no haber podido ofrecer y producir prueba en el procedimiento administrativo *es subsanable* en el trámite judicial).

130 CNCAF, Sala II, "HSBC Bank Argentina SA y otros c/Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - Ley 21.526 - Art. 42", de 4 de diciembre de 2020, considerando V.

e) En definitiva:

- La garantía del debido proceso adjetivo (incluida ahora en el art. 1º bis, LNPA, dentro de la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva) es una pieza capital del procedimiento administrativo. Ella asegura que quien pueda resultar afectado por una decisión de la Administración –ora, mediante la creación de una situación pasiva; ora, a través de la disminución de una situación activa– tenga la posibilidad de ser *oído "antes" de la emisión del acto*[131].
- Las múltiples garantías comprendidas en el derecho a una tutela administrativa efectiva (art. 1º bis, LNPA), son parte del *bloque de constitucionalidad*[132]. Así se desprende del consid. 6º de "Astorga Bracht" [133].
- El art 14 inc. *b*, ap. *iv*, LNPA reformada, no deja lugar a dudas: el acto administrativo que "hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida", por su gravedad, constituye una transgresión al ordenamiento jurídico determinante de nulidad absoluta. Estamos en presencia de una *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada* (arts. 18 y 75, inc. 22, CN). Concretamente: el acto desfavorable o de gravamen dictado con omisión de la audiencia previa del interesado, esto es, sin respetar el derecho a ser oído antes de su emisión, incurre en un *vicio constitucional (y convencional)* en tanto viola los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN: XVIII y XXIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos;

131 Además del derecho a ser oído antes de la emisión del acto que pueda afectar sus derechos e intereses jurídicamente protegidos, la tutela administrativa efectiva reconocida por el art. 1º bis inciso *a*) de la LNPA reformada comprende un *catálogo de garantías fundamentales propias del procedimiento administrativo:* derecho al recurso, esto es, la facultad de impugnar los actos administrativos de gravamen; derecho de participar en audiencias y consultas públicas; derecho a que la autoridad considere fundadamente las opiniones allí vertidas; derecho a exponer razones y ofrecer y producir prueba; derecho a obtener una decisión fundada en derecho; derecho a que el acto decisorio considere los principales argumentos y las cuestiones propuestas; el derecho a que el procedimiento administrativo tramite y concluya dentro de un plazo razonable.

132 Cabe recordar que el "bloque de constitucionalidad", en nuestro país, constituye la sumatoria de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22) (Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 402; Manili, Pablo *El bloque de constitucionalidad*, p.189). El juez Petracchi en sus votos destacó que los tratados y convencionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) "junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de constitucionalidad argentina".

133 Fallos: 327:4185 ("Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo"). La tutela administrativa efectiva, según el alto Tribunal, se sustenta en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN: XVIII y XXIV Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos; 8º y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º inc. 3 aps. *a* y *b* y 14 inc. 1º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. Fallos: 327:4185, consid. 6º).

8º y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º inc. 3º aps. *a* y *b* y 14 inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Por la naturaleza del vicio y su indiscutida magnitud –en tanto lesiona e interfiere sobre la esfera vital de indemnidad que resguarda la garantía de defensa– este *acto administrativo irregular, portador de un vicio constitucional y convencional,* no puede ser válidamente convalidado o subsanado.
- A la misma conclusión arribamos con respecto a los actos administrativos emitidos con supresión de los otros segmentos que componen la tutela administrativa efectiva reconocida en el art.1º *bis*, LNPA –derecho a ofrecer y producir prueba antes de la emisión del acto; decisión fundada en derecho; plazo razonable–. Quedan incluidos la violación del derecho a un procedimiento administrativo *útil* o el derecho de acceso al procedimiento administrativo sin valladares formales que lo impidan. Según se desprende de "Astorga Bracht", consid. 7º, estos segmentos también integran la garantía a una tutela administrativa).
- La afirmación vertida por un sector de la jurisprudencia según la cual la omisión de audiencia previa en el procedimiento administrativo no importa una violación de la garantía consagrada en el art. 18 CN por cuanto es susceptible de ser subsanada en el trámite judicial posterior colisiona frontalmente con LNPA reformada. El art. 14 inc. *b* de la LNPA en su actual redacción, fulmina con la nulidad absoluta al acto administrativo que hubiere omitido la audiencia previa del interesado. Esta norma no establece excepciones ni dispensas a la ausencia de audiencia previa del interesado cuando ella es requerida por las reglas y principios que conforman el ordenamiento jurídico.
- En estos términos, el art 14, inc. *b*, ap. (*iv*), primera parte, LNPA reformada por la Ley 27.742, en cuanto fulmina con la nulidad absoluta al acto que omita la audiencia previa del interesado cuando es requerida se erige en un *límite expreso e infranqueable a la aplicación de la teoría de la subsanación*[134]. Es indudable que la finalidad de la antedicha previsión normativa es preservar el núcleo o contenido esencial del segmento defensivo del debido procedimiento administrativo previo a todo acto administrativo.

(iii) "Grave violación del procedimiento aplicable"

El art. 14, inc. *b*), ap. (*iv*), LNPA reformada, establece un segundo supuesto de vicio en el debido procedimiento previo determinante de nulidad absoluta.

134 La doctrina administrativista más reconocida postula que la teoría de la subsanación, en tanto construcción que pregona que el vicio grave en las formas esenciales puede ser subsanado ulteriormente en sede administrativa judicial constituye una contradicción insuperable, pues pretende la subsanación de lo que por definición es insubsanable, es decir, la subsanación de una nulidad absoluta (CANDA, Fabián "La "Teoría de la subsanación" en el procedimiento administrativo", en POZO GOWLAND, H.-HALPERIN - AGUILAR VALDEZ - JUAN LIMA - CANOSA (dirs.), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 685).

Nos referimos al defecto tipificado bajo el sintagma *grave violación del procedimiento aplicable.*

A diferencia del régimen español, en el que la nulidad de pleno derecho por vicio en la forma aparece bien definida a través de la prescindencia *total y absoluta* del procedimiento legalmente establecido (art. 47 inc. *e*, Ley 39/15), la amplitud del sintagma *grave violación del procedimiento aplicable* acarrea dificultades a la hora de discernir el carácter grave o leve de la transgresión a las normas reguladoras del procedimiento.

En efecto: en contraste con la primera parte del art. 14, inc. *b*) ap. (*iv*), LNPA reformada –omisión de la audiencia previa del interesado– la segunda parte del 14, inc. *b*) ap. (*iv*) no fija estándares nítidos que permitan valorar con precisión cuándo un acto incurre en un vicio en el procedimiento determinante de nulidad absoluta.

A partir de la jurisprudencia labrada en torno a la lacónica formulación legal contenida en la redacción anterior del art. 14 inc. *b* –violación de las formas esenciales– podemos reconocer que la textura abierta del sintagma *violación grave del procedimiento aplicable* no establece un criterio único para discernir la concurrencia del vicio. La causal contenida en el art. 14 inc. *b* ap. (*iv*), LNPA reformada, "grave violación del procedimiento aplicable", es un concepto jurídico indeterminado que se abastece de distintos supuestos.

a) Violación grave del procedimiento aplicable y tutela administrativa efectiva

Una interpretación restrictiva del vicio originado en la "omisión de audiencia previa del interesado" (art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, primera parte LNPA reformada), trae como consecuencia la traslación del resto de los vicios graves a la *tutela administrativa efectiva* en la causal establecida en la segunda parte del art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, "grave violación del procedimiento aplicable". Desde esta atalaya, quedan comprendidos como vicios determinantes de nulidad absoluta las transgresiones graves al art. 1 *bis a*) ap. (*ii*) violación grave al derecho de ofrecer y producir prueba; ap. (*iii*) violación grave al derecho a una decisión fundada en derecho (esto es, ausencia de motivación suficiente[135]) como también la falta de consideración adecuada de los principales argumentos[136] y de la prueba producida[137]; y ap. (*iv*) violación al derecho a un plazo razonable[138].

Como se indicó los actos administrativos de gravamen que en el proceso de elaboración *suprimen el núcleo duro de la garantía fundamental a una tutela*

135 Fallos: 331:735 ("Schnaiderman", 2008); Fallos 342:1393 ("Scarpa", 2019); Fallos 347:737 ("Reta, Miguel Ángel", de 2024).

136 CNCAF, Sala IV, "Uromar", 20/12/1999.

137 "Machado, Jorge José c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) de 15.11.2011.

138 Fallos: 335:1126 ("Losicer", 2012); Fallos 336:2184 ("Bonder Aron", 2013).

administrativa efectiva (arts. 18 y 75.22 CN; art. 1º *bis a*, LNPA reformada) incurren en algo más que en un vicio pura o meramente administrativo. Tales actos están afectados por defectos o *vicios constitucionales.* De consiguiente, tanto la inobservancia del art. 1º *bis a* ap. (*i*) –supuesto específicamente subsumido en la causal prevista en la primera parte del art. 14 inc. *b* ap (*iv*), "omisión de la audiencia previa de interesado"– como la supresión o seria interferencia de las garantías reconocidas en el art. 1º *bis* apartados (*ii*), (*iii*) y (*iv*) constituyen supuestos de *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada determinantes de una nulidad constitucional absoluta.*

b) *Violación grave del procedimiento aplicable e inobservancia de requisitos viscerales del procedimiento*

Existe violación grave del procedimiento aplicable si durante la preparación y elaboración del acto –esto es, en la etapa previa a su emisión– *no se cumplen los trámites y exigencias formales viscerales* previstas de modo expreso –o razonablemente implícito– en las reglas y principios que conforman el ordenamiento jurídico.

Así, en "Borgo"[139] (ausencia de interpelación previa a la emisión del acto de caducidad previsto en el art. 21, LNPA) la CSJN consideró que "la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. *b*), [...] la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto". En este caso la Corte enfatiza que se *requería una interpelación* para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público. Esta es la finalidad individual de la forma omitida. A la vez, este recaudo formal resultaba visceral en atención a la finalidad del acto que se estaba preparando: la extinción de una relación de empleo.

En "Adidas Argentina y otros c/ E.N. - Mº. de Economía s/ amparo" el alto Tribunal declaró la nulidad de una resolución del Ministerio de Economía que prorrogó una medida de fomento a favor de la industria del calzado por cuanto el acto que dispuso la susodicha extensión "no cumplió con el procedimiento reglamentario para el dictado de un acto de prórroga de una medida de salvaguardia inicial" [140].

139 Fallos: 308:108, en especial considerandos 6 y 7.

140 Fallos: 325:1038 La previsión normativa aplicable establecía que las prórrogas de las medidas definitivas impuestas serán adoptadas siguiendo el mismo procedimiento que para la imposición de las medidas iniciales. Según se desprende del fallo, confirmatorio de lo decidido por la alzada, la autoridad de aplicación, al momento de disponer la prórroga, omitió tales procedimientos. Por cierto, en este fallo también se advierte un vicio puramente administrativo en la causa, puesto que el órgano decisor ignoró el derecho aplicable.

En materia contractual la Corte federal[141] y el fuero especializado[142] sostienen que la omisión de la licitación pública cuando ella es requerida por ley, constituye un defecto grave en el procedimiento que vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista[143]. En estos supuestos la licitación pública está llamada a satisfacer la libre concurrencia e igualdad, principios básicos de la contratación pública.

Un caso paradigmático se presentó en "Aparicio"[144]. En el marco de proceso en el que conjueces de la CSJN debían dirimir la procedencia de pago de diferencias remuneratorias de magistrados, con fundamento en el art. 110 CN, se planteó el siguiente conflicto: si la designación de los abogados conjueces debía considerarse constitucionalmente válida. Específicamente, el núcleo del conflicto exigía dilucidar "si el proceso que concluyó con el dictado del Decreto 856/2014, de designación de conjueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se adecuó a las reglas y recaudos establecidos en la Constitución Nacional". La sentencia del alto Tribunal puntualizó que el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo Nacional nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Dado que el acuerdo que la cámara de Senadores dio a los conjueces solo fue por mayoría, el alto tribunal consideró que se debía declarar, de oficio, la nulidad de la designación de conjueces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional. Desde el miraje de la sentencia del alto Tribunal, la designación de los conjueces incurrió en un *vicio grave en el procedimiento aplicable* puesto que el acuerdo del Senado –en tanto no cumplió con la mayoría de dos tercios que establece el art. 99 inc. 4º de la CN para la designación de jueces de la CSJN– se consideró como que nunca fue realizado.

En estos términos cabe concluir que el acto de designación de conjueces es irregular en tanto está afectado por una infracción estructural (genética u originaria) formal directa de la Constitución Nacional.

141 Fallos: 310:2278.

142 CNCAF, Sala IV, "Warning S.A. v. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales -INCAA", de 5.11.2002.

143 Sin embargo, algunos pronunciamientos del alto Tribunal consideran que en los supuestos que la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión del contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos: 323:3924, "Ingeniería Omega"; Fallos: 323:1515, "Más Consultores", entre otros). Esta posición del Tribunal está mentando un supuesto de inexistencia material de acto.

144 Fallos: 338:284.

Una variable del criterio anterior valora el carácter visceral de la inobservancia del procedimiento no solo desde la finalidad individual del trámite o de la actuación debida portadora del defecto sino en función de la relevancia de tales trámites y actuaciones en su totalidad conglobada. Desde este vértice, la ponderación de la magnitud del vicio de forma exige una mirada macroscópica, de conjunto, y más allá de particularidad del defecto puntal de forma.

Así en "Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza"[145], el Alto Tribunal declaró la nulidad absoluta de la decisión dictada por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) por la cual se le había otorgado la personería jurídica a diferentes comunidades indígenas que ocupan tierras en la provincia actora, sin que ésta haya tenido participación anterior en el procedimiento. En este supuesto la violación al debido procedimiento administrativo previo exhibe gravedad por cuanto se ignoró que en esta materia (conf. art. 75 inc. 17, CN) existen competencias concurrentes entre la Nación y la provincia. Es precisamente en función de esa finalidad que la provincia reclamó. El Tribunal destacó que El organismo nacional, en el marco del régimen constitucional vigente, no tiene el poder de otorgar la personería a las comunidades en tanto subsistan objeciones de la Provincia. Señaló que las atribuciones del INAI en relación con la personería jurídica de las comunidades deben ser ejercitadas con la debida consideración con la precaución de preservar el espacio necesario para el ejercicio de las atribuciones de las provincias en la órbita de su propia jurisdicción. Finalmente señaló: "el INAI ha actuado sin el debido respeto a los poderes concurrentes de la provincia en la materia, por lo que corresponde declarar su nulidad".

En este caso, una apreciación conglobada o de conjunto permite advertir que la magnitud del vicio –consistente en la falta de participación de la provincia en el otorgamiento de personería jurídica a comunidades que ocupan tierras en su territorio– está asociada a la violación del régimen de facultades concurrentes que expresamente consagra el art. 75 inc. 17 CN y las normas legales aplicables. Es decir, existe un vicio o inobservancia de las formas viscerales en tanto y en cuanto el defecto del acto conspira contra la forma de Estado federal. En tal circunstancia estamos en presencia de un vicio constitucional por infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional.

c*) Violación grave del procedimiento aplicable y participación no defensiva del particular*

Existe grave violación del procedimiento aplicable en los términos del art. 14 inc. *b*) ap. (*iv*), segunda parte, LNPA, cuando no se respeta la *participación*

145 Fallos: 341:1148 de 11-9-2018.

debida previa no defensiva[146] *de los interesados*; esto es, cuando se viola el derecho a la participación tal como lo establece el bloque de juridicidad[147]. Los arts. 1º *bis* inc. *a*) (*i*) tercer párrafo y 8º *bis*, LNPA reformada, reglamentan –de manera un tanto controvertida–[148] el derecho a la participación no defensiva a través de la

146 Fallos: 339:1077 ("Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros *el* Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", CEPIS, de 18-8-2016). El considerando 18 de la sentencia señala lo siguiente: "en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida [...] es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. Este derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas. Estas audiencias constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas [...] La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información 'adecuada y veraz' (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1º, Constitución Nacional)".

147 En Fallos: 340:1193 ("Mamani") En esta sentencia se dispuso declarar la nulidad de una autorización de desmonte porque, entre otras razones, "no surge de las constancias de la causa que se hayan celebrado las audiencias públicas antes del dictado de las resoluciones cuestionadas".

Al respecto el alto Tribunal señala que "la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y el acceso a la información ambiental (artículo 41). De su lado, la Ley General del Ambiente 25.675 establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente (artículo 19); al tiempo que para concretar ese derecho, la norma regula el deber de las autoridades para institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades que puedan tener efectos negativos sobre el ambiente (artículo 20), haciendo especial énfasis en la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (artículo 21)".

148 El art. 1º bis inc. *a* ap. (*i*) tercer párrafo, LNPA reformada, establece lo siguiente: "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 [...] 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".

Un examen inicial del art. 1º bis inciso *a* ap. (*i*) tercer párrafo, LNPA reformada, en cuanto habilita a la Administración a "sustituir" a la audiencia pública establecida por leyes especiales regulatorias por otro mecanismo de consulta pública, no puede superar exitosamente el test de constitucionalidad. Concretamente, la atribución discrecional que la Ley 27.742 le otorga a la Administración para sustituir la audiencia pública –dispuesta mediante ley especial– por la consulta pública u otro medio que la administración considere idóneo es una opción legal ilegítima. Ello es así por cuanto una ley general (como es el art. 1º *bis a*, ap. (*i*), tercer párrafo LNPA) no tiene

audiencia y la consulta pública. (El art. 1º *bis a*, LNPA, prevé, de manera indeterminada, la posibilidad de que se tal participación se encauce a través de otros *mecanismos* que resulten más idóneo, técnica o jurídicamente, para la mejor y más eficiente *participación de los interesados).*

Quedan incluidos en este supuesto la violación del *derecho a la participación de la comunidad indígena* en toda cuestión que concierna a las tierras que ella tradicionalmente ocupa [149] [150]. En este caso, la violación del art. 75, inc. 17, CN, configura una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución convencionalizada.

d) *Violación grave del procedimiento aplicable y motivación*

La *motivación* del acto constituye la explicitación de fundamentos, de la causa y finalidad del acto. Ella cumple tres finalidades básicas: obliga a la Administración a dar cuenta de sus decisiones; en caso de ser impugnadas, permite a los tribunales judiciales revisar su legitimidad y contribuye a que el particular afectado pueda ejercer su defensa. La Corte Federal ha señalado que la motivación del acto no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada[151].

En fecha relativamente reciente, la Corte Federal señaló que la mención expresa de las razones y antecedentes, tanto fácticos como jurídicos, determinantes de la emisión de un acto administrativo, se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo *que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica*, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa[152].

Con anterioridad el alto Tribunal había puntualizado que la emisión de un acto sin expresar las razones que lo justifican lo tornan ilegítimo, sin que quepa dispensar dicha omisión por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario– imponen una observancia más estricta de la motivación[153].

---

ni puede tener preeminencia sobre una ley especial, como v.gr. las leyes regulatorias en materia ambiental o de los servicios públicos. La jurisprudencia es clara al respecto: *las normas especiales tienen, como tales, prevalencia sobre las normas generales* (CNCAF, Sala I, "Giustiniani Ruben c/ YPF" y sus citas, de 14.8.2014).

149 Fallos: 325:1744 ("Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ AMPARO", 11/7/2002) y Fallos: 326:325.

150 Para ampliar véase el valioso trabajo de STORTONI, Gabriela, "La participación ciudadana como derecho humano", *RDA* Nº 141, junio, 2022.

151 Fallos: 344:1013 ("Roa Restrepo, Henry").

152 Fallos: 347:468 ("Melgarejo", de 15 de mayo de 2024 y su cita: Fallos: 344:3573).

153 Cfr. doctrina de Fallos: 324:1860 ("Lema").

La Corte IDH considera a la motivación como exteriorización de la justificación que permite llegar a una conclusión. Al respecto el tribunal interamericano sostiene que *el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8º.1 CADH para salvaguardar el derecho a debido proceso*[154]. Concretamente, para la Corte IDH la motivación es una porción o parte del debido proceso legal reconocido en el art. 8º CADH. A la vez, agregamos nosotros, la debida motivación del acto se inserta en la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva (art. 1 *bis*, inc. *a* ap, *iii*, LNPA reformada; CSJN, "Astorga Bracht", consids. 6º y 7º).

La carencia de motivación o de su equivalente funcional, la ausencia de motivación suficiente[155] o de fundamentación digna, como señala un sector de la doctrina española contemporánea, configuran supuestos que se subsume en la causal establecida en el art. 14 inc. *b*, ap. (*iv*), segunda parte, LNPA reformada: violación grave del procedimiento aplicable. Al tal efecto es necesario tener en cuenta que el contenido del elemento esencial procedimiento se abastece, expresamente, de la garantía a una *tutela administrativa efectiva*. Esta, a la vez, incluye el *derecho a una decisión fundada* por el cual se "haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas, la prueba producida" (art. 1º *bis* inc. *a*, ap. *iii*, LNPA reformada). De consiguiente si el requisito esencial procedimiento exige el cumplimiento de los diferentes momentos, segmentos o partes del derecho a la tutela administrativa efectiva; y ésta, a la vez, se integra con el derecho a una decisión fundada (lo que equivale a una decisión debidamente motivada), se concluye que el acto administrativo que carece de fundamentos o le *falta motivación suficiente* padece una irregularidad esencial constitutiva de una violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta. Esta interpretación del art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, *in fine*, LNPA reformada, guarda congruencia con la doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN en los últimos lustros[156].

154 Corte IDH, "Chocrón Chocrón" (2011) párr. 118/120; "Maldonado Ordóñez" (2016) párr. 87 y ss; "Casa Nina" (2020), párr.87/95.

155 La *motivación* del acto, en tanto explicitación de fundamentos, de la causa y finalidad del acto, cumple tres finalidades: que la Administración dé cuenta de sus decisiones; que estas puedan ser examinadas en su legitimidad por los tribunales de justicia en caso de ser impugnadas y que el particular afectado pueda ejercer suficientemente su defensa.

La Corte Suprema ha sido enfática al sostener que la emisión de un acto sin expresar las razones que lo justifican lo tornan ilegítimo sin que quepa dispensar dicha omisión por haberse ejercido potestades discrecionales, las que –por el contrario– imponen una observancia más estricta de la motivación (cfr. doctrina de Fallos: 324:1860).

156 Fallos: 331:735 ("Schnaiderman", 2008); Fallos: 342:1393 ("Scarpa s/ AMPARO", 2019); Fallos: 347:737 ("Reta, Miguel Ángel", de 2024).

En Fallos: 342:1393 ("Scarpa s/ amparo") la CSJN decidió confirmar la sentencia que declaró la invalidez de la disposición que decidió el cese de la interventora del Registro Seccional de la

En tales condiciones cabe insistir en que la falta de tipificación expresa de la ausencia de motivación suficiente como defecto o irregularidad esencial determinante de nulidad absoluta, no impide reconocer que tanto la carencia absoluta de fundamentación como su equivalente funcional, la falta de motivación suficiente, constituyen sendos supuestos de violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta (art. 14, inc. *b*, ap. *iv*, *in fine,* LNPA).

e) *Relación de conectividad entre el vicio de forma y el fondo del acto. El dictamen jurídico*

e.1) Otra técnica para discernir la presencia de una irregularidad esencial constitutiva de violación grave del procedimiento aplicable determinante de nulidad absoluta reside en examinar si el vicio en el procedimiento influyó o no sobre el fondo de la decisión, esto es, si la decisión u objeto del acto administrativo hubiera sido diferente –o no– con la observancia del procedimiento debido omitido o realizado defectuosamente. Este criterio –empleado en algunos países europeos para discernir la presencia de un vicio determinante nulidad relativa, v.gr. art. 46 Ley alemana de Procedimientos Administrativos– reconoce un *vínculo causal entre el vicio de forma y la decisión de fondo.* Su ámbito de aplicación es predicable en el ejercicio de facultades regladas. Por cierto, en lo que atañe al ejercicio de poderes discrecionales bastará que existan dudas sobre el impacto del vicio de forma sobre el fondo, para que se declare la nulidad del acto.

Esta pauta es utilizada por la PTN en relación con subsanación en sede administrativa de los actos administrativos de gravamen emitidos sin dictamen jurídico previo, siempre que lo decidido guarde conformidad con el bloque de legitimidad.

e.2) El *dictamen jurídico* integra el elemento esencial procedimiento

La redacción actual del art. 7º inc. *d*, LNPA, expresamente indica que *el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados* está

Propiedad Automotor, por cuanto *el acto no invocó un hecho concreto como causa de remoción*. Se fundó solamente en razones de servicio. El Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, consideró que el acto que decidió el cese carecía de un fundamento suficiente.

En Fallos: 347:737 (“Reta, Miguel Ángel”) el Tribunal sostuvo que si bien no pueden desconocerse las facultades que tiene la universidad demandada para reorganizar la estructura administrativa para su adecuado funcionamiento, es ilegítimo el acto administrativo que dispuso el cese del interinato del actor por cuanto dicho acto debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido. El Tribunal destaca que esa conclusión no puede verse modificada por la invocación de razones de crisis económica y social formuladas por la demandad, pero que no fueron expresadas en la oportunidad pertinente.

incluido dentro de los procedimientos que deben cumplirse "antes" de la emisión del acto administrativo (de gravamen)[157].

El asesoramiento del servicio jurídico permanente es obligatorio cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos. En el esquema de ordenación del acto, el dictamen jurídico se presenta como un dispositivo de control de legitimidad. Previene el ilícito administrativo. El dictamen jurídico previo contribuye a asegurar la plena juridificación de la actividad de los órganos y entes que desarrollan la función administrativa.

La doctrina de la PTN puntualiza que el dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad: de un lado, es una garantía para los administrados en tanto impide que la Administración dicte actos referidos a derechos subjetivos e intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente; de otro, evita probables responsabilidades del Estado al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener (PTN, Dictámenes 256:82 y sus citas: Dictámenes 197:61; 243:216; 254:553).

El órgano asesor sostiene también que el dictamen jurídico supone un análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta, efectuada a la luz de las normas jurídicas vigentes, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta (Dictámenes 273:214).

e.3) La jurisprudencia del fuero especializado en materia administrativa entiende que la omisión del dictamen jurídico previo a la emisión de un acto de gravamen o sancionador, en la medida en que no concurra ninguna circunstancia que permita excluir su exigencia o tenerlo por cumplido, determina su nulidad en los términos del art. 7º, inc. *d*), y 14 de la Ley 19.549, por ausencia de un requisito esencial. En tal sentido se sostuvo que el fin perseguido por el art. 7º, inc. *d*, Ley 19.549 "no es otro que el de juridizar la actividad de la Administración Pública y debe admitirse que concurre a ese fin la exigencia legal de exigir que antes de la emisión del acto se solicite la emisión de un dictamen jurídico".

Con arreglo a esas circunstancias se sostiene que la omisión del dictamen jurídico configura la ausencia de un requisito esencial obligatorio para la validez del acto administrativo determinante de la nulidad absoluta del acto (arts. 7º, inc. *d*) y 14 de la Ley 19.549)[158]. En el mismo sentido, la Sala IV de la CNCAF

157 Reza el art. 7º inc. *d*, modificado por Ley 27.742: "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 [...] (*ii*) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados".

158 CNCAF sala II en "American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones" de 04/05/2000.

considera que la falta de dictamen jurídico previo vicia de nulidad absoluta e insanable al acto atacado (art. 14 inc. *b* LNPA)[159].

Aun cuando el art. 7º, inc. *d*), Ley 19.549, establece que el dictamen jurídico previo está expresamente comprendido en el requisito esencial procedimiento, la jurisprudencia del alto Tribunal entiende que, si el acto se dictó sin la intervención del servicio jurídico permanente del organismo, ni audiencia del interesado, *el gravamen que de ello surgiría desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración, se observaron tales requisitos*[160]. En sentido similar se pronuncia la PTN en Dictámenes 261:407.

Es decir, según la jurisprudencia del alto Tribunal y la doctrina administrativa de la PTN, resulta admisible subsanar la ausencia de dictamen jurídico previo a la emisión del acto si ese requisito de forma esencial se observa en trámite del procedimiento impugnatorio.

En el ámbito judicial esta doctrina irrumpe en Fallos: 301:953 ("Duperial"), sentencia dictada por la Corte *de facto* cuyos miembros fueron designados extramuros del correspondiente procedimiento establecido por la Constitución, reaparece en "Asociación Universidad del Salvador c /IGJ s/recurso directo", de 2024.

En "Asociación Universidad del Salvador c /IGJ s/recurso directo" el Alto Tribunal sostiene que el requisito del dictamen de servicio jurídico permanente "hace a la juridicidad de la actuación y debe ser cumplido antes de que la Administración exprese su voluntad (Fallos: 301: 953, "Duperial")". Agrega que en el ya mencionado caso "Duperial" la Corte tuvo en cuenta que el dictamen fue emitido durante la tramitación del recurso de reconsideración y considerado por la propia administración en el acto confirmatorio. En tales condiciones concluye que "el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito"[161].

e.4) En una línea similar que se mantiene hasta nuestros días, la PTN sostiene que no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente (v. Dictámenes 191:140) mediante dictámenes posteriores que purgan el vicio de la omisión del dictamen previo (v. Dictámenes 252:274; 144:148; 193:110 y 197:162; entre otros). La omisión resulta salvable si la cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho (Dictámenes 252:274). En respaldo de esa doctrina el órgano asesor cita Fallos: 310:955. En esa misma dirección se señala que la omisión del dictamen previo no da lugar a la nulidad en tanto aquélla fuere subsanada a posteriori y los dictámenes ulteriores

159 CNCAF, sala IV, "Uromar SA", de 20.23.1999.

160 Fallos 310:1200, consid. 6º; 310:272 y sus remisiones.

161 Fallos 347:180 (Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo", de 21 de noviembre de 2024).

positivos expurgan el vicio incurrido, siempre que la cuestión estuviera arreglada a derecho y la omisión formal resultara salvable (Dictámenes 258:18; 261:407).

El órgano asesor puntualiza que la teoría o doctrina de la subsanación según la cual no procede la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente y los dictámenes posteriores purgan el vicio de la omisión del dictamen previo (Dictámenes 197:162 y 254:561 y 301:955, entre otros); siempre que la cuestión sea ajustada a derecho, resulta aplicable cuando el vicio hubiese recaído en el elemento "procedimiento", previsto en el art. 7º, inc. *d*) de la LNPA, esto es, cuando no se ha emitido dictamen jurídico previo al acto administrativo. La PTN enfatiza, sin embargo, que ese criterio no se traslada a los requisitos causa y motivación (Dictámenes 312:227).

Se advierte así que, a pesar del claro deber impuesto por el art. 7º inc. *d*, LNPA en su redacción originaria, el órgano asesor consideró que la falta de dictamen jurídico previo a la emisión del acto que afecta derechos subjetivos o intereses legítimos es un vicio leve; por ende, ello habilita su saneamiento en sede administrativa mediante el dictamen posterior. Claro está, en sus dictámenes la PTN subraya tal subsanación es posible siempre que lo decidido (esto es, el objeto o contenido del acto administrativo) guarde conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.

Con arreglo a la doctrina que de estos dictámenes cabría inferir que el alto organismo asesor considera que la nulidad absoluta solo procede si se prueba la existencia de una relación *causal entre el vicio de forma –ausencia de dictamen jurídico previo al acto de gravamen– y la decisión de fondo –acto ilegítimo–*. En cambio, si a pesar de la ausencia del dictamen jurídico previo, el contenido del acto es conforme a derecho, la ausencia de dictamen previo –según sostiene el órgano asesor– solo será anulable y, por ende, susceptible de confirmación.

e.5) Cabe señalar que la regla que discierne el vicio en el procedimiento según si éste se refleja e influye en sobre la decisión de fondo, se inscribe en aquello que la doctrina europea denomina *tendencia a la reducción de la virtualidad invalidante de los vicios de forma*[162]. En esa línea el art. 46 de la Ley alemana de Procedimientos Administrativos –en relación con los actos anulables– considera que no puede declarase la nulidad de un acto administrativo con defecto de procedimiento si es evidente que la lesión (del precepto de procedimiento) no ha influido en la decisión sobre la cuestión. Para Maurer[163] si el defecto de procedimiento no tiene efectos en la decisión material, esto es, si esta decisión no es distinta si se cumple el precepto procedimental lesionado, entonces no cabe ejercer una pretensión de impugnación contra el acto. En España, García Luengo[164] considera que la adopción del criterio

162 Garcia Luengo, Javier, *op. cit*., p. 74.

163 Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo.* Parte general, 17ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p.292 y ss.

164 Garcia Luengo, Javier, *op. cit.,* pp.74/75.

por el cual la infracción formal producirá el efecto invalidante cuando afecte el sentido de la decisión de fondo –tal como la han adoptado en el derecho alemán y en otros países europeos– favorece la seguridad jurídica.

e.6) Ahora bien, según se desprende de la doctrina jurisprudencial del alto Tribunal federal en Fallos: 347:180 ("Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo", de 2024) la carencia o falta absoluta de dictamen jurídico previo a la emisión de un acto desfavorable o de gravamen –esto es, un acto que "pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos", o, como lo señala el art. 7º, inc. *d*, de la LNPA reformada, un acto que "pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados" no es susceptible de subsanación en sede judicial, aun cuando se considere que el acto administrativo reúne el resto de los requisitos de legitimidad (dentro de los cuales se encuentre el objeto o contenido conforme a derecho).

Para arribar a esa conclusión, la CSJN argumenta del siguiente modo:

- el dictamen es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa;
- la emisión del dictamen jurídico –antes de la emisión del acto de gravamen– se encuentra requerido (ordenado) "por la ley";
- el susodicho mandato surge "en forma expresa y clara" cuando el acto afecta derechos subjetivos del administrado;
- el argumento de que el acto fue dictado conforme a derecho es inatendible por cuanto "la exigencia del dictamen jurídico previo hace al debido proceso adjetivo";
- la ausencia de dictamen jurídico no se purga por el hecho de que la decisión administrativa que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen 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;
- la ausencia de un dictamen jurídico de requerimiento obligatorio se presenta como "causa de nulidad del acto administrativo"[165].

Con arreglo a estas premisas es dable concluir que la ausencia absoluta de dictamen jurídico –en aquellos supuestos que este acto *preparatorio* de la voluntad administrativa resulte de observancia obligatoria (conf. art. 7º inc. *d*, LNPA)– configura un defecto o vicio que no es susceptible de ser saneado en sede judicial, aun cuando el acto pudiera ser considerado dictado conforme a derecho, toda vez que nos encontramos frente a una *violación grave en las formas esenciales* (según el art. 14 inc. *b*, LNPA, redacción originaria) o, ante una *violación grave del procedimiento aplicable* determinante de nulidad absoluta (de acuerdo con los términos del art. 14 inc. *b*, ap. *iv*, *in fine*, de la LNPA modificada por Ley 27.742).

165 Conf. Fallos: 347:180 (Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo", de 21 de noviembre de 2024), consid. 8º.

e.7) Si reducimos la complejidad, advertiremos que la sentencia dictada por la CSJN en Fallos 347:180 consagra dos reglas que atañen al debido procedimiento previo:

- por un lado, se ratifica *expresamente* la doctrina labrada extramuros del Estado de derecho en Fallos: 301:1200 ("Duperial"), según la cual "el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito". Esta doctrina, cabe señalar, ya había sostenida por el Alto Tribunal en el consid. 16 de "Laboratorios Ricar" (Fallos: 318:2311).

En términos técnicos, esto significa que la falta de dictamen jurídico en la etapa constitutiva (esto es, previo a la emisión del acto de gravamen) podrá ser saneada en el trámite del procedimiento administrativo impugnatorio, siempre que lo decidido resulte conforme a derecho.

Fallos: 327:4185 ("Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo"). El consid. 7º puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que "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).

- por otro lado, se concluye que la inexistencia (absoluta) de dictamen jurídico configura un supuesto determinante de nulidad absoluta. Por ende, ese vicio no es susceptible de saneamiento en sede judicial, aun cuando el acto "cumpla con los restantes requisitos esenciales de los actos administrativos", tal como sucede, v.gr., cuando el objeto del acto guarda conformidad con el sector del bloque de juridicidad que condiciona su emisión.

De este modo, la sentencia registrada en Fallos: 347:180 erige al dictamen jurídico previo –cuando resulte de requerimiento obligatorio– en r*equisito visceral* del elemento procedimiento (art. 7º inc. *d*, LNPA). En este aspecto, la doctrina que se desprende de Fallos: 347:180 prescinde del vínculo causal entre el vicio de forma y la decisión de fondo.

e.8) Ahora bien, en clave de derechos y garantías fundamentales, la sentencia dictada en Fallos: 347:180 realiza una afirmación relevante. Señala el Tribunal: "el dictamen jurídico hace al debido proceso adjetivo". Es decir, de manera contundente se afirma que el dictamen es un segmento específico del debido procedimiento previo a todo acto (de gravamen) en cuanto atañe directamente a la defensa de los derechos e intereses del particular, y no solo compromete a la

juridificación de la función administrativa. Tal afirmación tiene implicaciones prácticas en cuanto conlleva el reconocimiento de que el dictamen jurídico previo se inserta en el derecho a una *tutela administrativa efectiva*. Concretamente, desde este vértice, la emisión del dictamen jurídico previo se conecta con el *derecho a una decisión fundada en el bloque de juridicidad,* esto es, en reglas y principios jurídicos (conf. art. 1º *bis a* ap. *iii*, LNPA reformada).

En este marco, cabe que nos preguntamos si el *amparo* constitucional del art. 43 CN resulta el medio judicial idóneo para impugnar actos administrativos que prescinden del dictamen jurídico previo. Ello en la inteligencia de procurar hacer cesar la lesión sobre el debido proceso adjetivo y restablecer, en su propia naturaleza, la garantía a la tutela administrativa efectiva, conforme lo establece el art. 1º *bis a* (*iii*), LNPA.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA) entendió que el *amparo* es una vía judicial idónea para declarar la nulidad de un acto administrativo que denegó un permiso para realizar obras, por cuanto la *ausencia de dictamen jurídico* previo se presenta como *un vicio grave y esencial*, de *fácil verificación* –la falta del dictamen jurídico previo había sido reconocida por la propia accionada– compromete la *garantía de defensa* y no asegura una suficiente fundamentación de lo que se decide[166].

A partir de la contundente doctrina labrada por la CSJN en Fallos: 347:180 (2024) es dable considerar que la falta absoluta de dictamen jurídico previo habilita la introducción de la pretensión de amparo con miras a salvaguardar y restablecer en su integridad la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva (art. 1º *bis*, inc. *a* ap. *iii*, LNPA reformada). Cabe recordar que en "Astorga Bracht s/amparo" [167] el segundo momento de la tutela administrativa efectiva se satisface con un procedimiento conducido en legal forma.

f) *Forma y finalidad*

En línea con el criterio anterior –llamado a atenuar la virtualidad invalidante de los vicios de forma– otro sector de la doctrina destaca que *la infracción*

166 SCBA, 4/9/2002, "Club Estudiantes de la Plata v. Municipalidad de La Plata s/amparo", ED Serie Especial Derecho Administrativo, 31/12/2002, p. 23. Correctamente el tribunal puntualiza (consid. 6º) que el acogimiento de la pretensión amparista no lleva ínsito la autorización para realizar las obras que el Municipio había denegado; antes bien, lo decidido en la sentencia habilitó al particular para continuar con las actuaciones iniciadas ante la Municipalidad y dispuso que ésta asegure, en el trámite de las actuaciones, el cumplimiento de las garantías del debido proceso en sede administrativa.

167 Sobre este tema véase los trabajos de CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativos: recursos y reclamos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 72 y ss; del mismo autor: "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva", *RAP*, 323, p. 75; y URRUTIGOITY, Javier,"El principio de tutela administrativa efectiva", *JA* 2005-IV, Suplemento de Derecho Administrativo del 30/11/2005, p. 35.

determinante de la invalidez del acto no es tanto el no respetar la forma exigida por la ley como el no haber conseguido el objetivo o fin que a través de ella se pretendía garantizar[168]. Esta posición subraya el carácter meramente instrumental de las formas, puesto que ellas están llamadas a asegurar la consecución de una determinada finalidad[169].

Esta *perspectiva sustancialista de las formas* hace prevalecer el objeto y finalidad de las formas sobre el puro formalismo de su observancia. De consiguiente, según esta posición, violación grave del procedimiento aplicable acaece solamente cuando no se alcanza y satisface el objetivo o finalidad querido por la forma impuesta por el ordenamiento jurídico.

2.2. *Vicio en el procedimiento y amparo*

El amparo es el proceso judicial idóneo para encauzar pretensiones impugnativas de actos administrativos que lesionen las garantías que vertebran el derecho a una tutela administrativa efectiva[170].

El amparo es la vía idónea para impugnar actos o reglamentos que impidan el acceso al procedimiento administrativo[171].

Frente a la emisión de actos de gravamen sin la previa intervención del particular afectado, el amparo se erige en el proceso judicial idóneo para anular y remover del mundo jurídico esos actos, hacer cesar definitivamente sus efectos y restablecer el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto de gravamen. (Según la jurisprudencia predominante, en tales supuestos resulta apropiado que el amparista indique las defensas y argumentos se vio impedido de oponer y cómo ellas habrían modificado la decisión adoptada).

El amparo es el proceso judicial idóneo para solicitar la anulación del acto de gravamen emitido sin que el particular interesado hubiese tenido la posibilidad de ofrecer y producir pruebas conducentes. (A tal efecto, resulta adecuado que el amparista señale cómo las pruebas que no tuvo oportunidad de producir habrían modificado el sentido de la decisión que lo agravia).

El acto administrativo emitido con ausencia absoluta de dictamen jurídico, cuando es de observancia obligatoria, constituye una violación grave del debido procedimiento previo que lesiona el derecho de defensa[172]. En estos supuestos, el amparo puede ser considerado una vía judicial impugnativa idónea.

168 Beladíez Rojo, *op. cit*., p. 117.

169 *Ibídem*.

170 Conf. art. 1º bis a, LNPA reformada por Ley 27.742; Fallos: 327:4185 ("Astorga Bracht s/amparo).

171 Conf. Fallos: 327:4185 ("Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo").

172 SCBA, 4/9/2002, "Club Estudiantes de la Plata v. Municipalidad de La Plata s/amparo", ED Serie Especial Derecho Administrativo, 31/12/2002, p. 23. Fallos: 347:180 (Asociación Civil

El amparo es la vía idónea para impugnar actos administrativos emitidos sin fundamentación o sin fundamentación digna en derecho[173], siempre que se demuestre, sin necesaria mayor sustanciación y prueba, que la antedicha insuficiencia impide al particular ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

El amparo es la vía idónea para restablecer el derecho a la participación no defensiva prevista en los arts. 75 inc. 17, con relación a las comunidades indígenas[174], y 42 de la Constitución Nacional, participación de usuarios y consumidores[175].

2.3. *Epílogo*

Las reformas introducidas por la Ley 27.742 a la LNPA tuvieron en miras, básicamente, fortalecer el derecho de defensa en sede administrativa y judicial y garantizar el adecuado respeto al derecho de propiedad. Es una reforma compatible con el derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden, las modificaciones de los arts. 7º inc. *d* y 14, inc. *b*, ap. (*iv*), LNPA, guardan una directa e inicial congruencia con la primera finalidad, favorecer la garantía de defensa en sede administrativa, en función de brindar mejor protección a los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad.

PATRICIO M. E. SAMMARTINO

Es Magíster en Derecho Administrativo, con diploma de honor. Profesor de grado y posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Austral y la Universidad Católica Argentina, entre otras. Director de la Escuela de Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad. Fue Director de la Maestría en Abogacía del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Universidad del Salvador c/ IGJ s/recurso directo", de 21 de noviembre de 2024).

173 Fallos: 342:1393 ("Scarpa s/Amparo", 2019); Fallos: 347:468 ("Melgarejo s/ Amparo", de 15 de mayo de 2024 y su cita: Fallos: 344:3573).

174 Fallos: 325:1744 ("Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi v. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ AMPARO", 11/7/2002) y Fallos: 326:325.

175 Fallos: 339:1077 ("Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros *el* Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo. - CEPIS, de 18-8-2016).

IMPLICANCIAS EN LOS RECURSOS DIRECTOS CONTRA EL ENARGAS

Miriam Alejandra Santangelo
Profesora de posgrado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Sumario: 1. Introducción. 2. Funciones y facultades del ENARGAS. 3. Facultades jurisdiccionales. 4. Funciones sancionatorias. 5. Otras funciones del ENARGAS. Recursos previstos en el art. 70 de la Ley de Gas. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Entre el amplio abanico de normas modificadas y derogadas por la Ley 27.742, también denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases)[1], encontramos las modificaciones introducidas a la Ley 24.076 (Ley de Gas o LG).

Pero antes de abordar las cuestiones atinentes a los remedios recursivos especiales de la LG, es oportuno destacar que se incluyeron diversas modificaciones, tanto en la mencionada norma como en la Ley 17.319 (Ley de Hidrocarburos), especialmente sobre temas de importación y exportación de hidrocarburos, con el objeto de brindar seguridad jurídica a las inversiones energéticas.

Otro cambio importante fue el plazo adicional de diez (10) años que se agregó al plazo de prórroga de las Licencias de Transporte y Distribución. De esta forma, las licencias otorgadas a las distribuidoras y transportistas (salvo GASNEA) terminarían el día 28/12/2027, mientras que la de GASNEA se produciría el día 26/6/2032, pero todas coinciden en que la prórroga de las licencias era de diez (10) años. Con el plazo adicional de 10 años de prórroga, a los 10 años ya previstos en las licencias, de otorgarse aquéllas, se extenderían las licencias hasta el año 2047 (y hasta el año 2052 para GASNEA).

Además incluye el art. 3º *bis* referido a las exportaciones de Gas Natural Licuado (GNL), disponiendo las funciones que el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) establecerá en la reglamentación sobre las autorizaciones otorgadas a tal

1 Publicada en el B.O. el 08/04/2024.

efecto por la Secretaría de Energía de la Nación, quien deberá realizar un estudio a los efectos de emitir una Declaración de Disponibilidad de Recursos Gasíferos en el largo plazo que contemple la suficiencia de recursos gasíferos en el país proyectada en el tiempo y el suministro de gas natural de otros orígenes para abastecer regularmente en el curso ordinario de los acontecimientos la demanda interna, y a la misma vez, suministrar sobre base firme e ininterrumpible los proyectos de exportación de GNL cuyo desarrollo y ejecución se prevea.

Un elemento importante que incluye la Ley de Bases es que el otorgamiento de una autorización de exportación firme de GNL implicará para sus titulares el derecho a exportar todos los volúmenes autorizados en forma continuada y sin interrupciones ni restricciones, reducciones o redireccionamientos por causa alguna durante cada día del período de vigencia de la autorización de exportación respectiva, así como el derecho de acceder sin restricciones ni interrupciones de ninguna naturaleza al suministro de gas natural o a la capacidad de transporte, procesamiento o almacenamiento de cualquier especie de los que sean titulares o que hubiesen contratado a tal fin.

Y además, por el art. 161 del Capítulo IV de la Ley de Bases se crea el Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad que "una vez constituido, reemplazará y asumirá las funciones del Enre y Enargas".

En tal sentido, la Ley de Bases estableció criterios homogéneos a nivel de toda la política energética (hidrocarburos líquidos, gas natural y energía eléctrica), y a la vez incluyó determinadas modificaciones en la LG tendientes a armonizar los criterios sobre los recursos especiales allí previstos, en relación a la también modificada Ley de Procedimiento Administrativo 19.549.

Se aclara que a la fecha de elaboración del presente trabajo aún no ha sido modificado el Decreto Nº 1738/92, reglamentario de la Ley 24.076.

Considerando entonces lo expresado anteriormente, se realizará un breve análisis de las funciones y facultades del Enargas para luego evaluar las modificaciones introducidas por la Ley de Bases.

2. FUNCIONES Y FACULTADES DEL ENARGAS

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la LG estableció que el transporte y distribución de gas natural son servicios públicos (art. 1º), sin perjuicio de la regulación sobre otros sujetos que esa norma identifica en su art. 9º. A tal efecto, el art. 2º de la ley establece los objetivos que deben ser ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el art. 50[2].

2 Dichos objetivos son: *a*) proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; *b*) promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; *c*) propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; *d*) regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando

A ello corresponde agregar que la base de la competencia del Organismo se encuentra detallada en el art. 52 de la Ley 24.076, que indica sus funciones y facultades[3].

---

que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley; *e*) incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural; *f*) incentivar el uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente; *g*) propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones.

3 *a*) Hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, en el ámbito de su competencia, controlando la prestación de los servicios, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los términos de la habilitación; *b*) Dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse todos los sujetos de esta ley en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores de interrupción y reconexión de los suministros, de escape de gas, de acceso a inmuebles de terceros, calidad del gas y odorización. En materia de seguridad, calidad y odorización su competencia abarca también al gas natural comprimido; *c*) Dictar reglamentos con el fin de asegurar que los transportistas y distribuidores establezcan planes y procedimientos para el mantenimiento en buenas condiciones de los bienes afectados al servicio durante el período de las respectivas habilitaciones y que proporcionen al ente informes periódicos que permitan determinar el grado de cumplimiento de dichos planes y procedimientos; *d*) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y consumidores y dictar las instrucciones necesarias a los transportistas y distribuidores para asegurar el suministro de los servicios no interrumpibles; *e*) Establecer las bases para el cálculo de las tarifas de las habilitaciones a transportistas y distribuidores y, controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta ley; *f*) Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquéllas a cargo de éstos; *g*) Publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios; *h*) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de habilitaciones de transporte y distribución de gas natural mediante licitación pública; *i*) Asistir al Poder Ejecutivo Nacional en las convocatorias a licitación pública y suscribir los contratos de concesión y determinar las condiciones de las demás habilitaciones ad referéndum del mismo; *j*) Propiciar ante el Poder Ejecutivo Nacional cuando corresponda, la cesión, prórroga, caducidad o reemplazo de las concesiones; *k*) Autorizar las servidumbres de paso mediante los procedimientos aplicables, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 23, y otorgar toda otra autorización prevista en la presente ley; *l*) Organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en esta ley; *m*) Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de transporte y distribución de gas natural, incluyendo el derecho de acceso a la propiedad de productores, transportistas distribuidores y consumidores previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza potencial a la seguridad y conveniencia pública; *n*) Promover ante los tribunales competentes, las acciones civiles o penales que tiendan a asegurar el cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y los términos de las habilitaciones; *ñ*) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso; *o*) Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesarios para verificar el cumplimiento de esta ley su reglamentación y los respectivos términos de las habilitaciones, realizando las inspecciones que al efecto resulten necesarias, con adecuado resguardo de la confidencialidad de información que pueda

De allí se desprende que no sólo el Organismo tiene funciones regulatorias y reglamentarias (que se complementan con gran cantidad de disposiciones dentro de la misma Ley 24.076 y su reglamentación por Decreto 1.738/92), sino que también el Congreso le confirió funciones de fiscalización y control. A eso debemos agregar las funciones jurisdiccionales que surgen del art. 66 de dicha ley, sobre la que nos referiremos en primer lugar.

3. FACULTADES JURISDICCIONALES

El art. 66 de la LG no sufrió cambios directos con la sanción de la Ley de Bases, pero sí se encuentra alcanzada en cierta medida por las modificaciones de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Recordamos que la norma establece que, para el ejercicio de estas facultades por parte del Enargas, se requiere la existencia de una controversia que debe ser actual y concreta, a fin de seguir los criterios de la CSJN[4] y las partes pueden ser cualquiera de los sujetos de la ley, con cualquier tipo de terceros interesados (incluyendo claro está, al resto de los sujetos de la industria detallados en el art. 9 de la ley citada), siempre que el motivo de dicha controversia se refiera a los servicios mencionados en el art. 66 de la Ley 24.076, es decir, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas. Aclara la norma que tales controversias deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.

Conforme nos enseña Barraza[5], admitir la existencia de tribunales administrativos requiere sortear algunas vallas constitucionales, por una parte, lo enfático del art. 109, que establece que el presidente de la Nación no podrá en ningún caso ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes

---

corresponder de acuerdo a lo dispuesto por la presente ley; *p*) Publicar información y asesorar a los sujetos de la industria del gas natural, siempre que con ello no perjudique indebidamente los derechos de terceros; *q*) Aplicar las sanciones previstas en la Ley 17.319, en la presente ley y en sus reglamentaciones y en los términos de las habilitaciones, respetando en todos los casos los principios del debido proceso; *r*) Asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas; *s*) Someter anualmente al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación un informe sobre las actividades del año y sugerencias sobre medidas a adoptar en beneficio del interés público, incluyendo la protección de los consumidores y el desarrollo de la industria del gas natural; *t*) Ejercer, con respecto a los sujetos de esta ley todas las facultades que la Ley 17.319 otorga a su *autoridad de aplicación*; *u*) Delegar en sus funcionarios las atribuciones que considere adecuadas para una eficiente y económica aplicación de la presente ley; *v*) Aprobar su estructura orgánica; *w*) Delegar progresivamente en los gobiernos provinciales el ejercicio de aquellas funciones que considere compatibles con su competencia; *x*) En general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación.

4 Ver Fallos: 310:2376; 327:4622; 328:3922; 331:563; entre otros

5 BARRAZA, Javier "Las funciones jurisdiccionales de la Administración. Estudio cualicuantitativo", *El Derecho* 273-721.

o restablecer las fenecidas. Asimismo, es necesario superar el obstáculo que impone el art. 29, que prohíbe al órgano ejecutivo que ostente la suma del poder público. Su estudio de la evolución jurisprudencial observa distintas etapas.

En la primera etapa, que denomina "Admisión plena" (1929-1941), la Corte no se preocupa por establecer ninguna limitación. Asimismo, se advierte una visión incorrecta del ejercicio de estas funciones. En el caso "Los Lagos"[6] la Corte expresa: "En esa calidad posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley, salvo la diferencia esencial de faltarse su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales y es así la exteriorización de una jurisdicción administrativa especial creada por ser indispensable a la realización del gobierno" (consid. 8º). Es decir, el autor considera que es una etapa de amplitud y también de desconcierto, al punto de que se equipara el acto administrativo a una sentencia judicial. En esta etapa se distinguieron los casos "Comité Radical"[7] (1929), "Hossain Abbes

6 CSJN, "Sociedad Anónima Ganadera "Los Lagos" c/Nación s/nulidad de decreto", 20/4/1941, Id SAIJ: FA41000000.

7 CSJN, 5-11-1929, "Comité Radical Acción contra resolución del Jefe de Policía de la Capital sobre derecho de reunión", Fallos: 156:81, en este caso la Corte admite que un órgano administrativo pueda ejercer funciones judiciales. Expresando la Corte que: "El Jefe de Policía, siendo un siendo un funcionario administrativo, ejerce, sin embargo, legalmente funciones que le confieren competencia para juzgar en primera instancia". Agregando que "Que ya sea ese poder de juzgar y de conocer atribuido al Jefe de Policía en materia de derecho de reunión una función de naturaleza análoga a la que confiere el Código de Procedimientos en lo Criminal o ya se trate de una jurisdicción de carácter contencioso en única instancia, en cualquiera de esos dos aspectos se trataría según la jurisprudencia de esta Corte de una sentencia definitiva que decide una cuestión de orden constitucional en contra de lo sostenido por los recurrentes, comprendida, por consiguiente, en el art. 14 de la Ley 48". Es así que la Corte admite el ejercicio de funciones jurisdiccionales con un criterio flexible para poder interponer el recurso extraordinario.

Kohlil"[8] (1940), "Antonio Costes"[9] (1940), "Laboratorios Suarry"[10] (1940), "Parry"[11] (1941), "Impuestos internos vs. Mazetti y Moscatelli"[12] (1941).

En la Segunda etapa, que el Dr. Barraza la denomina "Los contornos iniciales" (1942-1959), la Corte empieza a delinear y poner límite a la admisión sin límites de las funciones jurisdiccionales de la administración. Podemos denominar a esta etapa de los contornos iniciales, porque la Corte no abandona su postura de admitir este tipo de función, pero establecerá límites y condiciones. En esta etapa se verifican los fallos más importantes, los siguientes: "Blas Freijomil"[13] (1943),

8 CSJN, "Hossain Abbes Kholil c. Cía Swift de la Plata" (Fallos: 186:337). En este caso la Corte sentó como regla general que las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación; se dan sus instituciones y organizan sus poderes sin intervención del gobierno federal, dictan sus leyes de procedimientos y eligen sus jueces dentro de las exigencias de los arts. 5º y 67, inc. 11, de la Constitución Nacional y, por lo tanto, pueden crear tribunales especiales para faltas y para reglamentar el trabajo y la higiene, siempre que establezcan garantías para la defensa en juicio. En resumen, estando admitido el funcionamiento de los tribunales administrativos dentro del ámbito de la Provincia de Córdoba, y convalidadas dichas facultades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con especial referencia a la materia que nos ocupa) no existe obstáculo para que en Provincia de Córdoba se establezca una instancia prejudicial de carácter obligatorio, en la medida que se preserve el debido proceso y se asegure el adecuado control judicial de las decisiones de la administración.

9 CSJN, "Antonio Costes c/ Andres Prado", 187:79. En este caso se reiteran los argumentos de la sentencia "Kholil", y la Corte agrega que el ejercicio de funciones judiciales es sólo un matiz de la función administrativa, indicando que: "El matiz de delegación de atribuciones judiciales que pudiera existir en la ley impugnada, es complemento de las funciones administrativas que ella otorga al Departamento del Trabajo".

10 CSJN, "Laboratorios Suarry", 20-11-1940, Fallos: 188:394. En esta ocasión la Corte no analiza la constitucionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración, pero indica "Que si bien el recurso extraordinario no procede sino respecto de las sentencias judiciales (Fallos 182,83; 183,100; 185,46) por excepción puede prescindirse de este requisito cuando las autoridades administrativas han procedido en el ejercicio de las facultades judiciales legalmente reconocidas y sin recurso para ante otro tribunal de justicia (Fallos: 155,356; 156,81)".

11 CSJN, "Parry, Adolfo E", 20-10-1941, Fallos: 191:85. En este caso, la Corte señaló: "Que es jurisprudencia reiterada de esta Corte que cuando los funcionarios administrativos están facultados por ley para aplicar sanciones penales, o decidir las cuestiones que surjan con motivo del ejercicio de derechos fundamentales, de manera que no admita revisión por los tribunales de justicia, sus resoluciones son apelables por la vía del art. 14 de la Ley 48".

12 CSJN, "Impuestos internos vs. Mazetti y Moscatelli", 26-12-1941, Fallos: 191:514. En esta ocasión la Corte reitera los argumentos de "Parry", admitiendo el ejercicio de funciones jurisdiccionales y además sentó un criterio amplio para acceder al recurso extraordinario al entender el Máximo Tribunal que se decidían "cuestiones que surjan con motivo del ejercicio de derechos fundamentales".

13 CSJN, "Blas Freijomil v. Cía, de Seguros La Nueva Zelandia", Fallos: 195:51. La Corte reitera los argumentos del casos "Kholil", indicando además que los tribunales del trabajo están dirigidos por letrados y tienen una organización previsora y ágil.

"Etcheverry"[14] (1953); "Perelli de Mercatalli"[15] (1956); "López de Reyes"[16] (1959).

La Tercera etapa identificada por el Dr. Barraza la denomina "Admisión condicionada" (1960- 2005). En esta etapa la Corte fija con grado de detalle en qué casos se va a admitir la existencia de tribunales administrativos. Asimismo, se sortea la valla del art. 109 de la CN que prohíbe al presidente de la Nación ejercer funciones judiciales. Los casos más importantes de esta etapa son: "Fernández Arias c. Poggio" (1960), "Coria"[17] (1962), "Rosales"[18] (1962), "Cámara

14 CSJN, "Etcheverry, Raúl y otros c/ Grillo Hermanos", 14-12-1953, Fallos: 227:677. En este caso la Corte indicó que "encarando la creciente complejidad de funciones de la Administración, ha encontrado admisible que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses cuya tutela se procura, sean juzgados por funcionarios y formalidades especiales. El tribunal ha contemplado algunos de estos supuestos y admitido la validez de los procedimientos arbitrados, con el fin de hacer posible y eficaz la aplicación de las disposiciones legales que rigen o sancionan los asuntos de que se trata".

15 CSJN, "Perelli de Mercatalli", Fallos: 234:715. En esta ocasión la Corte consideró que el ejercicio de funciones jurisdiccionales a órganos que no integran el Poder Judicial debe ser considerado de carácter excepcional y corresponde una interpretación restrictiva.

16 CSJN, "López de Reyes, María Consuelo v. Instituto Nacional de Previsión Social", Fallos: 244:548, del 25-09-1959. Se trataba de una persona que había sido afectada por una decisión del Instituto Nacional de Previsión Social, que le negó el derecho a obtener una jubilación por incapacidad. La Corte señaló que: "La exigencia de que las decisiones de los organismos administrativos con funciones jurisdiccionales dejen expedita la instancia judicial, no es rígida y puede adecuarse a los requerimientos impuestos por la estructura del Estado moderno y por las actividades que él desarrolla teniendo en vista el bienestar social. Entendida con el sentido de que aquellas decisiones quedarán sujetas a control judicial suficiente –o sea que no se conferirá a los funcionarios un poder absolutamente discrecional– tal exigencia tiene alcance variable según las peculiaridades de cada situación jurídica y debe ser armonizada con factores o circunstancias tales como la naturaleza del derecho individual alegado, el carácter de los organismos actuantes, la complejidad técnica de las materias, la índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos, el régimen y la organización administrativa establecidos para garantizarlos, etc.".

17 CSJN, "Coria, Elsa Rosa", 21-05-62, Fallos: 252:356. El jefe de Policía impuso a la Sra. Elsa Coria la sanción de trece (13) días de arresto por el ejercicio de la prostitución; dicha sanción no era redimible por multa. El cuestionamiento a tal decisión era que tal sanción constaba en un formulario. Asimismo, que los fundamentos de esa resolución se remitían a las constancias del expediente. El principal argumento de la Corte para dejar sin efecto la resolución del jefe de Policía se basó en que no se había respetado el derecho de defensa. Sin embargo, el Procurador General consideró que la resolución cuestionada como una sentencia, al procedimiento que sustanciaba el jefe de Policía como un juicio, y consideró al jefe de Policía como un juez. Por otra parte, el caso revela un retroceso, pues la Corte fija las bases de lo que debe entenderse por el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos en "Fernández Arias" y en este fallo no hay ninguna referencia a ese pronunciamiento judicial.

18 CSJN, "Rosales, Gabriel Telésforo c/ S.A. Cía. Azucarera Tucumana Ing. La Trinidad", 28-09-62, Fallos: 253:485. En este caso la Corte consideró lesiva del derecho de defensa en juicio la decisión a la que había llegado la Comisión Arbitral de la Cámara Gremial de Productores de

Gremial de Productores de Azúcar"[19] (1963), "Carlos María Fernández"[20] (1967), "Dumit"[21] (1972), "Ojeda"[22] (1978), "Madala"[23] (1983), "Casa Enrique

Azúcar de Tucumán, la que, de acuerdo con la ley provincial 1403, resolvió un conflicto entre particulares sobre aspectos propios del derecho común. Asimismo, solo estaban previstos los recursos de nulidad e inconstitucionalidad local ante el Tribunal Superior de la Provincia de Tucumán.

19 CSJN, "Cámara Gremial de Productores de Azúcar", 24-05-63, Fallos; 255:354. En este caso la Corte admitió la existencia de tribunales administrativos siempre que dejen expedita la vía judicial y un control judicial suficiente, expresando que: "La posibilidad de limitar los derechos individuales, ya por vía de reglamentación legal, ya por vía de actos ejecutivos, no justifica la inexistencia de control judicial suficiente" (consid. 4º). En el caso, se trataba de una decisión administrativa que no preveía la revisión judicial ulterior, lo cual fue declarado inconstitucional.

20 CSJN, "Carlos María Fernández", 8-3-67, Fallos: 267:97. En esta ocasión la Corte reitera los fundamentos de "Fernández Arias", en cuanto a la necesidad de un control judicial suficiente.

21 CSJN, "Dumit, Carlos José c. Instituto Nacional de Vitivinicultura", 8-11-72, Fallos: 284:150. La Corte admitió la existencia de tribunales administrativos, cuya validez está supeditada a que dejen expedita la instancia judicial posterior, máxime -en el caso- que se trataba de la aplicación de sanciones penales.

22 CSJN, "Ojeda, Domingo Antonio s/apelación resolución TAN", 8-8-78, Fallos: 301:1103. La Corte señaló en este caso que el control judicial supone la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones definitivas en cuanto a los hechos y al derecho aplicable; esa exigencia no constituye un principio rígido, sino que su alcance debe adecuarse a las peculiariedades de cada situación jurídica, armonizándolo con las circunstancias concretas del caso, entre las cuales adquieren especial relevancia el carácter de los órganos actuantes y la complejidad técnica de la materia.

23 CSJN, "Madala, Adolfo Daniel s/recurso de queja", 1-3-83, Fallos: 305:129. En este caso se trataba de una condena que impuso el director general de Asuntos Judiciales de la Policía Federal Argentina para la cual estaba previsto el recurso extraordinario. Ante tales circunstancias, el Máximo Tribunal entendió que la posibilidad de interponer recurso extraordinario por inconstitucionalidad o arbitrariedad importaba un cercenamiento del acceso a la instancia judicial propiamente dicha y se entendió que tal situación comportaba la privación de justicia.

Schuster"[24] (1987), "Octavio di Salvo"[25] (1988), "Complejo Agroindustrial San Juan"[26] (1996), "Litoral Gas"[27] (1998).

La Cuarta etapa es denominada La restricción (2005-2017). En esta etapa se registra una restricción a las potestades de los órganos administrativos que ejercen facultades jurisdiccionales. Podemos citar en esta etapa el caso "Ángel Estrada"[28] (2005) y personalmente agrego el caso "Pogonza"[29] (2021).

En el caso "Estrada", la Corte hace referencia a la jurisdicción primaria de los organismos administrativos en las controversias, en la medida en que las relaciones entre ellos afectan el correcto funcionamiento del servicio. Agrega que la denominada "jurisdicción primaria" de las agencias administrativas comprende los conflictos que originalmente corresponden a la competencia de los jueces ordinarios, pero que en virtud de la existencia de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un

24 CSJN, "Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/Administración Nacional de Aduanas", 27-10-87, Fallos: 310:2159. La Corte indicó que las decisiones de órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales deben garantizar un control judicial posterior, a fin de impedir que dichos órganos ejerzan un poder discrecional exento de toda revisión ulterior.

25 CSJN, "Octavio di Salvo s/hábeas corpus", 24-3-96, Fallos: 311:334. La Corte señaló que: "Entre las limitaciones que se han establecido a la actividad jurisdiccional de los organismos administrativos figura, ante todo, la que obliga a que sus pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior" (consid. 5º).

26 CSJN, "Complejo Agroindustrial San Juan S.A. c/Distribuidora de Gas del Norte S.A.", 23-4-98, Fallos: 319:498. Se discutía sobre las facultades jurisdiccionales de un ente regulador (42). En este caso, la Corte afirmó: "Respecto a los alcances de dicha facultad jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en la ley en su art. 66, a los fines de distinguir en qué conflictos interviene y a cuáles sujetos se refiere, cabe poner de relieve que, si bien dicha norma puede prestarse a confusión en cuanto a quiénes son los sujetos que pueden acudir al organismo, de los arts. 29 y 67 de la normativa surge que se ha previsto la intervención del mismo, ya sea de oficio o por denuncia de interesado consumidor o sujeto activo de la relación, para resolver situaciones que se planteen entre ellos, tales como la dada en el *sub lite*. Por otra parte, la citada legislación también ha establecido el procedimiento destinado a que la decisión jurisdiccional administrativa encuentre suficiente control judicial, que asegure el ejercicio de derecho de defensa del interesado (arts. 67, ap. 2º y 70)" (del dictamen del Procurador General de la Nación).

27 CSJN, "Litoral Gas S.A. c/ENARGAS s/Resolución 29/1994", 16-04-98, Fallos: 321:776. En este caso, el Máximo Tribunal expresó: "El ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, a efectos de una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, está condicionado a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente y la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo".

28 CSJN, "Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. Nº 750-002119/96). s/ recurso extraordinario", 05-04-2005, Fallos: 328:651.

29 CSJN, "Pogonza, Jonathan Jesús c/Galeno ART SA s/accidentes- ley especial", 2-9-2021,

cuerpo administrativo (confr. "United States v. Western Pacific Railroad", citado precedentemente), con la salvaguarda de que la palabra final sobre la validez de las órdenes o regulaciones dictadas por aquél siempre compete a los jueces ordinarios. La expresión "toda controversia" contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios. En particular, la administración de los remedios ordinarios, esto es, el poder para dirimir el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador. Ello es así porque tal poder no guarda relación con los motivos tenidos en mira por el legislador al crear el ente en cuestión, al margen de que una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador sobre el punto carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme las reglas relativas a la ejecución de sentencias, pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. En suma, que su intervención resultaría estéril, pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que, conforme a la ley, tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria.

Es así que la jurisprudencia de la Corte establece como requisitos para el ejercicio de facultades jurisdiccionales de los organismos administrativos, que: 1) no sea materia de intervención del organismo cuestiones de derecho común; 2) que requiera los conocimientos específicos de aquél a fin de resolver el conflicto; y que 3) la decisión jurisdiccional administrativa encuentre suficiente control judicial, que asegure el ejercicio del derecho de defensa del interesado.

Respecto del caso "Pogonza", la Corte se expidió el 2 de setiembre de 2021, sobre la constitucionalidad de la intervención de las comisiones médicas con carácter previo al judicial, obligatorio y excluyente. La norma cuestionada establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. Ese plazo es prorrogable, por única vez, por treinta días hábiles, por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido ese plazo la norma deja expedita la vía judicial. Este recaudo reviste interés para el examen de la norma pues el derecho a ser oído en un plazo razonable, que integra la garantía del debido proceso, rige en los procedimientos administrativos (cf. Corte IDH, caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127).

Es preciso hacer hincapié también en que, si bien la Ley 27.742 no modificó el art. 66 de la LG –como ya se señaló–, el plazo razonable para resolver estas controversias es fundamental que sea respetado por el Organismo Regulador, en tanto la misma norma indica que la intervención del ENARGAS es previa y obligatoria (respecto de la decisión judicial), y por ello se requiere cierta celeridad en

el procedimiento para poder obtener en sede administrativa y/o en sede judicial, una resolución útil.

Al respecto, Gutiérrez Colantuono[30] nos recuerda que: "El abordaje habitual de la garantía del art. 18 de la Constitución argentina ha sido concebido desde dos módulos fundamentales: la perspectiva de acceso al juez y la correlativa posibilidad de obtener una resolución útil, esto es, dotada de eficacia práctica, por medio de la cual ese juez brinde protección al derecho postulado. En otros términos, el propósito inicial del constitucionalismo consistió en asegurar el papel protagónico del juez como vehículo de la tutela de los derechos; y uno de los objetivos centrales en ese aseguramiento –del cual deriva la idea de tutela efectiva– consistió en la necesidad de evitar que, por la sacralización de las formas, esa protección perdiera vigor o se viera lisa y llanamente anulada en la práctica. De ahí el calificativo de *efectiva*, que, sin esa aclaración de rechazo del ritualismo formal excesivo, nos resultaría redundante. La noción apuntada tiende a reafirmar, enfatizar, el carácter instrumental de las formas frente a los fines del ordenamiento". Agrega el autor que "la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta como un paso más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos, y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que la caracterizan y distinguen de su par judicial: a) el papel preventivo que se le asigna, a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez mediante una acción tutelar oficiosa de la Administración; y b) el lugar privilegiado de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que, por excelencia, presenta los rasgos –que, justamente, le dan sus contornos diferenciales– de inmediatez y concreción, es decir, de cercanía con la persona."

Habiendo evaluado los antecedentes jurisprudenciales de las funciones jurisdiccionales de la Administración, podemos observar que el art. 66 de la Ley 24.076 no tuvo modificaciones directas con la sanción de la Ley de Bases, pero no podemos perder de vista que el art. 44 de la Ley 27.742 incluyó el art. 25 *bis* a la Ley 19.549, mediante la cual establece que: "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".

En tal sentido, el plazo de quince (15) días hábiles establecido por el art. 66 de la Ley 24.076 para impugnar las resoluciones que dicta el ENARGAS en uso de sus facultades jurisdiccionales ha sido duplicado por la Ley de Bases, cuestión

30 GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. "El Procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva" XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, pp. 351 a 353.

que parece una solución claramente justa en tanto el plazo originario resultaba a todas luces exiguo e insuficiente para quien pretende ejercer sus derechos en sede judicial. En orden a ello, luego del dictado de la Ley 27.742 el organismo aclara a las partes, al notificar las resoluciones materialmente jurisdiccionales (tal es la denominación de los actos administrativos dictados por el ENARGAS con motivo de la aplicación del art. 66 mencionado), que el plazo para interponer el recurso correspondiente es de treinta (30) días hábiles judiciales para que no exista confusión al respecto. Habría que observar si la reglamentación de la Ley 24.076 por el Decreto 1738/92 indicará alguna aclaración sobre dicho plazo.

Finalmente debe recordarse que la LG no admite el recurso de Alzada contra las resoluciones dictadas en función de las facultades jurisdiccionales.

4. FUNCIONES SANCIONATORIAS

Luego de ejercer las funciones de fiscalización y control para verificar el cumplimiento del Marco Regulatorio de la Industria del Gas, en el caso de detectarse irregularidades, el ENARGAS debe iniciar un procedimiento sancionatorio. Para ello debe tener en cuenta si el sujeto involucrado es una Licenciataria de Transporte o Distribución, al que deberá aplicar las disposiciones del Capítulo X de las Licencias (cuyo modelo fue aprobado por Decreto 2255/92, y fue incluido como Anexo en las licencias otorgadas oportunamente). Si no se trata de una Licenciataria corresponde la aplicación de lo dispuesto en el art. 71 de la Ley de Gas. En todos los casos debe imputarse las faltas, informando al sujeto las conductas reprochables, la normativa incumplida y se le otorgará un plazo de diez (10) días hábiles administrativos para que produzca su descargo. Cumplido el plazo para ello, y aplicando las medidas que garantizan el debido proceso, el organismo debe dictar una resolución imponiendo la sanción correspondiente.

Ante dicha sanción, el sujeto objeto de aquella puede interponer el recurso previsto en el art. 73 de la Ley 24.076. Su redacción originaria indicaba que: "Las sanciones aplicadas por el ente *podrá impugnarse* ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los 30 días hábiles judiciales posteriores a la notificación". Luego, el art. 158 de la Ley de Bases modificó el art. 73 de la Ley de Gas, cuya nueva redacción establece que: "Las sanciones aplicadas por el Ente Nacional Regulador del Gas *serán impugnables* ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación".

La diferencia sutil entre ambos textos consiste en el reemplazo de la frase "podrá impugnarse" por "serán impugnables", pudiendo interpretarse que la norma intenta restringir especialmente el recurso de Alzada contra actos administrativos cuyo objeto es la aplicación de una sanción.

En primer lugar, cabe indicar que el texto original ya preveía el recurso directo de este tipo de resoluciones, por lo cual el sujeto sancionado puede recurrir directamente ante la justicia conforme lo indica el art. 73 mencionado.

Respecto del Recurso de Alzada, la Procuración del Tesoro interpreta restrictivamente este tipo de impugnación contra los actos de los entes reguladores[31], lo cual es un avance en igual dirección, con privilegio de su autarquía funcional[32]. Se ha dicho en tal sentido que "no procede la revisión por vía de alzada de los actos administrativos dictados por los entes reguladores, en ejercicio de competencias que les hayan sido encomendadas exclusivamente en función de su idoneidad técnica, cuyo 'objeto' sea 'técnico' y el recurso impugne únicamente ese 'objeto', salvo que se configure un supuesto de arbitrariedad". La doctrina comparada considera anormal esta forma de tutela de la administración central sobre los actos de los entes descentralizados[33]. Sin embargo, se ha autorizado el recurso de alzada contra resoluciones del ENRE, ENARGAS, ETOSS y la CNC.

Debe tenerse en cuenta que a pesar de la interpretación que debe realizarse sobre la nueva redacción del art. 73 de la LG, que pareciera indicar que sólo podría interponerse el recurso judicial allí previsto, corresponde también hacer referencia a lo ya manifestado sobre la tutela administrativa efectiva, y por ende, pese a que el sujeto sancionado tiene la posibilidad de interponer el recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Administrativo Federal, si opta por impugnar la decisión en sede administrativa, correspondería que el ENARGAS sustancie el mismo de acuerdo a las disposiciones de la LPA.

Al respecto, Gutiérrez Colantuono[34] indicó que la "alusión jurisprudencial expresa a esta noción se dio por primera vez en Argentina en el precedente "Astorga"[35] de la Corte Federal, en el cual el tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales "resguarda el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva", a la cual se califica como una "garantía" que "supone la posibilidad de

31 PTN, Dictámenes, 228:114; RDA, 27/28:400-96, con nota de SEIJAS, GRACIELA, "Los entes reguladores y la extensión del recurso de alzada...,".

32 "La autonomía de los entes de regulación y control", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Buenos Aires, sept. 2001, p. 32 y ss.; GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 478-9.

33 BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 187. Este autor, asimilando el jerárquico con la alzada, considera que "no procede en relaciones interorgánicas de tutela, como las que vincular la Administración Descentralizada con los órganos de la Administración Central", p. 187. Reconoce lo mismo, salvando su opinión, ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Tesis de derecho administrativo*, San José, Stradtmann, 1998, p. 326 y ss.; tampoco admite la revocación o reforma del acto por la administración central RODRÍGUEZ R., Libordo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 10ª ed., Bogotá, Temis, 1998, p. 53.

34 GUTIERREZ COLANTUONO, "El Procedimiento... ya cit. P. 353

35 CSJN, "Astorga Bracht", 14-10-2004.

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 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".

Otros elementos a tener en cuenta respecto de la norma que se evalúa es que la reglamentación de la Ley 24.076 por el Decreto 1738/92 dispone, respecto de los arts. 65 a 70 de la ley citada que:

"Las disposiciones de la Sección XI del Capítulo I de la Ley serán reglamentadas por el Ente con adecuación a las siguientes reglas y principios:

(1) Salvo que la Ley o esta Reglamentación dispongan expresamente un plazo distinto, el silencio administrativo se configurará según los plazos previstos por la Ley de Procedimientos Administrativos; el Ente, en sus reglamentaciones, podrá abreviar pero no extender estos últimos plazos, o disponer el carácter afirmativo del silencio.

(5) No será necesario agotar la vía administrativa si por la índole de la cuestión controvertida, y los actos precedentes del Ente, la voluntad administrativa contraria a la posición sustentada por el interesado es conocida, resultando tal procedimiento una inútil demora. Este inciso no será aplicable cuando existan cuestiones de hecho controvertidas.

(11) La interposición del recurso de alzada no será necesaria para que se considere agotada la vía administrativa a los efectos del recurso judicial previsto en el Art. 70 de la Ley."

Respecto del silencio positivo, no quedan dudas que rigen las pautas de las disposiciones de la LPA con las modificaciones de la Ley de Bases (sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 15.3 de las Licencias en relación al Consentimiento Tácito, que se comentan más adelante).

En el próximo capítulo haré referencia a las disposiciones del art. 70 de la LG, puesto que resulta una de las reformas más importantes de la Ley de Bases respecto de las medidas recursivas especiales de la Ley de Gas.

5. Otras funciones del ENARGAS. Recursos previstos en el artículo 70 de la Ley de Gas

Debe tenerse en cuenta que las resoluciones del ENARGAS que no tengan por objeto la resolución de una controversia (en los términos del art. 66 de la LG), o la aplicación de una sanción (art. 73 de la LG), deben tramitar según las prescripciones del art. 70. Al respecto, éstas pueden consistir en actos de alcance particular o actos de alcance general (respecto de los que rigen las disposiciones del art. 24

de la LPA y art. 73 de su Decreto Reglamentario). En tal sentido corresponde distinguir ambos tipos de actos a los fines de determinar cuáles eran (antes de la Ley de Bases) sus remedios recursivos. Así, los actos de alcance particular incluidos en el art. 70 de la LG debían ser impugnados por el Recurso de Reconsideración (art. 84 de la LPA) para agotar la vía administrativa y poder acceder a la instancia judicial, en cambio, los actos de alcance general debían ser impugnados por medio del reclamo impropio para lograr agotar la vía. Actualmente, con las modificaciones de la LPA y el RLPA no sería necesario agotar la vía administrativa para acceder a la instancia judicial en ninguno de los casos.

El texto original del art. 70 de la LG establecía que: "Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la LPA y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa, procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones CAF." Con las modificaciones de la Ley de Bases, el nuevo texto del artículo citado dispone: "Los actos emanados de la *máxima autoridad* del ENRG *serán impugnables* ante la CNA en lo CAF mediante *recurso directo* a interponerse dentro de los 30 días hábiles judiciales posteriores a su notificación".

Debe recordarse también que aquellos actos de alcance general dictados por el Organismo en ejercicio de la potestad reglamentaria, en tanto son considerados dentro de las potestades reglamentarias de la Administración en general, participan de la misma naturaleza que los reglamentos delegados por el Congreso. En tal sentido se expresó Alberto Bianchi que "la delegación que reciben los entes reguladores está comprendida dentro de las materias determinadas de administración del art. 76" (fs. 85) de la Constitución Nacional. Por ello no corresponde que el Poder Ejecutivo derogue un reglamento dictado por el Ente (fs. 98), sin perjuicio que el PEN pueda revocar un acto individual por aplicación del acto de alcance general. Luego de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, ya no habría posibilidad que el PEN modifique un reglamento emitido por el Organismo tal como lo entendía previamente la doctrina.

No debe olvidarse que el art. 97 de la reglamentación de la LPA por el Decreto 1759/72 dice: "El recurso de alzada podrá deducirse en base a los fundamentos previstos por el art. 73, *in fine*. Si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada solo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto, salvo que la ley autorice el control amplio. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo sin embargo modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren".

A la vez, resulta necesario realizar la misma evaluación sobre la tutela administrativa efectiva sobre la impugnación en sede administrativa de los actos de alcance

particular que siguen el trámite previsto en el art. 70 de la LG (al igual que las modificaciones del art. 73 de la LG), en cuanto a que el texto de dicha norma resultaría un impedimento para que el administrado pueda optar por la instancia administrativa previa a la instancia judicial. Cabe agregar que el administrado puede interponer otros recursos (como el de Reconsideración, de Revisión y el de Aclaratoria), que son parte de las medidas del debido proceso administrativo en defensa del administrado, y por ende no puede por ello considerarse que tienen cercenado el derecho de interponerlos. Al respecto debe también tenerse en cuenta que, si un administrado interpone un Recurso de Alzada sobre el que consideremos que la norma no lo permite, no debe ser el Organismo el que lo rechace sino el órgano que debe resolverlo, por ello sólo debería limitarse a elevarlo dentro de los cinco días hábiles que indica la norma.

Otro elemento a tener en cuenta es que el nuevo texto del art. 70 de la LG hace referencia a los "actos emanados de la máxima autoridad del Ente Nacional Regulador del Gas" para disponer que aquellos son impugnables ante la Cámara por recurso directo, por ende, aquellas decisiones que no sean actos emanados de la máxima autoridad del Organismo deberían seguir manejándose como antes (debiendo ser impugnados por el Recurso Jerárquico para agotar la vía administrativa).

Además, debe reiterarse que el inc. 5) de la reglamentación de los arts. 65 a 70 de la Ley de Gas por el Decreto 1738/92 dispone que: "No será necesario agotar la vía administrativa si por la índole de la cuestión controvertida, y los actos precedentes del Ente, la voluntad administrativa contraria a la posición sustentada por el interesado es conocida, resultando tal procedimiento una inútil demora. Este inciso no será aplicable cuando existen cuestiones de hecho controvertidas". Y además su inc. 11) establece que: "La interposición del recurso de alzada no será necesaria para que se considere agotada la vía administrativa a los efectos del recurso judicial previsto en el art. 70 de la ley". Cabe tener presente que aún no fue modificado el Decreto 1738/92, reglamentario de la Ley 24.076 y por ello debería completarse este análisis con las disposiciones que determine próximamente el PEN.

Respecto de otra cuestión importante en lo que es materia de las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases, corresponde indicar que ya estaba indicado en la reglamentación de los arts. 65 a 70 de la LG por el Decreto 1738/92 que: "Salvo que la ley o esta Reglamentación dispongan expresamente un plazo distinto, el silencio administrativo se configurará según los plazos previstos por la ley de PA; el Ente, en sus reglamentaciones, podrá abreviar pero no extender estos últimos plazos, o disponer el carácter afirmativo del silencio". Por ello no es ajeno al Marco Regulatorio de la Industria del Gas, las cuestiones atinentes al silencio positivo. Pese a ello, no han sido evidenciados los casos en que se ha aplicado esta disposición.

Por otra parte, el punto 15.3 de las Licencias de T y D establece bajo el Título Consentimiento Tácito que: "Excepto cuando la disposición pertinente requiera decisión expresa, toda autorización o aprobación que la Licenciataria deba solicitar

a la Autoridad Regulatoria de acuerdo con la Ley, el Decreto Reglamentario o la Licencia, *se considerará otorgada* si transcurriere el plazo establecido para la decisión sin que la Autoridad Regulatoria haya formulado observación. Cuando no hubiere plazo especial establecido regirá un plazo de treinta (30) días, pero en estos casos será necesario aguardar quince (15) días siguientes al pedido de pronto despacho presentado por la Licenciataria y dirigido al Directorio de la Autoridad Regulatoria. En caso de cuestiones de gran complejidad, cuando fuere de aplicación el plazo general de treinta (30) días, la Autoridad Regulatoria podrá extender ese plazo notificándolo a la Licenciataria dentro de los treinta (30) días iniciales del plazo".

Esta disposición tiene una base contractual entre el Estado y las Licenciatarias, y rige desde el otorgamiento de dichas Licencias.

Finalmente cabe indicar que en tanto el art. 10, inciso *b*) de la Ley 19.549 dispone –en su nueva redacción– "la aplicación general del silencio positivo para las autorizaciones administrativas, así como sus excepciones, posibilitando la incorporación de otros supuestos de excepción por vía reglamentaria". Conforme al citado artículo, el silencio con sentido positivo 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.

Al respecto, si bien son declarados servicios públicos el transporte y la distribución de gas natural, existen otras actividades reguladas por el ENARGAS que, sin ser servicios públicos, tienen relación directa con cuestiones de seguridad pública o de seguridad de las transacciones con vistas a la tutela de los principios consagrados en la Ley 24.076 que deben ser exceptuadas del alcance del art. 10, inc. *b*) de la LPA (como las autorizaciones en materia de uso de Gas Natural Vehicular –GNV–, las autorizaciones en materia de inicio de obras relacionadas con el transporte de gas natural, autorizaciones en materia de Almacenaje de gas y autorizaciones en materia de Organismos de Certificación).

Debe tenerse en cuenta sobre este aspecto que por Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros 836/2024, a partir del 1º de diciembre de 2024 el ENARGAS deberá implementar el silencio con sentido positivo en el marco de procedimientos administrativos en los cuales tramite el otorgamiento de una autorización administrativa, estimamos, con las excepciones indicadas en el párrafo anterior.

6. CONCLUSIONES

En general podría concluirse que las reformas efectuadas por la Ley de Bases sobre la Ley de Gas respecto de los remedios recursivos especiales tienen en cuenta los nuevos criterios implementados en la LPA, resaltando como elemento que merecía el cambio que reclamaba la doctrina y jurisprudencia, el

referido al agotamiento de la vía administrativa previsto en el texto original del art. 70 de la Ley 24.076.

La ampliación del plazo para impugnar en sede judicial las resoluciones dictadas por el ENARGAS en función de sus facultades jurisdiccionales realmente es otro beneficio que aporta la Ley 27.742.

En cuanto a la posible interpretación que se pueda realizar sobre los recursos directos de los arts. 70 y 73, considero que el administrado debe tener la opción de acudir directamente a la justicia o la posibilidad –a su elección– de mantener la instancia administrativa, en virtud de la tutela administrativa efectiva consagrada en el ámbito convencional y receptado en el mencionado caso "Astorga Bracht".

7. BIBLIOGRAFÍA

BARRAZA, Javier Indalecio, "Las funciones jurisdiccionales de la Administración. Estudio cualicuantitativo", El Derecho 273-721.

BIANCHI, Alberto "Algunas precisiones sobre el alcance de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores", EDA, 00/01-449.

BIANCHI, Alberto B. "La potestad reglamentaria de los entes reguladores" Revista de Derecho Administrativo Económico Nº 16, págs.. 77-100

CASSAGNE, Juan Carlos Cassagne, "Consideraciones en torno al sistema judicialista argentino y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo, ED, 215-784.

CICERO, Nidia Karina, "Una relectura de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores", EDA, 2003-784.

COVIELLO, Pedro José Jorge "La influencia de la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en materia de tribunales administrativos en la República Argentina y sus consecuencias sobre el contencioso-administrativo", RDA 2020-131, 05/10/2020, 201, AR/DOC/2806/2020.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. "El procedimiento Administrativo y la Tutela Administrativa efectiva", Agosto de 2010, Revista Rap pág. 349, Ediciones Rap, Id SAIJ: DACF150557.

PALACIOS, Mariano "Recurso directo contra resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas –ENARGAS-," RAP, Esp-2010: 7.

MURATORIO, Jorge I. "Algunas consideraciones acerca del recuso judicial directo" en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, La Ley.

STUPENENGO, Juan Antonio, "¿Reviste carácter contencioso el recurso directo contra actos administrativos jurisdiccionales?", EDA, 2005-278.

MIRIAM ALEJANDRA SANTANGELO

Es Especialista en Regulación de Servicios Públicos y Derecho Administrativo. Profesora de Régimen Jurídico del Gas y de Regulación

de Servicios Públicos en la Maestría de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Docente en el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA), en el Ministerio Público Es Fiscal de la Nación y en el Observatorio de Tecnologías de la Información y la Comunicación, Estado y Gestión Pública. Miembro de la Gerencia de Asuntos Legales del Ente Nacional Regulador del Gas desde el año 1996. Autora de una gran cantidad de artículos sobre regulación de servicios públicos y Derecho Administrativo.

SUSTANCIA

LEY DE BASES: MODIFICACIONES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO Y DERECHO DISCIPLINARIO

CYNTHIA V. ALVAREZ TAGLIABUE
Profesora de la Universidad del Museo Social Argentino.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los cambios en materia de Empleo Público. 2.1. El régimen de estabilidad y el pase a disponibilidad. 2.2. Movilidad del personal. 2.3. Jubilación. (i) El caso de la Jubilación del agente con tutela gremial. 2.4. Prohibiciones: campañas electorales y/o partidarias. 3. Los cambios en materia de Derecho Disciplinario. 3.1. Sanciones. 3.2. Prescripción. 3.3. El derecho a huelga en el empleo público. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de analizar las bondades o falencias de los cambios acaecidos en la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases), me es justo reconocer que mi mirada crítica no sólo es el producto del estudio de las normas y del derecho administrativo, sino de mi experiencia y mis años como empleada pública. Pero aclarando al lector, que mi concepto de empleado público siempre estuvo muy lejos del sketch de la *empleada de Gasalla*.

En mi caso particular, ingresé a la Administración Pública sin tener absolutamente ningún conocido, por Concurso Público Abierto (al que llegué por un aviso de un diario), rindiendo examen escrito, entrevista personal, y en un momento en que la designación no era discrecional dentro de la terna, sino que ganaba el primero en el orden de mérito. No sé si tuve *suerte* o estuve en el *lugar indicado en el momento indicado*, pero hoy y desde hace décadas ya no se ingresa de esa manera en la planta permanente del Estado porque sencillamente no hay concursos públicos abiertos para profesionales y si hay algún concurso es cerrado.

Lo que quiero expresar con esta auto referencia, es que para poder profesionalizar la Administración Pública Nacional no alcanza con reformar las normas. El primer paso que hay que dar es hacer cumplir las normas y realizar concursos transparentes y abiertos para que pueda presentarse cualquier persona capacitada cumpliendo la idoneidad que exige nuestra Constitución Nacional, y que no sea el único requisito de ingreso el *conocer a alguien*. El segundo paso, es tener una

planta de profesionales capacitados, actualizados y bien pagos, para que puedan dedicarse ciento por ciento a la función que desarrollan.

Pero, por el contrario, desde hace décadas no se ha hecho nada para cuidar y jerarquizar al trabajador del Estado, es más, su reputación está cada día más denostada y somos pocos los que seguimos luchando para ganar en lo que resultó ser una *carrera de obstáculos* en lugar de ser una *carrera administrativa*.

La Ley de Bases 27.742 (B.O. 8/7/24) vino a mejorar varias cuestiones en materia de empleo público y derecho disciplinario, pero su verdadero génesis se encuentra en la reducción del aparato estatal o, en otras palabras, la reducción de la planta de trabajadores estatales. Ahora, si nos quedamos solo con la reducción, y no modificamos la raíz del problema que nos lleva a tener un estado ineficiente, se habrá cambiado la norma para no cambiar nada.

A continuación, analizaré los principales cambios en materia de empleo público y derecho disciplinario.

2. LOS CAMBIOS EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

2.1. *El régimen de estabilidad y el pase a disponibilidad*

El régimen de "estabilidad del empleado público" se encuentra expresamente reconocido en el art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna, a partir de la reforma de 1957. Pero ya antes de 1957 la estabilidad del agente público regía en el derecho argentino, aunque surgía en forma implícita de los textos legales.

En los considerandos del Decreto Ley 6666/57[1] que aprobó el Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Nacional se refería a la *estabilidad* como el núcleo central del estatuto y que su cabal observancia era fundamental para el éxito del sistema y en su art. 5º establecía que el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública Nacional comprende solamente a las personas cuyo desempeño sea de carácter permanente.

1 Decreto Ley 6666/57: Capítulo 2, art. 5º: "El nombramiento del personal tendrá carácter provisional durante los seis primeros meses, el término de los cuales se transformará en definitiva cuando haya demostrado idoneidad y condiciones para las funciones del cargo conferido. En caso contrario, no obstante, el haber aprobado el examen de competencia o concurso de admisión, se prescindirá de sus servicios".

Luego, las diferentes normas sobre empleo público (Ley 22.140[2], B.O. 25/1/80 y Ley 25.164[3], B.O. 8/10/99) fueron reglamentando el derecho a la estabilidad reconocido constitucionalmente.

Según Marienhoff[4] se entiende por "estabilidad" el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo. Trátese de un derecho fundamental del agente público.

Con respecto a la estabilidad, puede ser de dos especies: propia (o absoluta) o impropia (o relativa). La estabilidad propia o absoluta es aquella que no puede ser reemplazada por una indemnización y solo desaparece por las causales que establece la ley. En cambio, la estabilidad impropia o relativa es la que puede ser reemplazada por una indemnización.

En nuestro derecho, no existe la estabilidad propia o absoluta. La estabilidad que asegura la Constitución Nacional en el art. 14 *bis* no es absoluta: como derecho, la estabilidad se encuentra supeditada a las leyes que reglamenten su ejercicio[5].

Podemos ver que la estabilidad cesa ante la aplicación de sanciones disciplinarias expulsivas (cesantía o exoneración), el cumplimiento de los requisitos para obtener la jubilación ordinaria y el plazo legal para obtenerla, y la supresión del cargo o empleo (pase a disponibilidad).

Una de las principales reformas de la Ley 27.742 en materia de empleo público es la regulación del pase a disponibilidad, como excepción a la estabilidad

2 Ley 22.140: Art.10: "El personal que ingrese como permanente lo hará en los niveles escalafonarios que establezcan los respectivos regímenes, adquiriendo la estabilidad prescripta en el artículo 15 inciso *a*), luego de haber cumplido doce (12) meses de servicio efectivo y siempre que haya satisfecho las condiciones que establezca la reglamentación. Caso contrario se cancelará la designación".

Ley 22.140: Art.15: "El personal tiene derecho a: a) Estabilidad...".

3 Ley 25.164: Art. 7º: "El personal podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores...".

Ley 25.164: Art. 8º: "El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto.

La carrera administrativa básica y las específicas deberán contemplar la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven la promoción de los mismos en la carrera".

4 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, T. III-B, p. 281 y ss.

5 Fallos: 250:418; Fallos: 261:12; Fallos: 266:159; Fallos: 270:69; Fallos: 280:53 y 311, entre otros.

del empleado público, y que permite la desvinculación del trabajador porque desapareció su función o cargo.

El nuevo art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, sustituido por el art. 52 de la Ley de Bases, establece que: "El personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por las medidas de reestructuración que comporten la *supresión de órganos, organismos o de las funciones a ellos asignadas; o de reducción por encontrarse excedida, conforme surja del informe fundado del órgano competente en la materia, la dotación óptima necesaria, quedará, automáticamente*, en situación de disponibilidad por un período máximo de hasta doce (12) meses, conforme lo establezca la reglamentación.

Los agentes que se encontraren en situación de disponibilidad deberán (*i*) recibir la capacitación que se les imparta; o (*ii*) desarrollar tareas en servicios tercerizados del Estado.

Cumplido el término de disponibilidad, sin que el trabajador hubiera formalizado una nueva relación de trabajo, quedará automáticamente desvinculado de la Administración Pública Nacional. Tendrá derecho a percibir una indemnización igual a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía.

La presente norma será de aplicación supletoria al personal alcanzado por el régimen de estabilidad propia en virtud de leyes o estatutos especiales o convenciones colectivas de trabajo" (el resaltado me pertenece).

Aquí vemos que la nueva norma refiere a la supresión de "órganos" y "organismos"[6], y elimina la palabra "dependencias". Asimismo, incorpora el pase a disponibilidad para efectuar la reducción de la planta permanente por encontrarse "excedida la dotación óptima necesaria" conforme surja del informe fundado del órgano competente en la materia.

6 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La Teoría del Órgano en el Derecho Administrativo*, 1984, p. 43 y ss., "El concepto de órgano constituye el punto de arranque de toda la teoría jurídica de la organización pública. Pues, concebido el Estado como una persona jurídica que ha de expresar una voluntad unitaria, se plantea inmediatamente el problema de calificar en derecho la posición de las personas físicas que individual (el monarca) o colegiadamente (el Parlamento) manifiestan esa voluntad. Tanto el Estado como todas las personas jurídicas estatales de que se vale para el cumplimiento de sus fines, expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas físicas son los llamados 'órganos personas' y la voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forman parte. Además, las diversas competencias o funciones estatales, están asignadas a distintos organismos, los que tienen a su cargo determinada actividad y constituyen los llamados 'órganos institución'".

En primer lugar, existe una diferencia no menor entre la supresión de "órganos" (órganos personas) y "organismos" (órganos institución), refiriéndose no sólo a la supresión de un organismo o dependencia como lo hacía la norma anterior, sino a la supresión de un cargo o función asignada a un individuo.

Además, incorpora la posibilidad de reducir la planta permanente por encontrarse "excedida la dotación óptima necesaria", pero esto último requiere de un informe fundado del órgano competente en la materia.

Entre los objetivos del Ministerio de Desregulación y Transformación del Estado se encuentran: "4. Entender en la simplificación y reducción del Estado, con el objetivo de eliminar tareas innecesarias, duplicadas y/u obsoletas, con la intervención de las áreas competentes", y "9. Entender en la elaboración de propuestas para la reorganización del Sector Público Nacional con el objeto de lograr mayor economía, eficiencia, eficacia y racionalización de sus estructuras administrativas y reducir su actual sobredimensionamiento...", entre muchos otros.

La Secretaría de Transformación del Estado y Función Pública dependiente del citado Ministerio, es la encargada de la interpretación de la normativa de empleo público y relaciones laborales de empleo público.

La Dirección Nacional de Análisis y Planificación del Empleo Público, dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo y Modernización del Empleo Público, es la responsable de analizar, diseñar e implementar programas y políticas dirigidas a mejorar la gestión del Empleo Público en los organismos del Sector Público Nacional, brindando asistencia técnica en la materia.

Dependiente de la citada dirección se encuentra la Dirección de Análisis de Dotaciones que tiene como objetivo asistir a las Jurisdicciones y Organismos de la Administración Pública Nacional en la estimación de la dotación sugerida para el cumplimiento de sus metas, área por área, a través de los siguientes ejes: 1) analizar la dimensión y composición de los equipos de trabajo y sus características clave; 2) tomar como base de análisis los procesos y la demanda de trabajo actual con un horizonte de planeamiento de corto y mediano plazo; y 3) destacar los perfiles adecuados y necesarios para las distintas funciones y especializaciones requeridas.

Para poder determinar cuál es la *dotación óptima necesaria* se realiza un análisis de la dotación evaluando en primer lugar la situación actual mediante un trabajo cooperativo con las Direcciones Generales de Recursos Humanos y el aporte de las áreas involucradas, efectuando un mapeo de la nómina de personal existente relevando rangos etarios, antigüedad, formación, género y aspectos clave y a su vez se indaga sobre las expectativas de los referentes de área.

Luego, a través de un trabajo cooperativo con cada una de las áreas involucradas se describen los perfiles necesarios y se analizan su pertinencia y potencial.

Para determinar finalmente la dotación necesaria, se elabora una síntesis ejecutiva en base a los principales indicadores relevados durante el proceso, su relación con la demanda y el cumplimiento de objetivos. A su vez se analizan prioridades y condicionantes.

Como puede verse, el informe fundado del órgano competente en la materia que establece la *dotación óptima necesaria*, nos deja un amplio margen de discrecionalidad que puede llevarnos a un exceso reglamentario del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional.

Otra de las modificaciones que demuestra la flexibilización de este mecanismo, es el pase a disponibilidad en forma automática, sin la obligatoriedad de reubicar al agente que establecía la norma anterior al referir "será reubicado". Tampoco se contempla en el actual art. 11 la prioridad de tales trabajadores para la cobertura de vacantes.

Se agregaron también dos obligaciones que deben cumplir los agentes en disponibilidad: 1) recibir la capacitación que se les imparta; o 2) desarrollar tareas en servicios tercerizados del Estado.

Además, en la Resolución de la Secretaría de Transformación del Estado y Función Pública Nº 1/2024[7] que aprueba el "Régimen de Personal en Situación de Disponibilidad", en el Anexo[8], Capítulo V. Del Personal en Situación de Disponibilidad, en los arts. 12, 13, 14, 15 se establecen diferentes cargas que deberá cumplir el agente y en caso de incumplimiento dará lugar a la desvinculación automática del trabajador con el pago de la indemnización correspondiente.

Según la citada resolución, a partir de su pase a disponibilidad el trabajador quedará eximido de concurrir a prestar servicios, pero deberá estar disponible durante su horario laboral y concurrir a toda convocatoria que la autoridad de aplicación curse al correo institucional y/o domicilio electrónico constituido u otro medio de notificación válido conforme el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72 y modificatorios). Solo quedará exceptuado de tal obligación, en el caso que el trabajador inicie una relación laboral en el sector privado en el marco de lo establecido en el inc. *k*) del art. 11 del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24.

Mientras el anterior art. 11 del Decreto 1421/02 refería al "Régimen de reubicación" del personal y la "Prioridad en la cobertura de cargos", siendo su principal objetivo ante medidas de restructuración la reubicación de los trabajadores en la Administración Pública Nacional; en el nuevo Decreto Reglamentario de la Ley Marco puede observarse como objetivo principal la reducción de la planta permanente del Estado y la reconversión al empleo privado por medio de incentivos al trabajador y al empleador que aún no se encuentran reglamentados. Si bien

7 Resol-2024-1-APN-STEYFP#MDYTE (B.O. 12/8/2024).

8 Acto-2024-84062762-APN-SSDYMEP#MDYTE.

se crea un Registro de Personal en situación de Disponibilidad, no se prioriza la reubicación de los trabajadores.

Pero este Régimen de Disponibilidad tiene previstas diversas excepciones[9]: 1) los delegados de personal con mandato vigente o pendiente el año posterior de la tutela sindical; 2) los agentes amparados por las Leyes 22.431[10] (B.O. 20/3/81) y 23.109[11] (B.O. 1/11/84); 3) el personal que se encuentre de licencia por enfermedad o accidente, por embarazo y por matrimonio, hasta vencido el período de su licencia; 4) los agentes cuya renuncia se encuentre pendiente de resolución[12]; y 5) los agentes que estuvieren en condiciones de jubilarse o pudieren estarlo dentro del período máximo de doce (12) meses contados desde la fecha en que pudieron ser afectados por la disponibilidad.

En cuanto a las escalas para asignar el período de disponibilidad, en la nueva reglamentación se mantuvieron las mismas que en la anterior: "*i*) hasta quince (15) años de antigüedad: seis (6) meses; *ii*) más de quince (15) años de antigüedad y hasta treinta (30) años de antigüedad: nueve (9) meses; *iii*) más de treinta (30) años de antigüedad: doce (12) meses".

2.2. *Movilidad del personal*

Otra de las reformas más significativas en materia de empleo público, y que flexibiliza el derecho a la estabilidad del empleado público, se encuentra en el nuevo art. 15 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, sustituido por el art. 54 de la Ley de Bases 27.742, que establece: "La movilidad del personal de una dependencia a otra dentro o fuera de la misma jurisdicción presupuestaria, *es una atribución del empleador*, pero estará sujeta a la regulación que se establezca en los convenios colectivos celebrados en el marco de la Ley 24.185..." (el resaltado me pertenece).

Mientras el nuevo artículo establece que la movilidad del personal es una "atribución del empleador", el anterior art. 15 establecía que para la movilidad del personal debían cumplirse dos condiciones: 1) la ausencia de perjuicio material y moral del trabajador; y 2) para la movilidad geográfica se requería el consentimiento expreso del trabajador.

9 Arts. 12 y 13 Ley 25.164, modificada por la Ley 27.742, y arts. 12 y 13 del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24.

10 Sistema de Protección Integral de Discapacitados.

11 Beneficios a Excombatientes de Malvinas.

12 Conforme el art. 13 del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24, en el caso que el agente hubiere presentado su renuncia, esta deberá ser aceptada automáticamente excepto que, al momento de su presentación, se encuentre involucrado en una investigación sumarial (art. 22 Anexo Ley Marco).

Marienhohh explica que *estabilidad* no es lo mismo que *inamovilidad*, por lo que asegurar la permanencia en el cargo no implica en modo alguno asegurar el lugar donde la función o empleo serán ejercidos.

Por principio, la inamovilidad de los funcionarios y empleados no existe por cuanto halla su negación en la potestad de la Administración Pública de trasladar a sus agentes. Pero, esta potestad no es ilimitada, por cuanto al tratarse la relación de empleo público de un contrato su modificación no debe alterar la esencia misma de esa relación. Además, debe tenerse presente que los traslados abusivos pueden implicar cesantías encubiertas, ya que el agente debido a una imposibilidad material de ejercer su función en otro lugar puede verse forzado a renunciar.

Con la anterior normativa, se otorgaba una mayor protección al trabajador evitando que el cambio de función o de lugar de trabajo, le produjera un perjuicio moral, económico o modificara su vida o rutina familiar, razón por la cual se requería en todos los casos el consentimiento expreso del agente. Actualmente, es una atribución discrecional del empleador que no requiere del consentimiento expreso del trabajador, con el potencial riesgo que pueda ser utilizado para hacer renunciar encubiertamente a un agente al modificarse sus condiciones contractuales.

2.3. *Jubilación*

Como ya he mencionado, la estabilidad del empleado público, amparada por el art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna, cesa ante el cumplimiento de los requisitos para obtener la jubilación ordinaria y el plazo legal para obtenerla, existiendo una íntima relación entre el régimen jubilatorio y el derecho a la estabilidad.

La mayoría de la doctrina ha definido la jubilación como un derecho del agente público. El Instituto jubilatorio contempla la relación de empleo en su aspecto pasivo, del mismo modo que el sueldo la contempló en su aspecto activo[13].

Adquirido el derecho a jubilarse, por cumplimiento de los requisitos, el agente público pierde el *interés jurídico* necesario para hacer valer el derecho a la *estabilidad*.

La jubilación puede conceptuarse y definirse como la retribución periódica y vitalicia que otorga el Estado a quienes, habiéndole servido durante determinado lapso, dejan el servicio por haber llegado a la edad establecida –o por haberse imposibilitado físicamente– y han cumplido con los aportes respectivos[14].

En materia de jubilaciones, la Ley de Bases modificó el art. 20 de la Ley 25.164 eliminando la autorización para que el trabajador intimado a iniciar los

13 MARIENHOFF, Miguel S., ya cit., p. 329 y ss.

14 BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 1947, T. 2º, pp. 186/187.

trámites jubilatorios pueda continuar prestando sus servicios por el plazo de un año a partir de la intimación[15].

El nuevo art. 20 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, sustituido por el art. 56 de la Ley de Bases 27.742, establece que: "El personal *podrá* ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios cuando reúna los requisitos exigidos para obtener la jubilación ordinaria".

Aquí vemos que el legislador dejó la palabra *podrá* manteniendo la intimación el carácter discrecional que tenía en la anterior legislación, pero eliminó el plazo de un año para continuar prestando servicios.

El nuevo art. 20 del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24, establece que: "La intimación a iniciar el trámite jubilatorio deberá ser efectuada por la Unidad de Recursos Humanos de la Jurisdicción u organismo donde revista el agente, quien le informará al agente que se encuentra a disposición su certificación de servicios, expedida en base a la información que surja de su legajo único personal.

El agente intimado deberá acreditar el inicio del trámite de jubilación en un plazo de sesenta (60) días corridos contados desde la fecha de notificación de la intimación. De no acreditar el inicio del trámite en el plazo fijado, el agente será dado de baja, salvo que acreditare que la demora no le es imputable, en cuyo caso se otorgará, por única vez, una prórroga por idéntico plazo, a los mismos fines y con las mismas consecuencias.

Acreditado el inicio del trámite jubilatorio ante la Unidad de Recursos Humanos, sea por intimación o por presentación voluntaria del agente, este último podrá continuar con la prestación de servicios hasta que se otorgue el respectivo beneficio jubilatorio o por un plazo no mayor a ciento ochenta (180)

15 El anterior art. 20 de la Ley 25164 establecía que: "El personal podrá ser intimado a iniciar los trámites jubilatorios cuando reúna requisitos exigidos para obtener la jubilación ordinaria, *autorizándolos a que continúen en la prestación de sus servicios por el período de un año partir de la intimación respectiva*. Igual previsión regirá para el personal solicitare voluntariamente su jubilación o retiro".

Por su parte, el anterior art. 20 del Decreto 1421/02 establecía: "La correspondiente intimación a los agentes para iniciar trámites jubilatorios deberá ser efectuada por funcionarios con jerarquía no inferior a Subsecretario o autoridad máxima de organismo descentralizado. A tal efecto, la Unidad de Recursos Humanos de la Jurisdicción deberá expedir la correspondiente certificación de servicios que surja del legajo único personal del agente. *Con posterioridad a la notificación de dicha intimación o a la presentación voluntaria de la solicitud de iniciación del trámite, el agente podrá optar por continuar prestando servicios durante un (1) año, siempre que el beneficio previsional no hubiera sido otorgado con anterioridad*. Dicho plazo deberá contarse, en el primer caso, a partir, de la pertinente notificación y en el segundo supuesto, desde la comunicación que el agente realice ante el organismo. La solicitud de certificación de servicios no tendrá carácter de comunicación para iniciar los trámites de jubilación ordinaria. En los casos que medie intimación, la autoridad previsional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para obtener la jubilación ordinaria" (el resaltado me pertenece).

días corridos –contados a partir del vencimiento del plazo de sesenta (60) días arriba aludido–, lo que ocurra primero. Dicho plazo podrá ser prorrogado por causas que así lo justifiquen y que además no sean imputables al agente.

La solicitud de la certificación de servicios por parte del agente no tendrá carácter de comunicación que dé cuenta del inicio del trámite de jubilación ordinaria.

En los casos en que medie intimación, la autoridad previsional deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para obtener la jubilación ordinaria" (el resaltado me pertenece).

La nueva reglamentación, establece la carga para el agente intimado de "acreditar el inicio del trámite de jubilación en un plazo de sesenta (60) días corridos desde la notificación de la intimación" bajo apercibimiento de ser dado de baja, salvo que acreditare que la demora no le es imputable al agente y en ese caso se prorroga por idéntico plazo.

Asimismo, establece que acreditado el inicio del trámite jubilatorio el agente podrá continuar prestando servicios hasta el otorgamiento del beneficio jubilatorio o por un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días corridos (contados desde el vencimiento del plazo de sesenta (60) días corridos que tiene para iniciar el trámite) lo que ocurra primero.

En una palabra, el agente desde que es intimado a jubilarse, tiene un plazo de doscientos cuarenta (240) días (unos ocho (8) meses) para continuar prestando servicios, y ese plazo únicamente podrá ser ampliado por causas que no le sean imputables.

Con la nueva normativa, los cambios fundamentales son: 1) se redujo el plazo máximo de prestación de servicios del agente desde la intimación; y 2) se le exige al agente la carga de acreditar el inicio del trámite jubilatorio en un determinado plazo.

Un tema interesante para analizar, es si la intimación a iniciar los trámites jubilatorios contempla las excepciones previstas para la aplicación del Régimen de Disponibilidad, por ejemplo, el caso de la tutela gremial. ¿Un trabajador con tutela gremial vigente podría ser intimado a jubilarse si cumple con los requisitos establecidos por la norma, es decir, edad y aportes?

(i) El caso de la jubilación del agente con tutela gremial

La Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 199:358 analizó el caso de un agente con tutela sindical que fue intimado a cesar en la prestación de servicios de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 688/90 - MSyAS, dictada en virtud de lo establecido en el art. 24 del Decreto 435/90 (B.O. 6-3-90), sustituido por el Decreto 612/90 (B.O. 17-4-90). En su presentación el agente solicitó su reincorporación por encontrarse, según su criterio, amparado por la tutela legal establecida en los arts. 48, 49, 51, 52 y 53 inc. *i*) de la Ley 23.551.

Ahora bien, el art. 24 del decreto en examen, sustituido por el similar 612/90, establecía al momento en que se dictó la resolución 688/90 que: "El personal de la *Administración Central* y de todos los entes y organismos a que se refiere el artículo 1º de la Ley 23.691, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentre en condiciones de obtener el porcentaje máximo del haber de jubilación ordinaria ... será intimado, antes del 30 de abril de 1990, a iniciar los trámites para obtener el beneficio de pasividad correspondiente, cesando en la prestación de sus servicios".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en casos que, en lo sustancial, son análogos al presente, ha sostenido que la "...estabilidad que garantiza el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional sólo ampara a los representantes gremiales contra despidos arbitrarios, pero no los coloca al margen de medidas de racionalización administrativa general autorizadas legislativamente sin propósito disciplinario y con objetivos de bien común" (CSJN, 20/9/79, "Pared, Angel E. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", L.L. 1979-D: 468; v. asimismo, Fallos: 282:332, entre otros).

En el citado dictamen, el Alto Organismo Asesor, señaló que en relación con el procedimiento establecido por el art. 52[16] de la Ley 23.551, en el caso en estudio, el cese es el producto de un imperativo legal general y preciso, y no de circunstancias de hecho particulares que habrían requerido una probanza y una ponderación judicial, para determinar la existencia de causas que justificaran la exclusión de las garantías en cuestión, emergentes de aquella ley. Y concluyó, en cuanto al fondo de la cuestión en examen, que la pretensión del interesado resultaba improcedente[17].

En cuanto a la pregunta que me formulé, considero que la tutela sindical no actúa como excepción a la intimación prevista en el nuevo art. 20 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, siempre que se encuentren cumplidos los requisitos para obtener la jubilación ordinaria.

Por su parte, la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales en sus arts. 47 a 52 referidos a la "tutela sindical" y en el art. 53 inc. *i*), nada refiere a la imposibilidad de

16 Art. 52 de la Ley 23.551: "Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47...".

Art. 47 de la Ley 23.551: "Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical".

17 Dictamen 319 (9/12/1991).

ser intimados para jubilarse aquellos trabajadores con tutela gremial y, únicamente, los protege contra las suspensiones, despidos o cambios de condiciones laborales.

2.4. *Prohibiciones: campañas electorales y/o partidarias*

Otra de las modificaciones en materia de empleo público es la incorporación del inc. *j*) al art. 24 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, que establece las prohibiciones a las que se encuentra sujeto el personal de la Administración Pública Nacional.

Conforme el art. 24 de la Ley 25.164: "El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo: [...] *j*) Realizar durante sus horas laborales del servicio público cualquier tipo de tareas vinculadas a campañas electorales y/o partidarias" (Inciso incorporado por el art. 57 de la Ley 27.742).

Es decir, que con la nueva incorporación la *militancia* en horario laboral está prohibida.

Si bien hay quienes consideran que esta reforma es de vital importancia por cuanto produce un doble beneficio, por un lado, libera al empleado de la presión de sus jefes y, por otro lado, separa la función pública de las actividades políticas[18]; no creo que en los hechos se evite la *militancia*. Ello, por cuanto, en la mayoría de los casos son los mismos jefes los que obligan al personal a su cargo a realizar en horas laborales tareas vinculadas a campañas electorales y/o partidarias, concurrir a manifestaciones, actos políticos, votaciones, etc. sin que el trabajador pueda negarse por temor a represalias o baja en sus calificaciones.

La única forma de evitar la militancia en el empleo público, es designar en los cargos de Dirección a personal técnico y de carrera, que se encuentre ajeno a los vaivenes de la política.

3. LOS CAMBIOS EN MATERIA DE DERECHO DISCIPLINARIO

3.1. *Sanciones*

En materia de Derecho Disciplinario y en cuanto a las sanciones la Ley de Bases realizó diversas modificaciones tendientes a mejorar el funcionamiento de la Administración Pública, produciendo un agravamiento de las sanciones a aplicar en relación con las conductas de los agentes.

En cuanto a la aplicación de las sanciones de apercibimiento o suspensión hasta treinta (30) días, el nuevo art. 31 de la Ley 25.164, sustituido por el art. 58 de la Ley 27.742, establece como causales*:*

18 ALDERETE, Manuel, "Ley de Bases: Cambios en materia de empleo público", *Revista LA LEY*, 24 de julio de 2024, pág. 2.

"a) Incumplimiento reiterado del horario establecido;

b) Inasistencias injustificadas que no excedan de cinco (5) días discontinuos en el lapso de doce (12) meses inmediatos anteriores y siempre que no configuren abandono de tareas; y

c) Incumplimiento de los deberes determinados en el artículo 23 de esta ley, salvo que la gravedad y magnitud de los hechos justifiquen la aplicación de la causal de cesantía".

En el inciso *b*), se redujo a la mitad la cantidad de inasistencias injustificadas dentro del año, pasando de diez (10) a cinco (5) días discontinuos.

Por su parte, el art. 31 del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24, establece: "Son causales para imponer el apercibimiento o la suspensión de hasta treinta (30) días.

a) El personal que sin causa justificada incurra en incumplimiento del horario fijado, en el lapso de doce (12) meses inmediatos anteriores, se hará pasible de las siguientes sanciones, de acuerdo con la magnitud del incumplimiento del horario y las circunstancias del caso:

i) Hasta tres (3) incumplimientos: un (1) apercibimiento;

ii) cuatro (4) incumplimientos o más: entre dos (2) y treinta (30) días de suspensión, conforme la autoridad determine, en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente...

b) el personal que sin causa justificada por autoridad competente incurra en inasistencias, en el lapso de doce (12) meses inmediatos anteriores, se hará pasible de las siguientes sanciones:

i) una (1) inasistencia: apercibimiento;

ii) dos (2) o más inasistencias: entre dos (2) y treinta (30) días de suspensión, conforme la autoridad determine, en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente...".

El anterior art. 31 de la reglamentación tabulaba en forma precisa que sanción correspondía según la cantidad de incumplimientos en cuanto al horario y las inasistencias. Pero, en la actual reglamentación, la aplicación de la sanción luego del cuarto incumplimiento de horario o de la segunda inasistencia, es discrecional de la autoridad que aplique la sanción en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente, pudiendo ser ello perjudicial para el trabajador.

También hay varias modificaciones en cuanto a la aplicación de la sanción de cesantía. El nuevo art. 32 de la Ley 25.164, sustituido por el art. 59 de la Ley 27.742, establece las siguientes causales:

"a) Inasistencias injustificadas que excedan de cinco (5) días discontinuos, en los doce (12) meses inmediatos anteriores;

b) Abandono de servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de tres (3) inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas;

c) Infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a treinta (30) días de suspensión en los doce (12) meses anteriores;

d) Concurso civil o quiebra no causal, salvo casos debidamente justificados por la autoridad administrativa;

e) Incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere;

f) Delito doloso no referido a la Administración Pública, cuando por sus circunstancias afecte el prestigio de la función o del agente;

g) Calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz durante dos (2) años consecutivos o tres (3) alternados en los últimos diez (10) años de servicio y haya contado con oportunidades de capacitación adecuada para el desempeño de las tareas.

En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los dos (2) años de consentido el acto por el que se dispusiera la cesantía o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso".

Aquí la Ley de Bases realizó varios cambios:

1) En el inciso *a*) redujo a la mitad la cantidad de inasistencias injustificadas dentro del año, pasando de diez (10) a cinco (5) días discontinuos.

2) En cuanto a la causal de abandono de servicio, se redujo de cinco (5) a tres (3) la cantidad de inasistencias continuas injustificadas y en la reglamentación se estableció el procedimiento a seguir para su configuración.

Conforme el art. 32 inc. *b*) del Decreto 1421/02, modificado por el Decreto 695/24: "Una vez cumplidas *dos* (2) inasistencias consecutivas sin justificación, el titular de la unidad de recursos humanos deberá intimar al agente, al último domicilio registrado en su legajo personal, por medio fehaciente para que se presente a retomar sus tareas y justifique sus inasistencias ante la unidad de recursos humanos de la jurisdicción u organismo en que revista mediante los elementos de prueba que correspondan, haciéndole saber que en caso de no hacerlo y existiendo inasistencias injustificadas que excedan los *tres* (3) días continuos, quedará configurada la causal de abandono de servicio aplicándose la sanción de cesantía".

La normativa establece que: "En caso de que el agente se encontrara imposibilitado de concurrir al organismo para justificar las inasistencias, deberá remitir dichas justificaciones a la Unidad de Recursos Humanos de la Jurisdicción o entidad que revista, por medio fehaciente".

El anterior art. 32 inc. *b*) de la reglamentación permitía la remisión de las justificaciones a través de terceros, para el caso de que el agente se encontrara imposibilitado de concurrir a su organismo. Si bien la actual redacción no prevé esa

posibilidad, en aquellos casos en que el agente se encuentra hospitalizado o accidentado y difícilmente podría remitir por medio fehaciente las justificaciones al área de Recursos Humanos de su organismo, se entiende que se considerarán válidas las justificaciones remitidas por familiares o por terceros. Como la norma nada dice al respecto, veremos cómo se va desarrollando en la práctica en cada organismo.

3) En el inciso *g*) referido a las calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen un desempeño ineficaz del agente, se redujo de tres (3) años a dos (2) años consecutivos y de cuatro (4) años a tres (3) alternados en los últimos diez (10) años de servicio.

Como el tema de las calificaciones es discrecional de cada jefe, este agravamiento puede dejar en dos años a un agente de planta permanente en situación de cesantía. Sin embargo, se debe reconocer que ante empleados rebeldes, que no cumplen con las metas de trabajo planteadas o incumplen horarios, etc., muchas veces la calificación es la única herramienta que tiene un Director frente a agentes de planta permanente que incumplen reiteradamente sus instrucciones.

Respecto a las causales para imponer la exoneración, el nuevo art. 33 de la Ley 25.164, sustituido por el art. 60 de la Ley 27.742, establece:

"a) Sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública Nacional, provincial o municipal;

b) Falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública;

c) Pérdida de la residencia permanente;

d) Violación de las prohibiciones previstas en el artículo 24;

e) Imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

En todos los casos podrá considerarse la solicitud de rehabilitación a partir de los cuatro (4) años de consentido el acto por el que se dispusiera la exoneración o de declarada firme la sentencia judicial, en su caso.

La exoneración conllevará necesariamente la baja en todos los cargos públicos que ejerciere el agente sancionado".

La única modificación de este artículo, y no menor, es el inciso *c*) que en la anterior normativa establecía como causal de exoneración la "Pérdida de la Ciudadanía"[19]; mientras en la nueva redacción establece la "Pérdida de la residencia permanente"[20].

19 La Ley 14.354 en su art. 6 establece: "Los argentinos nativos pierden la ciudadanía: *a*) Por traicionar a la Nación o incurrir en los hechos condenados por los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional. *b*) Por desertar de las fuerzas armadas argentinas en caso de guerra. *c*) Por naturalizarse en país extranjero".

20 La Ley 25.871 en su art. 62 establece: "La Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando:

Al analizar las causales de la pérdida de la ciudadanía y de la pérdida de la residencia permanente, podemos ver que el nuevo artículo es más amplio incluyendo situaciones que antes no eran tenidas en cuenta para la aplicación de la sanción de exoneración.

---

a) Con la finalidad de obtener un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina se hubiese articulado un hecho o un acto simulado o éste hubiese sido celebrado en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o se hubiere presentado documentación material o ideológicamente falsa o adulterada;

b) El residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer supuesto cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de dos (2) años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 de la presente ley. En caso de silencio de la Administración, durante los treinta (30) días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme;

c) El beneficiario de una radicación permanente hubiese permanecido fuera del Territorio Nacional por un período superior a los dos (2) años o la mitad del plazo acordado, si se tratara de residencia temporaria, excepto que la ausencia obedeciere al ejercicio de una función pública argentina o se hubiese generado en razón de actividades, estudios o investigaciones que a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones pudieran ser de interés o beneficiosa para la República Argentina o que mediara autorización expresa de la autoridad migratoria la que podrá ser solicitada por intermedio de las autoridades consulares argentinas;

d) Asimismo será cancelada la residencia permanente, temporaria o transitoria concedida cuando se hayan desnaturalizado las razones que motivaron su concesión o cuando la instalación en el país hubiera sido subvencionada total o parcialmente, directa o indirectamente por el Estado Argentino y no se cumplieran o se violaren las condiciones expresamente establecidas para la subvención;

e) El Ministerio del Interior podrá disponer la cancelación de la residencia permanente o temporaria y la expulsión de la República de todo extranjero, cualquiera sea la situación de residencia, cuando realizare en el país o en el exterior, cualquiera de las actividades previstas en los incisos *d*) y *e*) del artículo 29 de la presente.

El Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria.

Asimismo, dicha dispensa podrá ser otorgada teniendo en cuenta el plazo de permanencia, legal inmediata anterior a la ocurrencia de alguna de las causales previstas en los incisos *a*) a *d*) del presente artículo, el que no podrá ser inferior a dos (2) años, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales y sociales del beneficiario" (Art. restituido por art. 2º del Decreto Nº 138/2021 B.O. 5/3/2021).

La Ley 25.871 en su art. 29 establece: "Serán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: [...] *d*) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; y *e*) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia...".

3.2. *Prescripción*

En materia de prescripción o de "incompetencia en razón del tiempo", como lo denominan algunos autores[21], la Ley de Bases amplió los plazos del art. 37 de la Ley 25.164, al doble para cada una de las sanciones a aplicar[22].

Pero antes de ir al análisis de la reforma, resulta conveniente recordar que "La potestad disciplinaria de la Administración Pública tiene por finalidad asegurar y mantener el normal funcionamiento de los servicios a su cargo, por lo cual la imposición de las sanciones disciplinarias resulta ser el ejercicio de una facultad inherente al poder de administrar"[23].

Por eso, ante la comisión de una falta disciplinaria –esto es de un hecho que importe el incumplimiento o la inobservancia de los deberes u obligaciones o de las prohibiciones que surgen de la relación de empleo público y que se sancionan con algunas de las medidas disciplinarias previamente establecidas–, el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el posible plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no sea tan reducido que ello implique el cercenamiento o la *sustancial aniquilación* de la potestad disciplinaria, que es inherente al Poder Administrador, pues no se adecuaría al fin perseguido por el poder disciplinario que es el de asegurar y mantener el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública[24].

El anterior art. 37 de la Ley Marco fijaba plazos de prescripción de: seis (6) meses (apercibimiento y suspensión); un (1) año (cesantía) y dos (2) años (exoneración). Todos ellos a contar desde la comisión de la falta.

21 Cardaci Mendez, Ariel, "La incompetencia en razón del tiempo (a propósito de los sumarios administrativos)", en Alonso Regueira, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2013, pp. 1119-1128.

22 El nuevo art. 37, sustituido por el art. 61 de la Ley 27.742, establece que: "Los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, con las salvedades que determine la reglamentación, se computarán de la siguiente forma: a) Causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: un (1) año; b) Causales que dieran lugar a la cesantía: dos (2) años; c) Causales que dieran lugar a la exoneración: cuatro (4) años. En todos los casos, el plazo se contará a partir del momento de la comisión de la falta".

El art. 37 del Decreto 1421/02, reglamentario de la Ley 25.164, establece que: "Los plazos de prescripción que correspondan, se suspenderán en los siguientes supuestos: I) Por la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de éste. II) En los supuestos de iniciación de sumarios por hechos que puedan configurar delitos, hasta la resolución de la causa penal. III) Con la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 35 del presente y hasta su finalización".

23 Dictámenes 121:166; 199:175 y Fallos 254:43.

24 Dictámenes 243:620.

La Procuración del Tesoro de la Nación[25], ha manifestado que: "De los plazos previstos en el artículo 37 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, sólo el de dos años aparece como razonable, pues con un lapso menor, como el de seis meses –para las causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión–, o de un año –para las causales que dieran lugar a la cesantía–, se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria, que la Constitución Nacional otorga al Poder Ejecutivo Nacional".

Ante la imposibilidad de determinar de antemano cuál podría ser la sanción disciplinaria que correspondiere aplicar, a los efectos de evaluar la procedencia de iniciar un sumario administrativo ha de tomarse en consideración el plazo de prescripción más largo previsto normativamente, es decir, dos años según lo previsto en el art. 37 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público aprobada por la Ley 25.164[26]. Pero ese plazo comienza a correr desde la comisión de la falta, por eso es tan importante poder determinar que se interpreta por "comisión de la falta".

En un reciente dictamen del 27 de noviembre de 2023[27], la Procuración del Tesoro de la Nación al ser consultada sobre la interpretación de la frase "comisión de la falta" como inicio de los plazos de prescripción de las sanciones disciplinarias, remitió a su antigua doctrina por no haber sido modificada la normativa que ya fue analizada en casos anteriores (v. Dictámenes 323:145). No obstante ello, y a modo de colaboración, analizó nuevamente el tema y manifestó que: "En el último párrafo de su art. 37, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece que los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias se contarán a partir del momento de la comisión de la falta; la palabra [...] comisión [...] alude a la acción de cometer –incurrir, realizar, hacer– la conducta que se reprocha por ser irregular".

Sobre el particular el Alto Organismo Asesor señaló que el tiempo de la comisión de la falta disciplinaria reviste suma importancia en el trámite disciplinario puesto que, a partir de su perpetración, comienza a correr el plazo de la prescripción de la acción disciplinaria[28].

Al respecto, se ha indicado que, si desde la ocurrencia del hecho hasta el momento en que se ordenó el pertinente sumario administrativo disciplinario, transcurrió el plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no corresponde, en principio, disponer su sustanciación[29]. Por ello, teniendo en cuenta que el orden legal le otorga al órgano administrativo un plazo dentro del cual podrá

25 Dictámenes 243:620.
26 Dictámenes 243:620, 282:556.
27 Dictámenes 327:238.
28 Dictámenes 313:492 y 267:632.
29 Dictámenes 240:274 y 267:632.

decidir sobre la existencia o no de la falta disciplinaria investigada, transcurrido el cual el órgano pierde su competencia al respecto y la resolución que dicte padecerá de un vicio en la competencia en razón del tiempo[30].

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos "DOMINGO, Miguel Eladio c/DNM s/ Empleo Público", expediente Nº 39488/2013, el 7 de agosto de 2018, luego de reseñar el art. 37 de la Ley Marco y de su Decreto Reglamentario afirmó que el legislador se ha inclinado, en la especie, por un punto de partida específico: aquél en que se produce "la comisión de la falta" (art. 37, Ley 25.164, último párrafo). Y si bien esta elección podría resultar pasible de crítica técnico jurídica considerando, siquiera someramente, la necesidad de conocer la ocurrencia del hecho para poder ejercer y hacer valer en debida forma los derechos y deberes consecuentes (cfr. mi voto en el plenario "Navarrine Roberto Héctor y Otros c/ BCRA - Resol 208/05", al que adhirieron los Dres. Grecco y Do Pico), tal observación –a tenor de la sanción dada por el Congreso de la Nación– sólo podría formularse *de lege ferenda* en el caso, más nunca *de lege lata*.

En ese mismo fallo, que se encuentra firme, la Sala IV manifestó que si hasta la finalización del sumario administrativo el organismo actuante no puede "graduar la magnitud y gravedad de la falta", entonces poco sentido tendría la diferenciación de causales sancionatorias que prevé la Ley 25.164 en sus arts. 31 y 32; y de extinción para el ejercicio de la acción pertinente en el art. 37 citado.

Como podemos ver, tanto la Procuración del Tesoro de la Nación como la jurisprudencia, han ido dando su interpretación del art. 37 de la ley marco por establecer diferentes plazos de prescripción según la sanción a aplicar debido a los conflictos de interpretación que la norma ha traído con el correr de los años.

Si bien con la Ley 27.742 se han duplicado los plazos de prescripción, lo cual beneficia a la Administración como titular de la potestad sancionatoria y es una reforma muy elogiable, no se ha resuelto el problema porque el nuevo art. 37 mantiene diferentes plazos según las sanciones a aplicar. Se perdió, entonces, la oportunidad de corregir este inconveniente y establecer un único plazo de prescripción para todas las sanciones.

3.3. *El derecho a huelga en el empleo público*

La Ley 24.185 establece las disposiciones por las que se regirán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados.

Por el art. 62 de la Ley 27.742, se incorporó el art. 16 *bis* a la citada Ley 24.185, que establece: "El ejercicio regular del derecho a huelga no dará causa

30 Dictámenes, 313:492.

a ningún tipo de sanción administrativa y el descuento en la remuneración será proporcional al tiempo no trabajado".

Cuando aquí la nueva normativa menciona el "ejercicio regular" del derecho a huelga, claramente refiere a la huelga registrada en el Ministerio de Trabajo (hoy Secretaría de Trabajo dependiente del Ministerio de Capital Humano) conforme el procedimiento previsto en la Ley 25.877.

Conforme el nuevo art. 16 *bis*, este ejercicio regular del derecho a huelga no dará lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias al agente que lo ejerce, pero si se le realizará el descuento proporcional en su remuneración.

Es muy importante que el agente que ejerza el derecho a huelga verifique la inscripción y la aceptación de la misma por el área competente del Ministerio de Capital Humano, ya que si fuera declarada ilegal puede ser pasible de sanciones disciplinarias por considerarse una inasistencia injustificada.

4. CONCLUSIÓN

Como ha dicho el maestro Gordillo, la respuesta clásica frente a la violación del sistema jurídico es desde luego la aplicación de sanciones a quien ha cometido la transgresión; la solución obvia y tradicional es entonces mejorar los mecanismos de represión de los infractores, crear más juzgados donde hagan falta, aumentar las dotaciones de personal de los organismos de fiscalización, etc.

Sin embargo, la generalización de las violaciones pareciera estar demostrando que es algo más grave lo que está ocurriendo, y que la respuesta tradicional, que por cierto no debe en modo alguno ser abandonada ni disminuida, no es por sí sola suficiente.

Gordillo, en su libro *La administración paralela*, recordó una anécdota atribuida a Miguel Angel, según la cual una persona que hacía la limpieza en su atelier le critica una estatua que se encontraba esculpiendo, diciéndole que la nariz le parecía demasiado grande. Miguel Angel procede a retocar el mentón en su estatua, sin que el observador viera lo que hacía, y le pregunta qué le parece ahora la nariz. "Ahora sí está perfecta", fue la respuesta. La anécdota puede servir para indicar que a lo mejor el grave defecto que todos observamos en el incumplimiento al orden jurídico, se encuentra en una corrección en el mentón y no en la nariz[31].

Lo que quiero expresar, al traer a colación las enseñanzas del Dr. Gordillo, es que no todo se mejora aumentando los controles, imponiendo mayores sanciones, aplicando un sistema mas riguroso; sino que la solución se encuentra al modificar la raíz del problema. Si tenemos una Administración Pública con demasiados empleados públicos incumplidores, que trabajan a desgano, que están

31 GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1982, Reimpresión, Madrid, Cívitas, 1997, 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2012, como parte de este T. 6, Cap. I, AP-I-5.

mal pagos, es decir, que no funciona bien, la solución será hacer que funcione bien y no desarticularla o suprimirla.

CYNTHIA V. ALVAREZ TAGLIABUE

Es Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública y Especialista en Derecho del Petróleo y Gas Natural por la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Universidad del Museo Social Argentino. Abogada de la Planta Permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Directora de Sumarios del Ministerio de Defensa de la Nación.

MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DEL CONOCIMIENTO DEL VICIO AL DOLO DEL ADMINISTRADO

Santiago R. Carrillo
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

Paula Monod Núñez
Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública, Universidad de Buenos Aires.

Sumario: 1. Introducción. 2. Escenario anterior a la reforma. 3. El conocimiento del vicio. 4. Ley de Bases: el dolo del administrado. 5. Conclusión.

1. Introducción

La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (Ley de Bases) introdujo reformas significativas a la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA). Si bien no todas las cuestiones derivadas de la casuística han sido solucionadas con esta reforma, en lo que aquí interesa, corresponde destacar la positiva limitación la potestad anulatoria de la Administración, conforme el actual texto del art. 17.

El principio de legalidad –o más precisamente el actual principio de juridicidad– requiere que los actos administrativos afectados por vicios graves sean expulsados del mundo jurídico. Sin embargo, ello debe ser ponderado con el principio de seguridad jurídica y con el derecho de defensa de los particulares. Es que cuando se trata de actos que otorgan derechos o amplían facultades de las personas, debemos analizar con cautela las posibilidades de la Administración de anularlos en su sede. Sobre todo, cuando se trata de personas humanas, centro de todo el sistema jurídico.

Si bien la ley original parecía consagrar la garantía de estabilidad del acto, veremos que en la práctica dicha regla fue debilitándose.

Por ello, a lo largo del presente trabajo, analizaremos la modificación al régimen de anulación de los actos administrativos, en particular respecto de actos irregulares notificados que hubieran generado derechos subjetivos cuando "se acreditara el dolo del administrado". Para comprender cabalmente el alcance de esta

reforma, es necesario efectuar una breve reseña del régimen anterior, conforme la interpretación que le otorgó la CSJN en el precedente "Almagro". Junto con ello, compararemos las disímiles interpretaciones a las que dio lugar la redacción del impreciso estándar anterior: "si el interesado hubiere conocido el vicio".

Luego, explicaremos porque su modificación resulta ser un límite positivo, en tanto consideramos que la redacción anterior habilitaba excesos por parte de la Administración en el ejercicio de su potestad anulatoria. Por último, analizaremos la importancia de los nuevos principios enumerados en el art. 1º *bis* LPA y sus repercusiones en el procedimiento que deberá llevarse a cabo para probar el dolo del particular.

2. ESCENARIO ANTERIOR A LA REFORMA

En primer término, cabe recordar que la estabilidad del acto administrativo fue desarrollada con anterioridad a la sanción de la LPA, en el caso "Carman de Cantón". Allí la CSJN expresó que "no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuente". Fue en este precedente donde la Corte Suprema afirmó la irrevocabilidad en sede administrativa del acto que declara un derecho subjetivo y causa estado. Así, dio inicio a la sistematización de la potestad anulatoria de la Administración.

Ahora bien, con la sanción de la LPA –conforme su texto original y sus reformas– el art. 17 regulaba el régimen jurídico del acto irregular y el 18 el del acto regular. Así, conforme su interpretación literal, el acto administrativo afectado de nulidad absoluta que estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo, únicamente podía dejar de subsistir mediante declaración judicial de nulidad. Por su parte, el art. 18 determinaba, cómo principio general, la imposibilidad de revocar, modificar o sustituir actos regulares cuando hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, una vez notificados. No obstante, preveía excepciones, entre ellas la posibilidad de revocarlo cuando el interesado hubiere conocido el vicio.

En 1998 la CSJN en la causa "Almagro"[1] dispuso que, una interpretación armónica de ambos artículos permitía la aplicación de las excepciones a la estabilidad del acto regular al ámbito del acto irregular. Pues de lo contrario –afirmó la Corte– "el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión

1 CSJN, Fallos: 321:169.

de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley cómo menos grave".

Si bien resulta correcto desde una lógica jurídica lineal sostener que no puede haber mayor rigor para revocar un acto irregular que uno regular, parecería que el Máximo Tribunal no contempló las posibles consecuencias de la aplicación del precedente. Es que la Administración Pública tomó aquella interpretación cómo un *bill* de indemnidad para anular actos que habían generado derechos subjetivos, que llevaban años firmes y que incluso se habían agotado en su objeto[2].

De esta forma, observamos que a lo largo del tiempo se fue consolidando la idea de que la regla fuese la revocabilidad del acto administrativo y no una medida excepcional, comprometiendo el derecho de propiedad de los particulares y desconociendo el principio de seguridad jurídica (arts. 14 y 17 CN). Principio que tiene jerarquía constitucional[3].

Continuando con esa línea, en el 2010 la CSJN reforzó la idea de que debía prevalecer la potestad revocatoria sobre el principio de estabilidad de los actos administrativos. En este sentido, en el caso "Astilleros Mestrina" señaló que "la limitación impuesta por el art. 17 *in fine*, de la Ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, 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"[4].

Con todo, luego la Corte Suprema en el precedente "Kek" pareció modificar su postura hacia el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular. Alonso Regueira celebra este cambio de postura, pues entiende que el hecho de limitar la potestad revocatoria de la administración no implica desconocer el principio de juridicidad; en tanto ante un acto irregular que adquiere estabilidad la administración debe requerir judicialmente su nulidad mediante la acción de lesividad[5].

Desde nuestro punto de vista, creemos que cuando se trata de actos que confieren derechos a los particulares, la regla debe ser la irrevocabilidad del acto en sede administrativa. Pues la revocación debe considerarse una medida anormal; siendo que en todo caso subsiste la posibilidad de promover la acción judicial de

2 CCF, Sala de Feria, "Sociedad Rural Argentina c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", del 4-1-2013.

3 CSJN, Fallos: 243:465; 251:78; 317:218; entre muchos otros.

4 A. 414. XLIV; "Astilleros Mestrina SA".

5 Alonso Regueira, Enrique, "Kek o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular" en *El control de la actividad Estatal II*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, UBA, 2016, pp. 269/271, disponible en chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdfmadadm/http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-alonso-regueira.pdf.

lesividad. En este sentido, Gordillo señala que la estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que sólo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa[6].

3. EL CONOCIMIENTO DEL VICIO

Ahora bien, ¿qué implicaba el conocimiento del vicio por parte del particular? Entre los autores existían distintas posturas, abarcando tesis más amplias o más bien restringidas. Por lo tanto, si la interpretación era que basta con el mero conocimiento del vicio, la potestad revocatoria de la Administración se ampliaba. Mientras que sí se exigía la acreditación del dolo del particular, o incluso de ambas partes, la potestad se acotaba notablemente.

La tesis amplia se fundamentaba en la presunción de que el derecho es conocido por todos. Tanto el ex Código Civil como el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establecen que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, salvo que estuviera previsto en el ordenamiento jurídico (cfr. arts. 20 CC y 8º CCCN). Está mirada, en los hechos, permitía que la Administración pueda casi en cualquier escenario revocar sus propios actos. Pues el particular al conocer el derecho, debe saber cuándo un acto es contrario al ordenamiento jurídico. Si bien, por ejemplo, en el caso de empresas que contratan habitualmente con el Estado, puede exigirse un mayor conocimiento del régimen jurídico aplicable, en el caso de las personas humanas no es razonable tal exigencia. Sobre todo, en el caso de personas en situación de vulnerabilidad, en donde nuestro estado constitucional- convencional de derecho, requiere que las normas internas y la actuación de los tres poderes del estado se adecuen a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

En sintonía con la primera postura, Comadira señalaba cómo suficiente para habilitar el accionar anulatorio de la Administración el mero y simple conocimiento del vicio por parte del administrado, o la exigencia razonable de ese conocimiento, sin que sea menester que aquél haya sido causado por su actuación. Afirmaba que la buena fe está en juego tanto con la omisión maliciosa o improcedente, cómo con la acción dolosa efectiva que sólo agregaría un *plus* de inmoralidad a la omisión[7]. En ese sentido Hutchinson sostenía que la potestad revocatoria operaba como una sanción a la mala fe del particular[8]. De su lado, Marcer postulaba que, ante un supuesto de un acto irregular afectado por una

6 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo,* T. 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. VI-2.

7 COMADIRA, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo,* Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 29.

8 HUTICHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimiento administrativos,* Buenos Aires, Astrea, 1987, T. I, p. 373.

nulidad manifiesta, el conocimiento del vicio por parte del administrado resulta insoslayable, justamente por el carácter patente y notorio del vicio[9].

En el sentido contrario, Cassagne consideraba que si el particular no puede invocar la ignorancia de la ley o el error de derecho, el conocimiento del vicio jugaría como una presunción en su contra, al menos respecto de los vicios más trascendentes del acto administrativo, circunstancia que haría que, en casi todos los supuestos, el vicio le fuera imputable. Así, señalaba que esa interpretación echaría por tierra el sistema normativo vigente y el principio de estabilidad de los actos que han generado derechos subjetivos[10]. Por su parte, Gordillo explicaba que la prescripción legal relativa a que el interesado haya tenido conocimiento del vicio no puede ser interpretada literalmente. Sobre el punto, ponía de resalto que muchas veces el particular tiene conocimiento del vicio del acto, pero no tiene responsabilidad directa o indirecta por su comisión. Por lo tanto, concluía que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acto para que esté carezca de estabilidad, sino que se requiere connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación a la emisión del acto cuya revocación se trata[11].

En un texto anterior, concluimos que era necesario encontrar un equilibrio entre el principio de legalidad –que exige la inmediata eliminación del acto nulo del ordenamiento jurídico– con el principio de seguridad jurídica. Para ello, consideramos que era indispensable atender cada situación particular y demostrar que el administrado estuvo en condiciones de valorar la legalidad del obrar de la Administración. Postulamos así que debían evaluarse en cada caso concreto las cuestiones de hecho que permitirían determinar si realmente concurrió por parte del administrado mala fe, en procura de beneficiarse de manera antijurídica. En caso afirmativo, ello habilitaba el ejercicio de la potestad anulatoria por parte de la Administración[12].

Sin embargo, la Ley de Bases zanjó la cuestión. Veamos.

4. Ley de Bases: el dolo del administrado

La nueva redacción del art. 17 regula la revocación en sede administrativa tanto del acto irregular cómo el del regular. Respecto al acto afectado de nulidad absoluta establece que debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aclarando que "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

9 Marcer, Ernesto, PTN, dictámenes 233:329.

10 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, T. II, pp. 270/271.

11 Gordillo, Agustín., ya cit., p. VI-24/25.

12 Carrillo, Santiago R., *¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio cómo fundamento de la anulación del acto,* Buenos Aires, La Ley, pp. 6/7.

declaración de nulidad en sede judicial, salvo en el supuesto previsto en el cuarto párrafo de este artículo".

Por su parte, el cuarto párrafo de dicho artículo permite la revocación, modificación, sustitución o suspensión de oficio en sede administrativa cuando "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".

Resulta claro que la reforma recoge la doctrina sentada en el caso "Almagro" respecto de la aplicación de las excepciones a la estabilidad del acto regular a las del acto irregular. Sin embargo, en virtud de las dificultades interpretativas y las críticas que traía el impreciso concepto referido al *conocimiento del vicio*, la ley ahora requiere la acreditación del dolo del particular. Está redacción viene a reafirmar el principio general de estabilidad de los actos administrativos y con ello a fortalecer los derechos de los particulares. Pues para que la Administración pueda anular en su sede un acto que generó derechos subjetivos, deberá demostrar y probar –en el marco de un procedimiento administrativo– el dolo del particular.

Así lo explican Mairal y Veramendi. Entienden que la nueva regla se limita a los casos de dolo del beneficiario y que debe acreditarse su existencia a través de un trámite administrativo previo que respete el debido proceso adjetivo y en el cual se reúna prueba suficiente para sostener tal conclusión[13]. Cassagne y Perrino, en concordancia con su anterior postura, celebra la nueva redacción del art. 17, en tanto considera que garantiza la estabilidad y el derecho de propiedad que se adquiere con el acto administrativo[14].

Esta tesitura se ve reforzada con los nuevos principios introducidos en la LPA a través de su art. 1º *bis*. Entre el nuevo listado encontramos principios fundamentales aplicables al procedimiento administrativo que impactarán de forma determinante al momento de que la Administración deba probar el dolo del administrado a fin de poder anular un acto en su propia sede. Entre ellos: la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima y la tutela administrativa efectiva.

5. CONCLUSIÓN

La reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos modifica el régimen sustantivo del acto administrativo en aspectos importantes. Incluye y clarifica reglas que refuerzan los límites a la revocabilidad de los actos administrativos resultantes del respeto a la cosa juzgada administrativa.

13 MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., *La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos,* Buenos Aires, La Ley, 2024, p. 4.

14 CASSAGNE, Juan C. y PERRINO, Pablo E., *El acto administrativo en la Ley de Bases,* Buenos Aires, La Ley, 2024, p. 12.

En primer término, establece la irrevocabilidad en sede administrativa, además de aquellos actos que hubiesen generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, de todo acto cuyo objeto se hubiere cumplido totalmente. Luego, se prohíbe expresamente a la Administración suspender los efectos de un acto cuya anulación no le es permitida conforme el nuevo régimen legal. Con ello se limita una práctica disvaliosa que producía efectos similares a los de la anulación del acto, aun en casos en los que la ley proscribía esta última. Naturalmente, si la Administración considera que la suspensión de los efectos del acto resulta indispensable para evitar graves perjuicios al interés público, podrá solicitar al tribunal competente el dictado de una medida cautelar de conformidad con las disposiciones de la Ley 26.854.

Además, como hemos visto en este comentario, se corrige una evidente imprecisión del texto anterior en cuanto permitía a la administración anular un acto que había generado derechos a favor del particular bajo el rótulo de la imputación del mero conocimiento de la ilegitimidad por el beneficiario del acto, aunque él no hubiera participado en la conformación de ese vicio. Esta corrección apuntala el respeto a los derechos de los particulares y resguarda la seguridad jurídica.

SANTIAGO R. CARRILLO

Es Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Profesor e Investigador en Proyectos de Ciencia y Técnica en la Universidad de Buenos Aires. Coordinador del Área de Procesos Colectivos de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Miembro de la Comisión para la Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires. Autor de numerosas publicaciones en la especialidad. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 3.

PAULA MONOD NÚÑEZ

Es Abogada y Candidata a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública, Universidad de Buenos Aires.

PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA ANULACIÓN, SUSPENSIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE Y LA ACCIÓN DE LESIVIDAD EN LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS REFORMADA POR LA LEY DE BASES

Fernando Gabriel Comadira
Profesor de la Universidad Católica Argentina.

Sumario: 1. Introducción. 2. Breves precisiones terminológicas y conceptuales. 2.1. Alcance del término "anulación" y "revocación". 2.2. Concepto de "nulidad" en el campo del derecho administrativo: nuestra postura. 2.3. Breve referencia al régimen de invalidez del acto administrativo. 2.4. Alcance del término "juridicidad" y la insoslayable afirmación de los derechos humanos fundamentales en la escuela del Maestro Julio Rodolfo Comadira. 3. Fundamento de la anulación de oficio del acto administrativo, de la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable y de la acción de lesividad. 3.1. Las funciones jurídicas que asume el Estado están al servicio del bien común o interés público. 3.2. La función administrativa satisface el bien común o interés público de manera directa e inmediata. 3.3. La juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo del concepto de bien común o interés público primario. 3.4. El restablecimiento del principio de juridicidad es, por consiguiente, un poder inherente a la función administrativa: la anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como poder inherente a la función de administrar. 3.5. Síntesis. 4. Anulación de oficio del acto administrativo: evolución jurisprudencial y legal del acto administrativo estable, "la denominada cosa juzgada administrativa". 4.1. La situación antes del dictado de la LNPA: el caso "Carman de Cantón". 4.2. La estabilidad del acto administrativo en la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 4.3. La estabilidad del acto administrativo irregular en la LNPA luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 4.4. Procedimiento administrativo para la anulación de oficio del acto administrativo irregular. 4.5. Anulación de oficio y "silencio administrativo". 4.6. Síntesis. 5. La suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable. 5.1. La situación antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 5.2. La situación luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases. 5.3. Análisis crítico del régimen jurídico actual: nuestra postura. 6. La acción de lesividad: algunos aspectos conceptuales y procesales. 6.1. Concepto. 6.2. Objeto. 6.3. Presupuestos de admisibilidad de la pretensión anulatoria

del Estado. 6.4. Sujeto actor. 6.5. Fuero competente. 6.6. Sentencia: la cuestión en la doctrina, la jurisprudencia y en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases. 7. La anulación de oficio en sede administrativa y la interposición de la demanda de lesividad como deber de la Administración. 8. ¿Podría la Administración inaplicar la norma por considerarla inconstitucional? 9. Síntesis y conclusiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

a) Existen cuestiones en el ámbito del derecho administrativo que resultan sin lugar a dudas sumamente apasionantes, interesantes y que difícilmente en el futuro pierdan relevancia.

La Ley 27.742 denominada Ley de Bases y Puntos de Partida para La Libertad de los Argentinos (en adelante, Ley de Bases), sancionada el 27/06/2024 y publicada el 08/07/2024, ha venido a modificar aspectos sustanciales del régimen jurídico de la anulación de oficio del acto administrativo a la acción de lesividad.

Con este trabajo no pretendemos agotar el estudio de la temática antes mencionada, sino simplemente efectuar una primera aproximación sobre algunos de los principales aspectos que la Ley de Bases ha modificado en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.540 –y modificatorias– (en adelante, LNPA).

b) Con el fin de comprender con claridad cuáles son, concretamente, los temas que abordaremos en este trabajo y que, como dijimos, desde nuestro punto de vista son algunos de los más atrapantes que tiene el derecho administrativo, utilizaremos un ejemplo abstracto al que solemos acudir con frecuencia. Imaginemos el siguiente supuesto:

Una persona, planta permanente de la Administración Pública, se presenta ante las autoridades administrativas competentes y solicita que, por haberse recibido de médico, le sea otorgado en su recibo de haberes un plus por título universitario.

El particular, asimismo, ante el pedido de la Administración, presenta todos y cada uno de los documentos solicitados por ella.

La Administración, previo dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico, dicta un acto administrativo por el que se le otorga el plus requerido y, en consecuencia, desde entonces, el particular comienza a ver reflejado en su recibo de haberes aquel plus, el que comienza a percibirlo mes a mes.

No obstante ello, 20 años después de que la propia Administración le confirió al particular el *plus*, aquella se percata de que, en rigor, el acto administrativo que se lo otorgó era nulo de nulidad absoluta e insanable.

¿Qué sucede en estos casos? ¿Puede la Administración *declarar* y *ejecutar por sí y ante sí* la nulidad del acto que otorgó el *plus*? Es decir, ¿puede la Administración extinguir, quitarle de manera definitiva el derecho conferido por

el acto administrativo? De no ser eso factible, ¿podría la Administración disponer la suspensión provisoria del pago?

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, ¿podría la Administración, mediante la denominada acción de lesividad, acudir veinte (20) años después a un juez y solicitarle la declaración judicial de nulidad? De ser esto posible, si el juez hiciere lugar a la pretensión de nulidad de la Administración, ¿cuáles son los efectos de la sentencia?, ¿surtirá efectos hacia el futuro o tendrá efectos retroactivos?, ¿debe el particular devolver la totalidad de los haberes percibidos desde que se le confirió el plus hasta que se declare la nulidad judicial?

c) Las diversas preguntas que nos hemos efectuado a partir del ejemplo abstracto efectuado reciben respuestas.

A partir de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, las respuestas a las diversas preguntas que nos hemos efectuado sobre la base del ejemplo abstracto son diferentes a las que, antes de su sanción, aportaba la mayoría de la doctrina, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN), la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Federal (en adelante, CNACAF) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), y, también, el último proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal.

La temática abordada es, insistimos, al menos desde nuestra opinión, claramente atractiva e interesante porque, además, todos y cada uno de los administrados estamos constantemente expuestos a este tipo de situaciones.

No necesariamente quienes se vinculan con la Administración en una relación de empleo público sino, también, todos los que por alguna razón hemos sido beneficiados por un acto administrativo o hemos celebrado un contrato administrativo con la administración.

Es que, como hemos señalado en otra ocasión, en el marco de la LNPA y conforme surge de la jurisprudencia de la CSJN[1] y la opinión de la mayoría de la doctrina administrativista[2], el contrato administrativo es, en rigor, una especie

1 En efecto, la CSJN ha señalado en más de una oportunidad que los contratos administrativos son verdaderos actos administrativos (CSJN, 06/09/1988, "Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos", Fallos: 311:1791; CSJN, 07/03/1989, "Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes", Fallos: 312:282; CSJN, 27/04/1989, "Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes", Fallos 312:606) y, más específicamente, actos administrativos bilaterales (CSJN, 23/12/1976, "Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación", Fallos: 296:672; con nota de MARIENHOFF, Miguel S., "El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nº 61).

2 Un análisis pormenorizado de la opinión de los autores puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* Buenos Aires, Astrea-Rap, 2019, p. 105 y ss. y, antes, en: COMADIRA, Fernando G., "Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad:

de acto administrativo por lo que, en principio, la solución que se adopte para el caso de un acto administrativo deberá ser la misma que para un contrato de la misma naturaleza.

d) En este trabajo, que, como ya fuera dicho, es solo una breve y primera aproximación de los institutos objeto de estudio, previo a poder responder los interrogantes planteados resulta necesario, en primer lugar, efectuar unas aclaraciones conceptuales y terminológicas para, luego de analizar cuál es el fundamento de la anulación de oficio, la suspensión de efectos del acto estable y la acción de lesividad, poder abordar las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales brindadas antes de la sanción de la Ley de Bases y las que hoy, expresamente, surgen del nuevo texto de la LNPA.

Por lo demás, hemos de señalar que, en esta ocasión, centraremos el objeto de este trabajo: *i)* en el acto administrativo de alcance particular[3] y, *ii)* en el acto

---

algunas cuestiones que plantea la denominada "acción de lesividad" en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia. En homenaje al Prof. Julio R. Comadira,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2017, p. 52 y ss.

3 Cabe recordar que el resultado del ejercicio de la función administrativa es el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, es decir, entendida aquella expresión *en su sentido más genérico y comprensivo*, pues engloba en su concepto tanto a los actos que, según sus alcances, pueden clasificarse en actos administrativos *particulares*, es decir, los destinados a una o más personas claramente identificadas (individuales, pluriindividuales o plúrimos), o *generales*, esto es, los dirigidos a una cantidad indeterminada de personas (ya sean *normativos* –pues poseen vocación de permanencia y se insertan en el ordenamiento jurídico como fuente permanente de la juridicidad, denominados "reglamentos"– o *no normativos* –toda vez que se agotan con su aplicación y no tienen vocación de permanencia–, como a los que según su formación se clasifican en *unilaterales* o *bilaterales.*

Lo expuesto permitirá sostener que, al ser todos actos administrativos, poseen ciertas cualidades en común (v.gr.: requisitos esenciales, del sistema de invalidez, caracteres, etc.), del mismo modo que justificará, entonces, y al menos en lo que aquí interesa, que al ser dos *especies* de un mismo *género,* exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre, por ejemplo, el *acto administrativo de alcance particular* y los *actos administrativos de alcance general* (régimen de impugnación, publicidad, jerarquía, estabilidad, elaboración, etc.), como también ocurre entre los *actos administrativos unilaterales* y los *contratos administrativos*.

De todos modos, y teniendo en cuenta que una de las funciones de la teoría del acto administrativo responde a razones teórico-prácticas, es decir, agrupar en su concepto, en una misma categoría, actos que están sometidos a un régimen jurídico heterogéneo, restringimos la noción técnico-estricta de *acto administrativo* al de alcance particular. Es que, como dijimos antes, el acto particular y el acto general tienen un régimen jurídico diferenciado en materia, por ejemplo, y en lo que aquí interesa, de *estabilidad*.

La cuestión puede ampliarse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria" en AA.VV. *Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 466 y ss.

administrativo nulo de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, en el acto administrativo *irregular*[4], sin abordar lo atinente al acto administrativo levemente viciado.

2. BREVES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

Sobre la base del esquema antes expuesto corresponde, en primer lugar, efectuar algunas breves precisiones terminológicas y conceptuales. Veamos.

2.1. *Alcance del término anulación y revocación*

Al comienzo de esta investigación hemos hecho alusión a la *anulación* de oficio del acto administrativo.

Destacamos y enfatizamos el término *anular* pues, en rigor, la doctrina y la legislación administrativa Nacional y local suele denominar a la extinción de un acto administrativo en sede administrativa por razones de ilegitimidad, de diversas maneras.

Así, por ejemplo, la LNPA –al igual que la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– parte de un *criterio subjetivo* para calificar a las formas de extinción del acto administrativo.

En efecto, la norma denomina *revocación* a la extinción del acto en sede administrativa, sea que aquella se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o en razones de legitimidad.

Para el criterio subjetivo, la diferencia entre la *revocación* y la *anulación* está dada por el órgano del cual emana el acto extintivo; la *revocación*, como se dijo, corresponde al órgano administrativo, la *anulación* –que solo podrá basarse en razones de ilegitimidad– al órgano judicial[5].

Es decir que, en el ámbito positivo nacional, la revocación corresponde a la extinción del acto en sede administrativa tanto por razones de ilegitimidad como de oportunidad, mérito o conveniencia; la anulación, en cambio, que sólo podrá ser por razones de ilegitimidad, es la extinción del acto dispuesta por el órgano judicial.

4 En tal sentido, y como se verá en el punto Nº 2.3. de este trabajo, cabe tener en cuenta que el acto administrativo irregular es el afectado de *nulidad absoluta* por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave. El acto regular, por su parte, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.

5 Han adherido al criterio subjetivo: CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo,* 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 1, pp. 765/766; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo,* 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011, T. 3, Cap. XIII-3/4; HALPERÍN, David A., "El principio de estabilidad del acto administrativo" en TAWIL, Guido S. (dir.), *Acto Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2014, p. 310, entre otros.

No obstante ello, existen legislaciones –como la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires y el Código de Procedimientos Administrativos del Chaco–[6] y autores que para denominar los modos de extinción del acto administrativo, descartan la pauta derivada del sujeto u órgano actuante, y atienden al fundamento o motivo de la extinción[7].

Aquel criterio de interpretación, al que se lo conoce como *criterio objetivo,* denomina *revocación* a la extinción del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –la que únicamente puede ser ejercida por la administración–, y anulación a la extinción del acto administrativo por razones de ilegitimidad –ejercitable tanto por la administración como por la justicia–.

Hechas las aclaraciones que anteceden, conviene dejar sentado, ya desde ahora, que en nuestra opinión, y sin perjuicio de la terminología utilizada por la LNPA, adherimos al denominado *criterio objetivo* para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo.

En consecuencia, corresponde designar como *anulación* a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad *derivadas de vicios o defectos inherentes* del acto y, como *revocación*, a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, "derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción"[8].

2.2. *Concepto de nulidad en el campo del derecho administrativo: nuestra postura*

En segundo lugar, resulta conveniente dejar asentado cuál es, en nuestra opinión, el concepto que en el ámbito del derecho administrativo debería tenerse, al menos en líneas generales, sobre *nulidad*.

6 Según reza el art. 124 del Código de Procedimientos Administrativos del Chaco, "la autoridad administrativa podrá anular, revocar, modificar o sustituir de oficio sus propias resoluciones antes de su notificación a los interesados. La anulación estará fundada en razones de legalidad, por vicios que afectan el acto administrativo, y la revocación, en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público".

7 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada,* con la colaboración de Laura M. MONTI, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, pp. 338/340; FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo,* segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 544 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019, p. 99 y ss.; GRAU, Armando E., "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos", *JA* 1961-I-40, entre otros.

En el derecho comparado también parecerían adherirse al criterio material (ver doctrina citada en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 10, especialmente nota Nº 16).

8 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T.1, pp. 338/340.

En líneas generales, tanto en el Derecho Privado[9] como en el Derecho Administrativo[10] suele definirse a la nulidad como la sanción legal que priva de sus efectos propios al acto viciado.

Sin embargo, en nuestra opinión, y como señaláramos en otra ocasión, teniendo en cuenta que no toda privación de efectos de un acto administrativo traduce una *nulidad propiamente dicha*[11], creemos que en el derecho administrativo aquella debería ser entendida de otra manera.

Es que, en rigor, la *anulación* y la *suspensión* son institutos diferentes: mientras la *anulación* de un acto administrativo, como modalidad de extinción de aquel, significa su retiro *definitivo y permanente* del ordenamiento jurídico por razones de ilegitimidad, la *suspensión de efectos* sólo importa una *paralización provisoria* de sus efectos jurídicos propios.

9 LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General,* 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. II, p. 499; BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 547, entre otros.

10 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. 1, p. 279; BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos,* Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 2, p. 253; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, p. 89; SILVA TAMAYO, Gustavo E., "Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos", *LL* 2015-D, 1153, entre otros.

11 Hemos destacado y enfatizado el término *propiamente dicha* pues, como es sabido, en el ámbito del derecho administrativo cuando un instituto participa de las notas propias del régimen jurídico de otro pero, no obstante, al no cumplir todas las características propias de aquel, suele denominarse al primero como *impropio.*

Así, por ejemplo, se ha hecho referencia al *reclamo impropio* para denominar a la impugnación directa de los actos administrativos de alcance general (LINARES, Juan F., *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 33 y ss.); al "recurso administrativo impropio" para referirse a la denuncia de ilegitimidad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 59); al "acto administrativo impropio" para la declaración de lesividad (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 167); al "servicio público impropio" para hacer referencia al que prestan los taxis (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...,* op. cit., T. II, p. 21 y ss.); a la "delegación impropia" al caracterizar la delegación de la función administrativo que el constituyente efectuó por medio de la Constitución al Jefe de Gabinete (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...,* op. cit., T. 1, pp. 334/335). De ese modo, entonces, y con base en lo mencionado en el texto, se ha sostenido que si la nulidad propiamente dicha es la que priva de manera definitiva y permanente los efectos jurídicos propios del acto, la suspensión de los efectos de un acto administrativo sería una *nulidad impropia* (COMADIRA, Julio Pablo, *Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado. Comentada y anotada,* Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2021, p. 213).

Por ello, a nuestro modo de ver, en el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de *manera definitiva y permanente* los efectos propios del acto administrativo viciado[12].

2.3. *Breve referencia al régimen de invalidez del acto administrativo*

Analizar el régimen de invalidez de los actos administrativos excedería con holgura el objeto de este trabajo, razón por la cual remitimos, para ello, a distintos estudios efectuados por la más calificada doctrina[13].

Sin embargo, hemos de señalar que en el marco de la LNPA cabe distinguir dos categorías de invalidez, a saber: el acto administrativo nulo de nulidad absoluta o, en su caso, el acto anulable de nulidad relativa. Es decir, se asocia la idea de *acto nulo* con la *nulidad absoluta* y de *acto anulable* con la *nulidad relativa*[14].

Para diferenciar cuándo se está ante un acto nulo de nulidad absoluta o un acto anulable de nulidad relativa, resultará necesario vincular la gravedad del vicio con la afectación de uno o más de los elementos esenciales del acto administrativo[15].

Es que, en definitiva, si tenemos en consideración que los elementos esenciales del acto administrativo son aquellos que necesariamente deben concurrir sin vicios para que aquel sea plenamente válido, es dable concluir que si alguno o algunos de ellos están ausentes o, estando todos presentes, alguno o todos poseen u vicio, el acto será inválido.

Así, pues, en el plexo normativo de la LNPA, es posible afirmar, entonces, que el acto administrativo será *nulo de nulidad absoluta* cuando carezca de alguno de sus elementos o, en su caso, alguno de ellos esté afectado por un vicio

12 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 167, nota Nº 455 y ss. y, antes, en COMADIRA, Fernando Gabriel, "La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable" en AA.VV. *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2018, p. 388; COMADIRA, Fernando Gabriel, "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria" en AA.VV. *Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 466, nota Nº 57, entre otros.

13 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 25; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p.177 y ss.

14 *Ibidem.*

15 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...,* op. cit., p. 74. En el mismo sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, p. 502; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo,* 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1956, T. II, pp. 118/119; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 188.

grave. En cambio, el acto será *anulable de nulidad relativa*, cuando concurra con todos sus elementos pero alguno ostente un vicio leve o no fundamental[16].

16 *Ibidem*. Como hemos mencionado en el texto, en el plexo normativo de la LNPA la graduación de las consecuencias jurídicas derivadas de los vicios o defectos que padece un acto administrativo determina que el acto pueda ser calificado como nulo (de nulidad absoluta) o anulable (de nulidad relativa), según el grado o la magnitud del defecto que padezca (arts. 14 y 15, LNPA).

Ahora bien, en los últimos años el Máximo Tribunal de la Nación comenzó a utilizar la categoría del acto o contrato *inexistente* (CSJN, 31/07/2012, "Lix Klett S.A.I.C. (s/ quiebra) c/Biblioteca Nacional - Sec de Cultura de la Nación s/cobro de sumas de dinero", Fallos: 335:1385; CSJN, 04/08/2009, "Sciammarella, Romeo c/EN-Ministerio de Educación s/proceso de conocimiento", Fallos: 332:1651; CSJN, 13/05/2008, "Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos", Originario, S. 596. XXXIII; CSJN, 27/12/2006, "Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"; CSJN, 21/03/2006, "Punte Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego", Fallos: 329:809; CSJN, 10/02/2004, "Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos", Fallos: 327:84; CSJN, 01/09/2003, "Laser Disc Argentina S.A. c/ Mendoza, Provincia de (Instituto Provincial de la Cultura) s/ cobro de pesos", Fallos: 326:3206; CSJN, 21/08/2003, "Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos", Fallos: 326:2940; CSJN, 25/09/2001, "Carl Chung Ching Kao v. La Pampa, Provincia de s/ cobro de pesos", Fallos: 324:3019; CSJN, 05/12/2000, "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 323:3924; CSJN, 11/07/2000, "Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/ Salta, Provincia de s/ incumplimiento de contrato", Fallos: 323:1841; entre otros).

En nuestra opinión, la categorización efectuada por la CSJN no debería tener acogida en el derecho nacional pues, como dijimos, en el marco de la LNPA la nulidad absoluta de un acto administrativo se da cuando éste carece de alguno de sus elementos esenciales (v. gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padece un vicio grave; en cambio, será anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren sin vicios o, alguno de ellos, adolece de un vicio *leve* o *no fundamental*.

Sin embargo, en materia de contratos administrativos, la CSJN desarrolló diferentes supuestos de inexistencia de acto por inobservancia de una forma esencial visceral. Más concretamente, la Corte Suprema precisó que un contrato administrativo celebrado sin respetar el procedimiento administrativo previo específicamente establecido para tal actuación (v.gr.: licitación pública), es *inexistente*.

Desde nuestro punto de vista, y más allá de que, como vimos, la ausencia de un elemento esencial, o, en su caso, la existencia en alguno de ellos de un vicio grave, determina la *nulidad absoluta* del acto, creemos que la doctrina plasmada en esos fallos solo indica que, frente a la inobservancia de una forma visceral, se debe considerar que el contrato no alcanzó a nacer, no fue celebrado. Es decir, en lugar de contrato inexistente –como erróneamente se lo ha interpretado– estamos frente a la inexistencia de contrato administrativo (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 276, especialmente nota Nº 38).

La categorización efectuada por el Máximo Tribunal es coherente con algunas legislaciones provinciales de procedimiento administrativo (v.gr.: Salta, arts. 69 y 73; Mendoza, arts. 72 y 76; Corrientes, arts. 187, 188 y concordantes) donde se contempla el *acto inexistente* para supuestos de vicio grosero pero, tal como hemos analizado, dicha categoría no es aceptable en la normativa nacional.

Entre quienes admiten la categoría del acto administrativo inexistente se destaca Gordillo, para quien, a pesar de no estar contemplada en la LNPA, es de un rigor lógico inevitable y debe ser considerada. En este sentido, añade que "...la hipótesis de inexistencia de acto administrativo, o del acto administrativo inexistente como con menos propiedad pero más comodidad se dice a menudo.

Por último, cabe señalar que a nivel nacional el acto administrativo nulo de nulidad absoluta es considerado *irregular* y, a su vez, que se denomina acto *regular* tanto al plenamente válido como al que está viciado con una nulidad relativa.

En síntesis: el acto administrativo irregular es el afectado de *nulidad absoluta* por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave. El acto regular, por su parte, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.

2.4. *Alcance del término juridicidad y la insoslayable afirmación de los derechos humanos fundamentales en la escuela del Maestro Julio Rodolfo Comadira*

Tal como lo advertirá el lector a lo largo de las siguientes páginas, en este trabajo utilizaremos el término "principio de juridicidad" y no de "legalidad" toda vez que esta última expresión podría generar la idea de que la Administración Pública está sometida exclusivamente a la ley en sentido formal, cuando, en rigor, como sostenía Comadira, debe someterse a *todo el ordenamiento jurídico.*

En ese orden de ideas, el jurista citado señalaba que el principio de *juridicidad* supone el sometimiento de la Administración Pública a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a los principios generales del derecho –esto es, *aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas*–, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos, los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, y ciertos contratos administrativos[17].

Al respecto, la CSJN destacó que "es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que esta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. 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" (énfasis agregado)[18].

Asimismo, la Corte pareciera haber hecho alusión al principio de juridicidad en otros precedentes pues, no obstante haber utilizado el término "principio

---

En definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley prefieren denominar vías de hecho de la administración". (GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* op. cit., T. 3, Cap. XI-23).

17 Un pormenorizado estudio del concepto y alcance del principio de juridicidad en el pensamiento del profesor y Maestro Julio Rodolfo Comadira y su impacto en los diferentes institutos del derecho administrativo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo - COMADIRA, María Victoria - HERRERO, María Cristina, "El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira", *REDA* Nº 143-255.

18 CSJN, 19/11/1992, "Recurso de hecho: Bauhoffer, Martha B. en autos: Naveiro de La Serna de López, Helena M.", Fallos: 314:2771.

de legalidad administrativa", lo cierto es que con aquel hacía referencia a que la Administración debía estar sometida al ordenamiento jurídico en su totalidad, y no únicamente a la sujeción a la ley formal.

En efecto, la Corte sostuvo que la Administración está "positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad objetiva"[19] y, en uno de los votos recaídos en la causa "Credimax", sostuvo que el principio de legalidad "importa la vinculación y sujeción de la administración pública al bloque de la legalidad"[20].

La PTN, a su turno, recientemente sostuvo que la juridicidad integra el concepto de orden público y recordó[21], a su vez, su doctrina según la cual la Administración está obligada al respecto de la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho[22].

Pues bien, como señalaba el Maestro Julio Rodolfo Comadira al analizar el principio de juridicidad, el ordenamiento jurídico al que él refiere no es el correspondiente 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 que el citado jurista propicia 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"[23].

Por ello, en definitiva, es claro que en el pensamiento del Maestro Comadira, los principios generales del derecho, entre los que está, sin duda alguna, el respeto de la dignidad de la persona, refulgen por su importancia, toda vez que se ubican en la cúspide del principio de juridicidad.

Con base en lo expuesto, consideramos encomiable, en este punto, la incorporación expresa que la Ley de Bases efectuó en la LNPA pues, conforme

19 CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando H. y otro v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 316:2454.

20 CSJN, 20/10/1994, "Credimax SACIFIA. c/ Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 317:1340.

21 Dictámenes IF-2024-117299742-APN-PTN del 24/10/2024.

22 Dictámenes 129:141; 128:526, entre otros. La PTN también hizo especial referencia al principio de juridicidad en dictámenes 309:131; 306:382; 287:175; 282:306; 276:196; 265:252; 260:336; 258:343; 253:38; 249:547; 235:326, entre muchos otros.

23 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 22/23, nota 43.

surge expresamente del art. 1º *bis* de la norma, la *juridicidad* se presenta como el primero de los principios fundamentales del procedimiento administrativo[24].

La juridicidad es, pues, en nuestra opinión, el principio *paraguas* que debe informar a todo el derecho administrativo.

3. FUNDAMENTO DE LA ANULACIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DE LA SUSPENSIÓN DE OFICIO DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE Y DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

Pues bien, efectuadas las aclaraciones terminológicas y conceptuales recién vistas, corresponde ahora explicar, bien que de manera breve y concisa, cuál es el fundamento de la anulación de oficio del acto administrativo irregular.

3.1. *Las funciones jurídicas que asume el Estado están al servicio del bien común o interés público*

En primer lugar cabe recordar que, como señaláramos en otra oportunidad[25], el Estado, cuya única y excluyente razón de ser es el logro del bien común o interés público[26], asume, para cumplir con sus objetivos materiales –que, por cierto, varían a lo largo del tiempo y según las ideologías que los inspiran–, el cumplimiento de diversas funciones jurídicas que son, en rigor, los instrumentos formales por medio de los cuales el Estado provee al cumplimiento de esos objetivos materiales.

De tal forma, el Estado no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el bien común, de ahí su rol servicial, como bien enseña Rommen[27].

Por ello, reiteradamente el Papa Francisco ha señalado, cuando era Arzobispo, que: "El poder es servicio. El poder solo tiene sentido si está al servicio del bien común"[28].

24 El art. 1º bis de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases expresamente establece, en lo que aquí interesa, que: "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 ..." (énfasis agregado).

25 COMADIRA, Fernando Gabriel, "Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla", *EDA* 2016-443.

26 JUAN XXIII, Encíclica "Mater et Magistra", Nº 65. Al respecto, hemos de aclarar, ya desde ahora, que utilizamos los términos *bien común* e *interés público* como sinónimos, habida cuenta de que "éste último, al que generalmente se refiere la doctrina, no puede ser sino el "bienestar general" mencionado en el preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según ha señalado la Corte Suprema, como el "bien común" de la filosofía clásica (Fallos: *179:113)"*. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 4, nota Nº 1479).

27 Citado por SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 6ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2022, T. 3, p. 85.

28 Te Deum del 25 de mayo de 2001.

En un Estado Constitucional de Derecho como es la Argentina debe tenerse especialmente en cuenta que, como en toda democracia constitucional, el Estado debe estar organizado de manera tal que garantice y reconozca derechos fundamentales a sus habitantes, puesto que, como ha señalado la doctrina, debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, respetando todos los derechos individuales y, particularmente, el derecho a la libertad[29].

Desde antaño se ha sostenido que los dos principios básicos de un Estado de Derecho son, por un lado, el de reconocer la libertad humana como un derecho anterior a la existencia misma del Estado (principio de distribución), teniendo éste una facultad limitada para restringirla y, por el otro, el que más nos interesa para el desarrollo de éste breve comentario, aquel en virtud del cual se divide al Estado en un sistema de competencias delimitadas (principio de organización)[30], al igual que la doctrina de la división de poderes desarrollada y analizada acabadamente por Montesquieu[31].

Históricamente el poder del Estado, como medio o instrumento para alcanzar aquella finalidad, era responsabilidad de un solo órgano.

No obstante, con el correr del tiempo se comenzó a gestar la idea de que, a efectos de evitar caer en un absolutismo, resultaba imprescindible que el poder sea distribuido en diversas funciones (v.gr.: función legislativa, jurisdiccional y administrativa) y, asimismo, asignando de manera preponderante cada una de aquellas funciones a un órgano distinto.

De esa manera, entonces, surge claramente que si bien no hay *separación de poderes*, por cuanto el poder es único e indivisible, sí existe, por el contrario, una *separación de funciones*[32] asumidas por parte del Estado para lograr cumplir con su única razón de ser: el interés público o bien común.

29 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Primeras Obras*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, T. 5, IADA-II-3.

30 SCHMITT, Carl J., *Teoría de la Constitución,* Madrid, Alianza Editorial S.A, 1982, p. 138.

31 MONTESQUIEU, Charles de, *El espíritu de las leyes*, 6ª ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1984, Libro XI, Cap. 6 "De la Constitución de Inglaterra".

32 BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 143 y ss., luego en BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, T. 1, p. 243 y, más recientemente, en BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos,* Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 1, p. 252; GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* op. cit., T. 1, p. IX-2; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo,* 5ª ed. actualizada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, T. I, p. 42/43; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo,* 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 110; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1950, T. I, pp. 7/8; GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo,* 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1974, T. 1, p. 36 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando,

Aquella separación de funciones, que implica un control recíproco de cada poder estatal[33], importa que cada uno de los poderes estatales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas, lo que no obsta, claro está, a que, en ciertas ocasiones, algunos de aquellos órganos del Estado puedan ejercer la función que le fue preponderantemente asignada a otro[34].

La existencia de funciones *materialmente* administrativas, legislativas y jurisdiccionales ha generado la formulación de distintos criterios para poder definir y delimitar cada una de ellas, especialmente, la que más nos interesa para el desarrollo de éste trabajo, la denominada función administrativa.

Los criterios[35] más utilizados doctrinariamente para definir las funciones del Estado son: a) criterio *subjetivo u orgánico*, que define a las funciones de acuerdo con el órgano del poder o la persona que la ejerce, b) criterio *objetivo o material,* que toma en cuenta las notas caracterizantes de una determinada actividad, repetibles en cada caso en que ella se manifiesta y, finalmente, c) el criterio *mixto.*

3.2. *La función administrativa satisface el bien común o interés público de manera directa e inmediata*

De acuerdo con el criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado propiciado por el profesor Comadira[36] –quien sigue las enseñanzas de Gordillo[37], aunque con algunos matices– al que antes de ahora hemos adherido,

---

Tratado de derecho administrativo, 4ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, Vol. 1, p. 33 y ss.; FARRANDO, Ismael (H.) "Estado, poder, órganos y funciones", en AA.VV., *Manual de Derecho Administrativo,* .5, Ismael (H.) - MARTÍNEZ, Patricia R. (dirs.), Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 14 y ss.

Sobre la cuestión, resulta ilustrativa la distinción efectuada por Carré de Malberg entre poder, función y órgano. El autor, tras destacar la necesidad de restablecer la idea de la unidad del *poder* del Estado, apuntaba que también era necesario distinguir en aquel sus múltiples *funciones,* las que debían ser entendidas como las "diversas formas como se manifiesta la actividad dominadora del Estado". Por otra parte, enseñaba que los órganos del poder eran las "diferentes personas o cuerpos públicos, encargados de desempeñar las diferentes funciones del poder" (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado,* Traducción al español por José Lión DEPETRE, México, 1948, p. 249, especialmente nota Nº 1).

33 Ver art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

34 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *"*Apuntes sobre la función administrativa...", op. cit.

35 Un análisis pormenorizado de los diferentes criterios para delimitar las funciones jurídicas del Estado puede verse en: COMADIRA, Fernando G., *"*Apuntes sobre la función administrativa...*"*, op. cit.

36 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 1 y ss. En igual sentido se han orientado, entre otros: GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración,* Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 62/63.

37 GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* op. cit., T. 1, Cap. IX.

al igual que un gran sector de la doctrina calificada en la materia[38], mientras en las funciones legislativa y jurisdiccional el Estado satisface el interés público de manera mediata e indirecta, con la función administrativa, el Poder Ejecutivo o, en rigor, cualquier órgano estatal u ente no estatal que actúe en el ejercicio de aquella función, busca satisfacerlo de manera *directa e inmediata*.

En definitiva, entonces, bien puede concluirse que mediante la función administrativa, cuya característica central está dada, por su *régimen jurídico exorbitante*[39], el Estado satisface en forma *directa e inmediata* el interés público o

38 También han adherido al criterio mixto para delimitar las funciones jurídicas del Estado, entre otros: PETRA RECABARREN, Guillermo M., "Contratos en función administrativa", *JA* 1978-I, p. 702 y ss., especialmente p. 711; GUSMAN, Alfredo S., *Juicio de amparo por mora de la administración,* Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 62/63; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 298, especialmente nota Nº 54; HUTCHINSON, Tomás, "El Poder Judicial y su función administrativa", en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, 1976, Nº 13, p. 35 y ss., criterio luego ratificado en: HUTCHINSON, Tomás, "De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial", Sup. Adm.2010 (agosto), 63 y, más recientemente, en HUTCHINSON, Tomás, "Acto administrativo" en AA.VV., *Tratado jurisprudencial y doctrinario,* HUTCHINSON, Tomás (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2010, T. 1, Vol. 1, p. 2; SARMIENTO GARCÍA, Jorge - PETRA RECABARREN, Guillermo M., *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza Nº 3909. Concordada y comentada.,* Mendoza, Ediciones Avgvstvs, 1973, p. 11; APUD, Marcos, "Función administrativa y ejecución de sentencias: pautas para una correcta instrumentación de las mandas judiciales", tesina inédita presentada para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2020, p. 16 y ss. y, más recientemente, en "Poder de policía y COVID-19: ¿la última frontera de la razonabilidad?", *JA* 2021-1, fasc. 7, 10/02/2021, p. 3 y ss., especialmente nota Nº 36; MOSSO GIANNINI, César - URRUTIGOITY, Javier, "Sobre la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales en el derecho argentino (a propósito de los casos "Rivademar" y "Promenade")", *JA* 1992-I, 125; CORBALÁN, Pablo S., *Decretos de Ejecución,* Buenos aires, Cátedra Jurídica, 2024, p. 62; entre otros.

39 El término *exorbitancia* no debe ser entendido en el sentido originario de la expresión que se utilizaba para identificarlo por exclusión como aquella porción del derecho que estaba por fuera –exorbitaba– del derecho privado.

Con la exorbitancia, en realidad, se consagra una situación jurídica que coloca a quien ejerce la función administrativa en una posición de supremacía jurídica, es decir, de supraordenación en relación con el particular, colocando a éste, entonces, en una situación de subordinación.

No obstante, la subordinación del particular –o administrado– en modo alguno puede ser concebida como una arbitraria sumisión a las declaraciones emitidas en el ejercicio de la función administrativa pues, en definitiva, se trata de una supraordenación y subordinación *juridizada* que se integra, precisamente, por un contenido equilibrado de prerrogativas y garantías, pudiéndoselas clasificar a ambas en sustanciales y procesales.

De tal forma, entonces, la exorbitancia del derecho administrativo deriva, hoy en día, de la especificidad de su contenido equilibrado de prerrogativas y garantías y de su carácter de derecho común de la administración pública, ámbito éste excluido, en principio, de la órbita propia del derecho privado (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...,* op. cit., T. 1, p. 5; COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p 3 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 258).

bien común, el que, además, es presupuesto indispensable e irrenunciable de la actividad misma de la administración pública.

El interés público es, pues, la sangre que corre por las arterias la función administrativa, lo que supone, como elemento necesariamente constitutivo de su noción, la plena vigencia del principio de juridicidad.

3.3. *La juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo del concepto de bien común o interés público primario*

Ahora bien, la mera observación de la realidad deja en evidencia que el *interés público* que debe satisfacer el Estado y, concretamente, el que se gestiona de manera *directa* e *inmediata* por quienes ejercen función administrativa, además de ser el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico administrativa, admite que su contenido se integre con gradaciones de distinta intensidad que permiten, en consecuencia, su caracterización desde el "colectivo, primario y fundamental" (*interés público primario*) hasta "simplemente secundario" (*interés público secundario*).

La distinción entre *intereses públicos primarios* e *intereses públicos secundarios* que tanto aquí como en otra oportunidad hemos efectuado[40], ha sido aceptada no solo por diversos autores en el derecho comparado[41] sino, también, por la doctrina nacional[42].

La concepción del derecho administrativo como régimen exorbitante, entendido como articulación armónica de prerrogativas estatales y garantías individuales ha sido tomada por la Corte en más de un caso (CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 316:2454, consid. 9º; CSJN, 28/06/1977, "Cima, María Cristina c/ S.A. Télam.", Fallos: 298:172, consid. 7º). Asimismo, la expresión de *régimen exorbitante* fue empleada por la Corte en varios casos: CSJN, 19/08/1999, "Blascetta, José Luis c/ FEMESA s/ acción meramente declarativa", Fallos: 322:1859, del dictamen del Procurador General al que adhirió la Corte; CSJN, 05/04/1995, "Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública" Fallos: 318:441, consid. 7º; CSJN, 07/12/1993, "YPF. S.A. c/ Construcciones Saddemi S.A. s/ contrato administrativo", Fallos: 316:2771, dictamen de la Procuradora General, al que adhirió la Corte; entre otros.

40 COMADIRA, Fernando G., "¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial?", elDial.com - DC2BBE, especialmente punto Nº 3.1.1.1.6.2.

41 Por todos: ALESSI, Renato, *Instituciones de derecho administrativo,* Traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura PELLISÉ PRATS, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, T. 1, pp. 184/185.

42 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", en *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo* "Profesor Rafael Bielsa" Nº5, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1972, pp. 64/66 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo, "El juez contencioso administrativo...", op. cit., p. 3/4; FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 70 y ss.; BARRA, Rodolfo C., *Principios...,* op. cit., p. 184; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 307 y

El *interés público primario* que, sin duda alguna, no es el interés de la Administración entendida como aparato organizativo[43], responde a exigencias comunitarias generales y, por consiguiente, no son patrimonio exclusivo de ningún individuo, grupo o sector[44].

En un Estado Constitucional de Derecho *la juridicidad es un interés público primario* de la actuación administrativa, es decir, un elemento necesariamente constitutivo de su noción, pues cuando una colectividad se organiza y estructura jurídicamente en el Estado, eleva a la categoría de *interés público primario* la vigencia permanente e insoslayable del ordenamiento jurídico[45].

Como con agudeza destacara el profesor Comadira, "la juridicidad del accionar administrativo es, en un Estado de derecho, un interés público primario de la colectividad, pues en el respeto al ordenamiento se resume la preeminencia de los valores y principios que le dan fundamento, de modo que, siendo así, no es

---

ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 332, entre otros.

43 ALESSI, Renato, *Instituciones...*, op. cit., T. 1, pp. 184/185, Según el citado jurista, una de las peculiaridades de la posición jurídica de la Administración pública radica en que su función, entendida como poder concebido en relación con la realización de determinados intereses, consiste en "la realización de intereses públicos, colectivos. Estos intereses públicos, colectivos, cuya satisfacción está a cargo de la Administración, no son simplemente el interés de la Administración entendida como aparato organizativo, sino lo que se ha llamado el interés colectivo primario, formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad, mientras que el interés del aparato (si es que puede concebirse un interés del aparato unitariamente considerado) sería simplemente uno de los intereses secundarios que se hacen sentir en la colectividad y que pueden ser realizado solamente en caso de coincidencia con el interés colectivo primario y dentro de los límites de dicha coincidencia. Aun pudiéndose concebir un interés secundario de la Administración considerada como aparato organizativo, tal interés no podría ser realizado sino en caso de coincidencia con el interés primario, publico".

Por ello, bien apunta Barra que se descarta "la prevalencia del bien común sobre el interés "propio" del aparato organizativo público que actúe en una determinada relación jurídica administrativa" (BARRA, Rodolfo C., *Principios...,* op. cit., p. 184).

44 Señalaba Fiorini que "la tutela de los intereses colectivos primarios no están a disposición del interés particular de los sujetos, o de un grupo de sujetos; por el contrario, son exclusivos e inherentes a la misma existencia da la colectividad, podríamos decir de toda la nación. Estas clases de intereses y sus garantías legales no pueden renunciarse, ni negociarse, ni prescribirse". (FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica...,* op. cit., p. 74)

45 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", op. cit. El citado jurista destaca que "la juridicidad encarnada en el Estado persigue el logro de ciertos bienes que se jerarquizan como pertenecientes a toda la colectividad, que tanto pueden ser materiales, espirituales, como valores objetivizados, pero la juridicidad en sí misma, como medio o instrumento de la colectividad, significa un profundo valor de interés público, ya que por ella los individuos renuncian a la lucha física, a la guerra, a la pelea y a toda concepción extrajurídica del poder". (p. 63/64)

concebible que él pueda ser sacrificado para atender, en apariencia, a algún otro interés" [46].

La juridicidad es, pues, un elemento necesariamente constitutivo de la noción de interés público primario y, por consiguiente, de irrenunciable e impostergable satisfacción para quienes tienen a cargo su gestión.

En el caso de los *intereses públicos secundarios,* entre los que se incluye el propio del Poder Administrador en tanto sujeto o aparato organizativo, es posible reconocer eventuales titularidades individuales, grupales o sectoriales y, en tal sentido, la Administración responde a valoraciones distintas en las que no puede sostenerse apriorísticamente que la irrenunciabilidad reclama imperiosa vigencia[47].

3.4. *El restablecimiento del principio de juridicidad es, por consiguiente, un poder inherente a la función administrativa: la anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable como poder inherente a la función de administrar*

De lo hasta aquí señalado es posible concluir, entonces, que un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico genera irremediablemente una automática relación de contradicción entre aquel y el *interés público primario* comprometido en la plena vigencia de la juridicidad como integrante de su noción, de modo que quienes tienen a cargo el ejercicio de la función administrativa tienen el imperioso deber de reestablecerlo sin dilaciones, sea por sí y ante sí o ante el Poder Judicial.

Más aún, si la *juridicidad* es un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario*, es una consecuencia lógica que la anulación de oficio de los actos administrativos irregulares asuma el carácter de potestad *inherente* a la función de administrar y, por consiguiente, de irrenunciable e impostergable satisfacción para quienes tienen a cargo su gestión[48].

46 COMADIRA, Julio Rodolfo, "El juez contencioso administrativo...", op. cit.

47 FIORINI, Bartolomé A., *Teoría jurídica...,* op. cit., p. 70 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", op. cit.

48 En ese orden de ideas, Aja Espil ha señalado que los "poderes inherentes" –o aquellos que en la traducción literal de la terminología constitucional norteamericana se conocen comúnmente con el nombre de "poderes resultantes" (*resulting powers*)– son "las potestades propias de la naturaleza de un órgano o institución determinada" es decir, "potestades que son propias y originarias de cada uno de los órganos que crea un determinado sistema constitucional", porque –agregaba el autor citando a Del Vecchio– "aun siendo la Constitución el punto ideal de convergencia de todas las determinantes jurídicas que pertenecen a un sistema, no todas esas determinantes están enunciadas normativamente. Más bien, son emanaciones de las homogeneidades del sistema". (AJA ESPIL, Jorge, *Constitución y poder, historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes,* Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A, 1987, pp. 159/160)

Es que, como señalaba el profesor Comadira, si la misión esencial que compete a la Administración Pública es la de gestionar directa e inmediatamente el interés público y éste supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del orden jurídico, es una consecuencia lógica que "la anulación de oficio de los actos administrativos asuma el carácter de una verdadera potestad administrativa, en el sentido de que constituya un poder jurídico de actuación *inherente* a la función de administrar"[49] (resaltado fuera del original).

Del mismo modo, si entendemos que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta del principio de juridicidad (*interés público primario*) es el estándar de interpretación básico de toda relación jurídico-administrativa[50], debemos concluir que la Administración Pública –o cualquier órgano u ente estatal o no estatal, en ejercicio de función administrativa– también tiene el deber irrenunciable de suspender aquellos actos nulos que, amén de su estabilidad excepcional, soslayan de manera manifiesta –o fehacientemente comprobada– el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad[51].

(i) La anulación de oficio del acto administrativo irregular y la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable como poder inherente en modo alguno implica que no pueda ser reglamentada

Afirmar que la anulación de oficio del acto administrativo y la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular estable es una potestad inherente a la función administrativa, en modo alguno impide que aquellas sean ajenas al principio de juridicidad, razón por la cual entendemos que si bien el Congreso podría reglamentarlas sin otro límite que el de la razonabilidad, aquel no podría prohibirles el ejercicio de aquella potestad en toda circunstancias.

En tal sentido, como sostenía el profesor Comadira, una norma que prohíba 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"[52].

49 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 65.

50 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo municipal (en la municipalidad de la ciudad de buenos aires y en los municipios de la provincia de buenos aires),* Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 107/108 y sus citas.

51 Recientemente, la Justicia Federal de Salta ha señalado, con cita nuestra, que la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable constituye un poder inherente a la función de administrar en: Juzgado Federal de Salta Nº 1, 19/09/2024, "Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo".

52 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* op. cit., pp. 65/66. Esta idea fue luego reiterada en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo

En otras palabras: el poder inherente debe estar sujeto, desde luego, a los condicionamientos jurídico-formales y sustanciales que para su ejercicio imponga, en cada caso, el ordenamiento jurídico[53]. Empero, la reglamentación legislativa no lo podrá vaciar de contenido, sin incurrir en irrazonabilidad

Por ello, en definitiva, no resulta acertado sostener que limitar la potestad inherente de anular de oficio un acto administrativo irregular constituya una inconstitucionalidad[54] sino que, en rigor de verdad, en nuestra opinión, las potestades inherentes a la función administrativa (v.gr.: anulación y suspensión de oficio del acto irregular; sanciones disciplinarias; revocación por oportunidad mérito y conveniencia, etc.) requieren, para evitar caer en eventuales abusos, de una reglamentación *razonable* que, como tal, no las cercene en forma arbitraria[55].

3.5. *Síntesis*

A modo de síntesis de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que si la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público y, a su vez, la plena vigencia del principio de juridicidad es un elemento necesariamente constitutivo de la noción de interés público primario, tanto la anulación de oficio del acto administrativo como la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular asumen el carácter de poderes inherentes a la función de administrar que, en el caso, responde y se dirige al restablecimiento sin

---

(coord., colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. 2, p. 1142.

53 Por ello, desde nuestro punto de vista no sería coherente reconocer que un órgano u ente pueda ejercer competencias en forma expresa, implícita o inherente y, al mismo tiempo, sostener que el Estado solo pueda ser responsable ante deberes expresos y determinados (en tal sentido, la Ley 26.944 Ley de Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios y Empleados Públicos establece que, para tener por configurada la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima, se deben cumplir con diversos requisitos y, entre ellos, menciona la "falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica *la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*", énfasis agregado).

Ello así toda vez que si, en líneas generales, el derecho administrativo es el de la función administrativa y su control judicial (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...,* op. cit., T. 1, p. 6), surge de manera clara que si se niega un control judicial del accionar estatal o, en su caso, si se lo obstaculiza en forma irrazonable, no existiría, técnicamente, un verdadero derecho administrativo.

54 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Los límites a la potestad revocatoria de la administración. En la Ley de Procedimiento Administrativo reformada", *LL* 04/10/2024, 1.

55 Para el profesor Comadira, los límites a la procedencia de la potestad anulatoria estarían dados "por los límites inherentes a la ejecutoriedad propia del acto anulatorio, esto es, por la incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* op. cit., p. 84, 212, *passim*)

dilaciones del ordenamiento jurídico vulnerado con la presencia del acto administrativo gravemente ilegítimo.

4. ANULACIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO ESTABLE, "LA DENOMINADA COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA"

Hasta aquí hemos visto que:

a) la *función administrativa* consiste en satisfacer *el interés público de manera directa e inmediata*;

b) la plena vigencia del principio de *juridicidad* aparece como un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario;*

c) la anulación de oficio del acto administrativo y, en su caso, la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, constituye un *poder inherente a la función administrativa;*

d) la existencia de poderes inherentes no genera, por sí sola, la *inconstitucionalidad* de las normas que pretenden regularlos;

e) la reglamentación de los poderes inherentes no puede incurrir en *irrazonabilidad,* es decir, cercenar en forma arbitraria aquellos poderes, como sucedería si ejercicio fuera prohibido en toda circunstancia.

A continuación, y siguiendo el esquema propuesto al comienzo, analizaremos la evolución jurisprudencial y legal del régimen de la anulación de oficio del acto administrativo.

4.1. *La situación antes del dictado de la LNPA: el caso "Carman de Cantón"*

Tal como señaláramos en otra oportunidad[56], con anterioridad a la regulación establecida en la LNPA e, incluso, previo al dictado del *leading case* "Carman de Cantón"[57], la CSJN no tenía un criterio uniforme en relación con la llamada "potestad anulatoria o revocatoria" de la Administración.

56 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 76 y ss.

57 CSJN, 14/08/1936, "Carman de Cantón, Elena v. Nación Argentina. Rodríguez Melero, Francisco v. Nación", Fallos: 175:368. De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: El Poder Ejecutivo, mediante un Decreto dictado con fecha 28/02/1913, aprobó la jubilación ordinaria otorgada al Dr. Eliseo Cantón, decano y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Asimismo, al Dr. Cantón le fue otorgada una pensión militar mediante Decreto del 10/05/1926. Al año siguiente, esto es, en 1927, la Comisión Revisora de Pensiones Militares al detectar errores en el cómputo de los servicios militares, inició un proceso de revisión. Durante la tramitación de aquéllas actuaciones administrativas se produjo el fallecimiento del Dr. Cantón y, en 1931, al presentarse la Sra. Elena Carman de Cantón –viuda del Dr. Eliseo de Cantón– a los fines de percibir la pensión correspondiente, la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones declaró improcedente la revisión de la jubilación. Ahora bien, no obstante ello, el Poder Ejecutivo, mediante Resolución del 20/08/1932, entendió que la revisión sí resultaba

En efecto, tal como recordara la doctrina especializada en la materia, el Máximo Tribunal de la Nación confundía el instituto de la caducidad con el de revocación y, en otras ocasiones, adoptaba un criterio amplio de las facultades revocatorias por parte de la Administración Pública[58].

Ahora bien, en ocasión de fallar en la aludida causa "Carman de Cantón", el Alto Tribunal fijó los requisitos que debía reunir un acto administrativo para ser considerado estable y, por tanto, para que sea inextinguible en sede administrativa, a saber:

a) que el acto fuera *regular,*
b) que no existiera una ley que autorizara a la Administración a revocarlo,
c) que hubiera declarado derechos subjetivos,
d) que hubiera causado estado,
e) que el acto hubiera sido dictado en ejercicio de facultades regladas,
f) que el acto hubiera sido emitido por la Administración activa, esto es, que no fuera producto de la "actividad jurisdiccional"[59],

---

procedente y, al año siguiente, más concretamente, el 20/06/1933, dejó sin efecto el Decreto del 28/02/1913 y mandó a formular cargo por las sumas que el Dr. Cantón percibiera en virtud de aquél. La Sra. Elena Carman de Cantón al encontrase no sólo sin el derecho a la pensión sino, también, frente a la obligación de tener que restituir las sumas percibidas, dedujo la correspondiente acción contenciosa administrativa argumentando el carácter irrevisible e irrevocable del derecho jubilatorio del que su difunto esposo había gozado durante 18 años.

Al arribar el caso a la Corte, ésta, luego de sintetizar los hechos, entiende que correspondía "averiguar si en las leyes, en la doctrina o en la jurisprudencia –judicial o administrativa–, existen fundamentos para la revisión y revocación del decreto que reconoció al Dr. Eliseo Cantón el derecho a su jubilación, en 28/2/1913, por defectos o errores de hecho anotados en 1927 y declarados en 20/6/1933, o si, como sostiene la actora, el acto administrativo de 1913, es irrevisible e irrevocable por el mismo poder que lo otorgó y a cuyo amparo se hizo efectivo el derecho jubilatorio del que gozó durante 18 años el Dr. Cantón". (consid. 2º).

Luego de analizar aquella cuestión, el Tribunal Superior entendió que, al no existir "ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo". (consid. 3º), la Sra. Elena Carman de Cantón "tenía derecho a la pensión que le corresponde como esposa del Dr. Eliseo Cantón y según los términos de la jubilación de que éste gozó en vida, de acuerdo con el Decreto de 7/2/1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo". (consid. 9º).

58 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* op. cit., pp. 101/106. Como señala el autor citado, la "caducidad" es un instituto que tiene por objeto la extinción de un acto administrativo legítimo cuando el particular beneficiario de su contenido no cumple con las condiciones en él establecidas mientras que, la anulación, es un medio de extinción dirigido a los actos administrativos ilegítimos por hallarse viciados en su propia estructura originaria (*Ib. Ídem*, p. 102. Ver, también, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* op. cit., p. 245 y ss.).

59 Sobre este punto Comadira enseña que el desdoblamiento funcional de la Administración en "jurisdiccional" y "ejecutora" o, lo que es lo mismo, "activa", resultó significativamente

g) que el acto fuera unilateral,
h) que el acto fuera de alcance particular y no de alcance general.

En lo que a la enumeración precedentemente aludida concierne, destacamos que si bien los requisitos referenciados en los puntos Nº 7 y 8 no fueron expresamente mencionados por la CSJN en la precitada causa, aquéllos derivaron directamente de la elaboración realizada por la doctrina con base en el fallo comentado[60].

De lo expuesto se colige que si la calidad de *regular* era la base de los presupuestos enunciados por la CSJN para que el acto administrativo adquiera estabilidad y, por consiguiente, sea inextinguible, la ausencia de esa *regularidad* importaba, a *contrario sensu,* la inviabilidad jurídica de predicar la existencia de "cosa juzgada administrativa" respecto de un acto *irregular* y, por tanto, la procedencia de la pretensión anulatoria oficiosa del acto por parte de la Administración Pública[61].

En definitiva, entonces, la jurisprudencia anterior a la sanción de la LNPA establecía que el acto regular notificado que hubiera generado derechos subjetivos a favor del administrado no podía ser anulado de oficio en sede administrativa mientras que, por el contrario, el acto administrativo irregular era esencialmente anulable de oficio en sede administrativa.

4.2. *La estabilidad del acto administrativo en la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

En el año 1972, es decir, a más de treinta y cinco (35) años del *leading case* "Carman de Cantón", se dictó la LNPA la que, a su vez, en el año 1977, fue reformada por la Ley 21.686 y, más recientemente, como ya fuera adelantado, por la Ley de Bases cuyas reformas serán analizadas en el punto que sigue.

---

esclarecido en el caso "Villegas" (CSJN, 08/08/1974, "Villegas, Andrés Walter Cartesio Gualterio", Fallos: 289:185). Según el autor, a partir de la citada causa las funciones "jurisdiccionales" de la Administración generaban "cosa juzgada" sin adjetivización alguna y, por tanto, equiparable a la "judicial", mientras que las funciones "ejecutoras" o "activas" determinaban la denominada "cosa juzgada administrativa", especie particular de aquélla. Desde esa atalaya, la "cosa juzgada administrativa" alcanzaba a "los actos dictados por la Administración como poder 'ejecutor', esto es, como administración 'activa', mientras que, por el contrario, los emitidos por ella como poder de 'juzga', es decir, los de sustancia 'jurisdiccional', debían regularse por el régimen propio de la 'cosa juzgada judicial'". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* ob. cit., p. 171/172).

60 ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios 1759/1972, 1744/1973, 3700/1977*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981, p. 114; GORDILLO, Agustín, *El acto administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, 1969, pp. 146/147 (doctrina luego reiterada en GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo,* 10ª ed., T. 3, p. VI-5); LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, p. 352, entre otros.

61 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* ob. cit., p. 110.

Entre las diversas cuestiones que la LNPA reguló en aquel entonces estaba no sólo la "estabilidad" del acto administrativo regular (art. 18) sino, también, y apartándose de la jurisprudencia antes mencionada, la consagración legislativa de la estabilidad del acto "irregular" (art. 17).

(i) El acto administrativo "regular"

Del art. 18 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases se desprendía que el acto administrativo *regular,* esto es, el plenamente válido o el que está viciado con una nulidad relativa, adquiere estabilidad y no puede revocarse (en nuestra opinión, anularse[62]), modificarse o sustituirse en sede administrativa por razones de ilegitimidad si hubiera sido notificado y de él "hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los administrados".

Sin perjuicio de ello, la precitada cláusula legal establecía que si el interesado hubiere conocido el vicio del acto, o la anulación lo favoreciere sin causar perjuicio a terceros o si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario, el acto *regular* podría anularse, modificarse o sustituirse.

Si bien las excepciones a la estabilidad del acto regular antes enunciadas merecieron diversos cuestionamientos por parte de la doctrina, lo cierto es que como dicho análisis excedería sin duda el objeto de este trabajo, remitimos para ello a las obras de quienes estudiaron en profundidad aquella cuestión.

Dicho eso, y retomando el análisis del régimen jurídico anterior, cabía concluir que en el marco de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, el acto administrativo *regular* notificado y que hubiera generado derechos subjetivos a favor de los administrados *no podía* anularse, modificarse o sustituirse, *salvo* que el interesado hubiere conocido el vicio del acto, que la anulación lo favorezca sin causar perjuicio a terceros o el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario.

Ciertamente, si bien el acto administrativo regular estable portador de un vicio leve o no fundamental no podía ser anulado en sede administrativa, por cuanto su anulación deberá ser peticionada en sede judicial, ello no obstaba a que

62 Es que, tal como hemos señalado al comienzo de este trabajo, hemos adherido al denominado "criterio objetivo" para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, correspondiendo designar como "anulación" a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad derivadas de vicios o defectos inherentes del acto y, como "revocación", a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción.

el sujeto emisor de aquel pueda sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases[63].

(ii) El acto administrativo "irregular"

a) Por su parte, el art. 17 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases estipulaba que el acto administrativo *irregular*, esto es, el afectado de "nulidad absoluta" por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave, *debía* anularse o sustituirse en sede administrativa por razones de ilegitimidad.

Es decir, el principio, en este punto, era el de la falta de estabilidad o bien de inestabilidad del acto administrativo nulo o irregular[64].

63 El art. 19 de la LNPA rezaba: "El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: Ratificación. a) Ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes. Confirmación. b) Confirmación por el órgano que dictó el acto subsanando el vicio que lo afecte. Los efectos del saneamiento se retrotraerán a la fecha de emisión del acto objeto de ratificación o confirmación".

El saneamiento o convalidación es "el efecto jurídico que se produce cuando la Administración, por medio de un acto expreso o tácito, le otorga plena validez a un acto administrativo afectado por un vicio determinante de su nulidad relativa. El saneamiento no procede, obviamente, respecto de los vicios generadores de nulidad absoluta". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* p. 131).

64 CSJN, 14/09/2010, "Astilleros Mestrina SA de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero"; A. 414. XLIV; CSJN, 23/04/1991, "Furlotti Setien Hnos. S.A. c/ INV. por recurso de apelación", Fallos: 314:322 (éste último con comentario de COMADIRA, Julio Rodolfo, "El caso "Furlotti": consolidación de una doctrina", *EDA*, Nº 7 y 8, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 401 y ss., reproducido luego en *Derecho Administrativo...,* ob. Cit., p. 99. Ver, también, CSJN, 16/02/1987, "Bodegas y Viñedos Giol EEI y C. c/ Dirección General de Fabricaciones Militares", Fallos: 310:380 (dictamen del procurador, punto V); CSJN, 05/12/1983, "Hernández, María Elvira Julia c/ Escuela Nacional de Bellas Artes 'Manuel Belgrano'", Fallos: 305:2170 (consid. 4º); CSJN, 22/06/1982, "Rodríguez Blanco de Serrao", Fallos: 304:898 (consid. 7º); 17/06/1980, "Movimiento Scout Argentino c/ Nación Argentina" (consid. 6º), Fallos: 302:545. En igual sentido se ha expedido la PTN en Dictámenes 277:196; 260:336; 249:547; 235:326; 233:329; 220:44; 211:334; 200:133, 156:273, entre muchos otros.

En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 412. Para este autor, "...la prescripción que impone a la Administración el deber de revocar el acto irregular no alcanza a sustentar la inversión de la regla de la estabilidad, dadas las escasas posibilidades que existen en el ordenamiento para revocar en sede administrativa un acto administrativo afectado de nulidad absoluta...".

La CSJN, por su parte, recientemente ha analizado nuevamente la estabilidad de los actos administrativos en el caso *"Kek, Sergio Leonardo y otros c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa"* del 25/03/2015 aunque, desde nuestro punto de vista, no lo ha hecho en sus justos términos (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo, *El caso "Kek" y la estabilidad del acto administrativo -Comentario al fallo "Kek, Sergio*

No obstante ello, la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, apartándose del criterio jurisprudencial sentado en "Carman de Cantón"[65], había establecido ciertos límites a la potestad anulatoria del acto irregular pues, según se desprendía de la segunda parte del art. 17, si estuviere firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, aquel adquiría estabilidad y solo podía impedirse su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

Por cierto, como habíamos señalado en diversas oportunidades, la ley incurría en alguna confusión conceptual cuando se refería al acto *firme* y *consentido* pues, en rigor, el consentimiento es una forma en la que el acto puede adquirir firmeza. En otros términos, el acto *consentido* es una especie de acto *firme*.

En efecto, el acto administrativo puede adquirir firmeza por: a) consentimiento expreso (v.gr.: el particular beneficiario del acto administrativo se presenta en el expediente y manifiesta consentir el acto) o tácito (v.gr.: por haber el particular dejado que venzan los plazos para recurrir); o b) por no existir más recursos administrativos y judiciales procedentes contra el acto administrativo, esto es, cuando existe cosa juzgada judicial[66].

En ese último orden de ideas, señalábamos que limitar la potestad anulatoria a la firmeza del *acto consentido*, llevaría a sostener que el sujeto emisor también debe anular los *actos no consentidos* pero que fueron cuestionados por el particular en sede administrativa y judicial, adquiriendo la calidad de cosa juzgada judicial.

Leonardo y otros c/ Municipalidad De Coronel Du Graty s/demanda contencioso administrativa" - CSJN - 25/03/2015", elDial DC1FFF). Una posición diferente puede verse en: ALONSO REGUEIRA, Enrique M., "Kek" o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular", *RAP* 460:99.

65 Al respecto, Comadira ha señalado que si bien la Ley 19.549 y, posteriormente, su modificación por Ley 21.686, significó un aparente progreso respecto de la jurisprudencia de la Corte, en cuanto consagró expresamente la anulación de oficio como un deber de la Administración, lo cierto es que aquel progreso se vio enervado en razón de la limitación introducida en la segunda parte del art. 17.

Ello así por cuanto para el autor citado, el fundamento y la finalidad a la que responde y se dirige la potestad anulatoria de la Administración, hondamente vinculada al interés público comprometido en la vigencia plena del orden jurídico, lleva a sostener que el verdadero límite en la materia debería estar constituido no por la firmeza que posea el acto o los derechos subjetivos, sino "por los límites inherentes a la ejecutoriedad propia del acto anulatorio, esto es, por la incursión forzada o coactiva de la Administración sobre la persona o los bienes del administrado". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* ob. cit., p. 212. Ampliar en la obra citada: p. 74 y ss.).

66 Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, Ob. cit., p 200; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 99 y ss., especialmente p. 101, nota 5.

Sin embargo, apuntábamos que, en nuestra opinión, si un acto administrativo no fue consentido pero devino en firme por su valoración judicial definitiva, la autoridad administrativa no podría anularlo[67].

En este sentido, la PTN había señalado que si en sentencia basada en autoridad de cosa juzgada se tuvo por probada la inexistencia de los hechos en los que podría haberse basado la declaración de nulidad de un acto administrativo, por imperio del art. 1103 del Código Civil (actual art. 1777 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, CCCN) de aplicación analógica en el caso, no puede admitirse una reposición de la cuestión en sede administrativa[68].

Finalmente, la norma exigía como requisito de la estabilidad del acto administrativo que éste hubiere generado "derechos subjetivos que se estén cumpliendo" lo que significaba, entonces, que si los derechos subjetivos no habían comenzado a cumplirse, la Administración debía anular por ilegitimidad el acto administrativo afectado por una nulidad absoluta[69].

Si bien la ley no contemplaba expresamente la posibilidad de *modificar* el acto administrativo irregular, nosotros entendimos que aquello resulta procedente

67 *Ib. Ídem* nota anterior. En tal sentido, González Pérez, al analizar los efectos jurídico-materiales de las sentencias, sostuvo que si aquellas desestiman las demandas de anulación de un acto administrativo, "queda confirmado el acto, dando firmeza a las relaciones jurídicas que en aquél tuvieron origen. Lo que significa que la Administración Pública no podrá anular o revocar el acto administrativo confirmado por la sentencia". (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo,* 2ª ed., Madrid, Cívitas, 1992, p. 408).

68 Dictámenes 201:26.

69 En relación con la idea de que el acto haya generado "...derechos subjetivos que se estén cumpliendo...", ver: CSJN, 22/09/1987, "Olivera", Fallos: 310:1870 y, más cerca en el tiempo, *íd.*, 08/09/2003, "Miragaya", Fallos: 326:3316, este último con comentario: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y del contrato administrativo", en COMADIRA, Julio Rodolfo (dir.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 665 y ss. En estos precedentes, la Corte convalidó la anulación de oficio de actos administrativos que, si bien habían generado derechos subjetivos, éstos no habían comenzado a cumplirse.

En ese sentido, la P.T.N. señaló que "si los derechos subjetivos no han comenzado a cumplirse resulta procedente revocar por ilegitimidad el acto administrativo afectado por una nulidad absoluta [...] aun cuando el inicio del cumplimiento de los derechos subjetivos no se haya concretado por mora atribuible al Estado". (Dictámenes 184:36)

Una visión crítica sobre la cuestión puede verse en: MINORINI LIMA, Ignacio, "La revocación del acto administrativo irregular", en AA.VV., *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 782; POZO GOWLAND, Héctor M., "Análisis y comentarios al art. 17 de la LNPA", en AA.VV., *Procedimiento Administrativo,* POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. III, p. 427; MELAZZI, Luis A., "Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)", *RDA* 2010-975, especialmente p. 998.

no sólo por aplicación del principio general consagrado por ULPIANO[70] que reza que quien puede lo más (en el caso, *anular* o *sustituir*), puede lo menos (*modificar*) sino, también, porque, como señalaba COMADIRA, "la modificación es una modalidad de sustitución parcial"[71].

b) Ahora bien, de conformidad con lo hasta aquí expuesto podría sostenerse que la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases había adoptado un criterio más riguroso para anular un acto estable nulo que uno regular, por cuanto para extinguir el primero por razones de ilegitimidad en sede administrativa se requería que aquél no estuviere "firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", mientras que, para el segundo, aunque esté notificado y hubiere generado derechos subjetivos, si el particular conocía el vicio, el derecho se le hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario o si la anulación, modificación o sustitución del acto lo favoreciere sin causar perjuicios a terceros, sí podría extinguirse.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta el carácter de principio que debía atribuírsele a la potestad anulatoria de la Administración consagrada por la primera parte del art. 17 de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, sostuvimos que, siguiendo una interpretación armónica de la ley[72], como propone la Corte Suprema[73], la PTN[74] y la mayoría de la doctrina[75], a la estabilidad del acto adminis-

70 Ulpiano, Dig. 50, 17, 21: *Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere* (No debe estarle prohibido hacer lo menos, a quien le está permitido hacer lo más).

71 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* p. 191.

72 Como se dijo las excepciones a la estabilidad del acto regular previstas en el art. 18 –que la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, que hubiese sido otorgado expresamente y válidamente a título precario y que el particular hubiese conocido el vicio del acto administrativo– no están contempladas expresamente para la estabilidad del acto irregular. Pero, si no se trasladaran las excepciones de la estabilidad del acto regular a la estabilidad del acto irregular, paradójicamente se le estaría otorgando una mayor estabilidad al acto irregular que al regular cuando, evidentemente, tal propósito no estaba en el espíritu del legislador. Esto último se confirma cuando se recuerda que los actos irregulares como principio deben ser anulados en sede administrativa y, en sentido inverso, el acto regular del que hubieren nacido derechos subjetivos no puede ser anulado, en principio, en sede administrativa una vez notificado (art. 18, LNPA).

73 CSJN, 17/02/1998, "Almagro, Gabriela y otra", Fallos: 321:169. Criterio reiterado, en fecha más reciente, en CSJN, 30/9/2003, "El Rincón de los Artistas c. Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ordinario", Fallos: 326:3700. Este último fallo fue comentado por mi padre: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Valiosos aportes...", ob. cit., p. 665 y ss.

74 Dictámenes 137:231; 151:219; 153:213; 170:155; 180:125; 183:98; 195:49; 216:34; 233:329; 233:340; 234:465; 234:472; 234:588; 235:326; 235:446; 267:579; 277:196; entre otros.

75 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...*, op. cit., p. 218; GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* ob. cit., Cap. VI-18; MARCER, Ernesto, "La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549*"*, *LL* 1981-C, 305; HALPERÍN, David A., "El principio de estabilidad del acto administrativo", en TAWIL, Guido S. (dir.), *Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 310; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos*

trativo *irregular* debían agregársele las excepciones previstas para el acto *regular*, toda vez que predicar una mayor estabilidad de un acto nulo de nulidad absoluta que de uno regular, sería una solución legislativa irrazonable y disvaliosa[76].

4.2.2.3.- De esa manera, entonces, bien cabía concluir que según surgía de la LNPA vigente antes de la sanción de la Ley de Bases, la jurisprudencia de la CSJN, los asesoramientos de la PTN y la doctrina de los autores, el acto *irregular debía* anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad *salvo* que se encontrare firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, *a menos que* la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario o que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado.

4.3. *La estabilidad del acto administrativo irregular en la LNPA luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Por último, como fuera mencionado al comienzo de esta investigación, el 27/06/2024 se sancionó, y el 08/07/2024 publicó, la Ley de Bases en cuyo Título II, Capítulo III, modificó la LNPA.

En ese orden, el art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece:

Administrativos, Buenos Aires, Astrea, 1985, T. I, pp. 373/374; BIANCHI, Alberto, *¿Tiene fundamento...,* ob. cit.; BALBÍN, Carlos F., *Curso...,* ob. cit., T. II, p. 81; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 99 y ss.; entre otros. Por nuestra parte, con anterioridad hemos adherido a la doctrina de los autores citados en: COMADIRA, Fernando G., "Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada "acción de lesividad" en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo. A 200 años de la Declaración de la Independencia*. *En homenaje al Prof. Julio R. Comadira,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad.

En contra, GUERRERO, Alejandro Osvaldo, "El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, de procedimientos administrativos", en *RDA*, Nº 17, p. 571 y ss.; REJTMAN FARAH, Mario, "La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 436 y ss.; BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, T. 1, p. 364.

76 Aquella ha sido la postura adoptada por la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al consagrar en su art. 17º "el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, *salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable"*. (énfasis agregado)

"El acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad 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. La sentencia que anule el acto tendrá el efecto previsto en el art. 14, último párrafo.

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.

El acto administrativo regular de alcance particular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, sustituido o suspendido en sede administrativa una vez notificado.

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.

También podrá ser revocado, sustituido o suspendido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios producidos, de conformidad con la metodología dispuesta por la reglamentación. En esos supuestos, la indemnización comprenderá el lucro cesante debidamente acreditado".

(i) Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico actual: primera aproximación

En los párrafos que siguen nos detendremos a efectuar algunas primeras reflexiones sobre el actual régimen de anulación de oficio del acto administrativo destacando, como dijera García Pullés citando a Germán J. Bidart Campos, que se realizan *con lápiz* ante la cercanía de la sanción de la ley y el exiguo lapso en que fue posible su aplicación a los procedimientos en curso, así como la falta de precedentes jurisprudenciales[77].

(ii) La falta de estabilidad del acto administrativo irregular como principio general: el deber anulatorio de la Administración

El texto vigente de la LNPA continúa reconociendo, correctamente a nuestro criterio, que el principio general en el ámbito del derecho administrativo

77 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Los límites a la potestad revocatoria de la administración. En la Ley de Procedimiento Administrativo reformada", *LL* 04/10/2024, 1.

nacional es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

(iii) Los derechos subjetivos que se estén cumpliendo o el cumplimiento total del acto como excepciones al deber de anulación oficiosa del acto administrativo irregular

a) No obstante *el principio general* que la LNPA establece en materia de anulación de oficio del acto administrativo irregular, es decir, la procedencia de la anulación con efectos ejecutorios del acto afectado por una nulidad absoluta, lo cierto es que las reformas introducidas por la Ley de Bases otorgan una *estabilidad excepcional* a dicho acto cuando:

i) haya sido notificado,

ii) hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o,

iii) se hubiere cumplido totalmente su objeto,

Pues bien, en esta ocasión solo abordaremos brevemente algunos de aquellos supuestos.

b) En primer lugar se destaca que el término "notificado" ha venido a reemplazar a la anterior expresión "firme, consentido" que vimos en el punto 4.2.2.1. y, en segundo término, que la expresión "hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo" resulta idéntica a la utilizada en la LNPA vigente con anterioridad a la sanción de la Ley de Bases, motivo por el cual nos remitimos para su estudio a lo expuesto en el punto 4.2.2. del presente.

c) En tercer lugar, en el nuevo texto de la LNPA es posible advertir otra innovación pues, ahora, expresamente se veda a la Administración anular los actos administrativos cuando "se hubiere cumplido totalmente su objeto".

Esta incorporación, que va en línea con el criterio oportunamente expuesto por la PTN al señalar que no resultaba conveniente iniciar una acción de lesividad cuando, por ejemplo, se había cumplido íntegramente un contrato considerado nulo, ya que ello implicaría tanto como solicitar la declaración de nulidad por la nulidad misma[78], es, en nuestra opinión, criticable.

Es que, como dijéramos en otra ocasión y en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina, entendemos que la situación desde un marco estrictamente jurídico formal no es necesariamente así toda vez que, en definitiva, si se anula el

78 Dictámenes 197:105. En sentido similar puede verse: Dictámenes 197:142; 132:104, entre otros.

contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes, y, por consiguiente, el alcance de aquellas[79].

De ese modo, entonces, creemos que tanto la anulación de oficio de un acto o contrato administrativo gravemente ilegítimo, cuando ésta resultare pertinente, como la interposición de la demanda judicial de nulidad, cuando aquel modo de anulación no sea posible, resultan jurídicamente viables aun cuando se esté ante situaciones consumadas: "si éstas, pues, se configuran, las prestaciones cumplidas entre las partes cambian su causa jurídica, pero el contrato, en sí, deja de operar como sustento válido de aquéllas"[80].

En otras palabras: el hecho de que los derechos subjetivos emanados de un acto o contrato administrativo irregular ya se hubieren ejercido o cumplido de forma inmediata, no obsta a que aquel, de ser procedente, sea anulado de oficio con efectos ejecutorios en sede administrativa o, en su caso, a que se inicie el correspondiente proceso de lesividad pues, en definitiva, si se anula el acto o contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes y, con ello, el alcance de estas.

Por ello, consideramos encomiable el voto del Dr. Coviello en la causa "Castro" del año 1999 en un caso donde se declaró la nulidad de un acto administrativo que dispuso la cobertura de un cargo ejecutivo dentro del Estado para el que se llamó a concurso, pues la persona designada no se encontraba en condiciones reglamentarias para participar por no integrar los cuadros de la Administración Pública en el momento de postularse[81].

A continuación efectuaremos, por su riqueza, una transcripción parcial de lo opinado por el Dr. Coviello en la causa mencionada:

"Ahora bien, conforme consta en autos, la cuestión habría devenido abstracta, toda vez que la persona designada cesó en el desempeño del cargo, y este no existe en la actual estructura del organismo.

Desde mi punto de vista ello no es así, puesto que importa establecer si, en definitiva, el acto impugnado fue o no válido. Y frente a la dilación del trámite administrativo y luego el judicial, máxime ante la eventualidad que si se hubieran adoptado oportunas medidas correctoras por la irregularidad tempestivamente denunciada por el actor, el resultado podría haber sido distinto, no es posible

79 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. 1, pp. 344/345, especialmente nota al pie Nº 1343. Es que, como señala el autor citado, los derechos del contratista podrían limitarse a lo habilitado por la teoría del enriquecimiento sin causa, si ésta fuera aplicable.

80 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones),* 2º Edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 196.

81 CNCAF, Sala I, 23/09/1999, "Castro Ángel Alberto c/Mº de Salud y Acción Social s/ Empleo Público".

invocar el transcurso del tiempo y el hecho consumado, declarándose abstracta la cuestión".

En situaciones como ésta interesa que se determine si la Administración observó o no el ordenamiento jurídico, lo cual significa que lo que está en juego es la afirmación de los principios propios del Estado de Derecho, y, en especial, el principio de la legalidad administrativa. Por ello, la cuestión va, ahora, más allá del mero interés de las partes. Interesa, en concreto, el buen funcionamiento –jurídico– de la Administración Pública, y ello no puede obviarse de tratar en esta sede.

En tal sentido, en un viejo precedente la Corte Suprema dijo que la Administración "debe ser franca, leal y pública en sus actuaciones" (Fallos: 10:203), y, en tiempos más recientes, que "[l]a actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad". (Fallos: 304:721)

Además, recuerdo que en mi voto concurrente in re "Rava", del 30/11/95) dije que "como consecuencia del principio cardinal de legalidad administrativa, es deber de la Administración Pública encauzar su actuación dentro del marco y con sujeción estricta a la ley y al Derecho". Aquí está suficientemente probado que dicho principio no fue observado.

VII.- En conclusión, pues, el acto impugnado, aunque haya agotado sus efectos, debe ser igualmente declarado nulo –sólo con relación a los límites que constituyen la presente *litis*– por vicio en la causa, el objeto y la motivación".

(iv) Las excepciones a la estabilidad del acto administrativo: especial referencia al "dolo" del particular

El nuevo texto de la LNPA establece expresamente que aun cuando el acto administrativo irregular hubiere sido notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, la Administración podrá (en nuestra opinión y, según una interpretación sistemática de la LNPA, *deberá*) anular el acto administrativo si ello "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".

Anulación que favoreciere al particular sin causar perjuicios a terceros o derecho otorgado expresa y válidamente a título precario

En relación con la procedencia de la anulación de oficio cuando con ella se favoreciere al interesado sin perjudicar a terceros, hemos de señalar que esta excepción, que estaba en el texto de la LNPA antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases[82], es entendible dado que la noción de estabilidad del acto

82 Aunque, claro está, en el art. 18 de la norma pero que, como se dijo en el punto 4.2.2., eran trasladables al art. 17.

administrativo está concebida como una garantía a favor del particular, tal como en su momento lo fue la construcción jurisprudencial de la teoría de la "cosa juzgada administrativa"[83].

El art. 17 de la LNPA vigente continúa enunciando como excepción a la estabilidad, tal como lo hacía el texto anterior en su art. 18, que "el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario".

No obstante, esto que parece una excepción a la inextinguibilidad del acto regular por razones de ilegitimidad, en rigor, no lo es, pues, como señalaba COMADIRA, la consistencia jurídica –precariedad o no– de la prerrogativa surgida de un acto, en nada se vincula con la naturaleza de las causales que tornan viable la anulación de dicho acto.

Es decir, "el carácter precario con que haya sido dictado un acto no autoriza su anulación de oficio sino cuando con prescindencia de dicha precariedad, concurran, objetivamente, causales idóneas para viciar la legitimidad originaria", en consecuencia, la inclusión de ésta causal "constituye, en realidad, un error de técnica legislativa, y que, por tanto, no puede ser valorado como una situación de excepción a la inextinguibilidad del acto"[84].

Dicho en otros términos, la precariedad de un acto administrativo no agrega ni quita nada en materia de anulación de oficio por razones de ilegitimidad pues, en definitiva, la anulación basada en la precariedad deviene de la falta de estabilidad del derecho y no de la existencia de vicios no graves en el acto[85].

El dolo del particular como conducta habilitante de la potestad anulatoria de oficio inherente a la función administrativa

83 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...,* ob. cit., p. 228; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 99 ss., especialmente p. 103, nota 12. Ver, también: SPACAROTEL, Gustavo, "La estabilidad del acto administrativo y contrainteresados", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 156; GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* ob. cit., T. 3, Cap. VI-3 y VI-7; BALBÍN, Carlos F., *Curso...,* op. cit., T. II, p. 79 y, más recientemente, en *Tratado de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III, p. 126; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, T. II, p. 331).

Así, la PTN ha señalado que la estabilidad juega en contra de la Administración y a favor del administrado, por lo que le es a ésta siempre posible revocar un acto a favor del particular (Dictámenes 59:163; 216:270; 246:443, entre muchos otros).

84 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada,* con la colaboración de Laura M. MONTI, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, p. 380.

85 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 116 y ss.; CANDA, Fabián O., "La revocación del acto administrativo regular", en AA.VV., *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir,), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 799 y ss.

a) Por último, y en lo que creemos resulta ser una de las modificaciones más polémicas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, se contempla como excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular la acreditación del *dolo del administrado.*

La determinación de la conducta del particular idónea para configurar la potestad anulatoria de oficio del acto administrativo fue una cuestión muy debatida en el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia y la propia PTN.

Ciertamente, por su extensión, no resulta posible analizar en profundidad las diversas posturas que en su momento se habían propuesto, razón por la cual remitimos para su estudio a los trabajos efectuados por quienes han estudiado en profundidad aquella cuestión[86].

b) Sin perjuicio de ello, en esta ocasión solo diremos que las distintas posturas esgrimidas tanto por la doctrina como por la PTN podrían resumirse en las siguientes teorías:

Primera teoría: el conocimiento del vicio se configura cuando hay connivencia dolosa entre el funcionario y el particular –por ej., se paga una coima–[87];

Segunda teoría: el vicio debe tenerse por configurado no solo cuando existe connivencia dolosa sino, además, cuando sobre la base de la actuación dolosa del administrado, la Administración emite el acto administrativo de cuya anulación se trata –ej.: se presenta un certificado apócrifo–[88];

Tercera teoría: consiste en una teoría más amplia pues, en rigor, además de reconocer la potestad anulatoria en casos de connivencia dolosa o en los supuestos de actuar dolosa del particular, entiende que alcanza con el mero conocimiento del vicio[89].

Por nuestra parte, durante la vigencia del texto de la LNPA anterior a las reformas introducidas por la Ley de Bases habíamos adherido a la última teoría mencionada[90].

En aquella ocasión sostuvimos que para tener por configurado el *mero conocimiento del vicio* como causal habilitante de la potestad anulatoria de oficio

86 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 365; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 71 y ss. Asimismo, para un análisis de las distintas posturas adoptas por la Procuración del Tesoro de la Nación sobre la cuestión aquí planteada, remitimos al estudio realizado por RODRÍGUEZ, María José, *"*La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos*",* en AA.VV. *Procedimiento Administrativo,* POZO GOWLAND, Héctor, HALPERÍN, David, AGUILAR VALDEZ, Oscar, JUAN LIMA, Fernando, CANOSA, Armando (dirs.)*,* Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 127.

87 GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* op. cit., T. 3, p. VI-18.

88 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, op. cit., T. 1, p. 774.

89 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 365/366; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos,* 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 198, entre otros.

90 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p. 79/80.

del acto administrativo y, resultaba necesario distinguir si el vicio se trataba de una cuestión fáctica –es decir, cuestiones de hecho– o de derecho. En el primer supuesto, era claro que quien pretendía anular de oficio el acto administrativo debía probar que el particular conocía las circunstancias fácticas que dieron lugar al dictado del acto viciado. Por otra parte, si se estaba ante un vicio relacionado con cuestiones de derecho, el tema analizado se tornaba aún más complejo.

En efecto, como apuntáramos[91], para un sector de la doctrina como el derecho se presume conocido, cuando se estaba ante un acto administrativo que tenía un vicio relacionado con cuestiones de derecho, cabía presumir el conocimiento del vicio por parte del particular y, por tanto, el sujeto emisor del acto viciado estaba en condiciones de anularlo con efectos ejecutorios[92].

No obstante, en nuestra opinión, sosteníamos que no era posible presumir el conocimiento del vicio cuando se trataba de cuestiones de derecho pues, si bien es cierto que el derecho se presume conocido, en un Estado Constitucional de Derecho no podía soslayarse, por un lado, que la buena fe del particular debía presumirse[93]. y, por otra parte, que la presunción de legitimidad no solo se presentaba como una prerrogativa de la Administración sino, también, como una garantía del administrado, razón por la cual este podía invocarla para negar que conocía el vicio de derecho.

En ese orden de ideas, precisamos que la presunción de legitimidad de los actos administrativos no era absoluta pues cedía en tres supuestos: a) cuando se

91 COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario,* Cáthedra, 2024, p. 1057 y ss.

92 DIEZ, Horacio Pedro, "El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Almagro'", *ED* 178:676.

93 En tal sentido cabe recordar que si bien en un comienzo algunos autores objetaron extender al derecho administrativo el principio general de la buena fe, lo cierto es que hoy en día tanto la doctrina extranjera, como la nacional, la PTN y la CSJN reconocen su aplicación en nuestra disciplina (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario,* Cáthedra, 2024, p. 136 y ss.). A su vez, actualmente el principio de la buena fe es posible encontrarlo no solo en las normas que rigen al derecho privado sino, también, en diversas regulaciones del derecho público, específicamente, del derecho administrativo.

Así, en primer lugar hemos de mencionar que si bien nuestra Constitución Nacional, a diferencia de lo que sucede con las constituciones de otros países, no menciona expresamente el principio de la buena fe (como en Colombia, donde la Constitución Política expresamente establece en el art. 83 que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas"), lo cierto es que es que, como señala García Pullés, la sola lectura del preámbulo y de algunos de sus preceptos más representativos (los arts. 16; 18; 19; 28; 33; 42; 75, incs. 18, 19 y 22; 99, incs. 2º y 3º; 118 y 125, entre otros) obliga a concluir que los constituyentes, aquellos de 1853 y estos de 1994, no concibieron una legalidad apartada de la razonabilidad o de la buena fe (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Otras perspectivas del contencioso administrativo", *LL* 2012-F, 1116)

trata de actos que ostentan vicios manifiestos, b) cuando se está en presencia de actos que adolecen de un vicio grave debidamente comprobado con posterioridad, c) cuando, e independientemente de nuestra visión crítica de la cuestión, resulta de aplicación la doctrina elaborada por la CSJN sobre la "presunción de inconstitucionalidad"[94].

Resultaba claro que el verdadero desafío estaba en determinar hasta qué punto podía fehacientemente afirmarse que el particular beneficiado por un acto administrativo ilegítimo había obrado de buena fe y, en tal sentido, sostuvimos que para ello debía tenerse en cuenta las condiciones específicas del particular administrado, tal como lo puntualizó la CSJN en el caso "Cadipsa"[95].

Por consiguiente, entonces, y como señaláramos en el trabajo antes citado, apuntamos que el *conocimiento del vicio* como causal de excepción a la estabilidad del acto y, por tanto, habilitadora de la anulación de oficio, debía ser la mala fe del administrado[96], exteriorizada en la falta de comunicación de este a la Administración, y teniendo como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica[97].

c) Ahora bien, como vimos, el art. 17 de la LNPA con las modificaciones introducidas por la Ley de Bases expresamente exige acreditar el "dolo del administrado".

94 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p. 321 y ss.2; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 205 y ss.

95 CSJN, 16/05/2000, "Cadipsa SA v. Estado nacional y otros, s/nulidad de acto administrativo", Fallos: 323:1146. En el caso, la Corte consideró válida la circular revocatoria de otra anterior aclaratoria de un Pliego de Bases y Condiciones Generales correspondiente a un Concurso convocado para adjudicar la explotación de hidrocarburos.

El fallo dictado por el Alto Tribunal es trascendente no sólo por la afirmación del principio de legalidad que él supone, sino, además, porque a partir de la ilegalidad de la circular revocada justifica su anulación en sede administrativa.

Entre los argumentos utilizados por la Corte para convalidar la anulación del acto en sede administrativa, consideró de vital importancia "la especial versación técnica y jurídica" de la empresa respecto del conocimiento del marco jurídico atinente a la materia considerada.

La PTN, por su parte, también ha sostenido que el conocimiento del vicio podría inferirse de la alta especialización técnica de los particulares administrados (Dictámenes 268:172).

96 CNACAF, Sala IV, 08/04/1999, "Villalonga Furlong S.A."; CNCAF., Sala III, 17/09/1984, "Hughes Tool".

La casuística suscitada en relación con el conocimiento del vicio ha llevado al máximo organismo asesor a sostener que aquel puede referirse tanto a la ausencia de buena fe (Dictámenes 150:125; 180:125; 195:49), como a la mala fe, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración (Dictámenes 327:238; 200:133; 183:98; 191:96, entre otros). Para un análisis de las distintas posturas adoptas por la PTN sobre la cuestión aquí planteada, remitimos al estudio realizado por RODRÍGUEZ, María José, "La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos*",* en AA.VV. *Procedimiento Administrativo,* POZO GOWLAND, Héctor - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 127.

97 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p. 79/80.

Ciertamente, una interpretación restrictiva del *dolo* como causal habilitadora de la anulación de oficio del acto administrativo sería inconstitucional pues, con ella, se estaría cercenando irrazonablemente la potestad inherente a la función administrativa, cuestión que fue abordada en profundidad en el punto 3 del presente.

Por ello, y teniendo en consideración, por un lado, que siempre se debe intentar efectuar una interpretación razonable para salvar la constitucionalidad de los preceptos legales[98], pues, en definitiva, la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio*[99], entendemos que el dolo al que hace referencia la norma debe ser entendido *en sentido amplio y/o genérico,* esto es, *comprensivo tanto del "dolo por acción"* como del *"dolo por omisión u omisión dolosa"* (también llamado "dolo activo" y "dolo pasivo", respectivamente).

Así, en el ámbito del derecho privado se ha sostenido que mientras en el dolo positivo "se realizan activamente maniobras o ardides destinados a ocultarle a la víctima el real estado de cosas", en el dolo negativo "lo que hay es una omisión donde se aprovecha el engaño en que cae el otro, pese a no haber realizado nada concreto para que cayera en el mismo *(*Cifuentes, Von Tuhr*).* En el 'dolo negativo', pues, nadie 'provoca' nada, sino que se limita a aprovechar maliciosamente el error 'espontáneo' del otro"[100].

Del mismo modo, se precisó que "generalmente, el dolo consiste en un acto positivo; tal ocurre cuando se vende la copia de un cuadro célebre afirmando engañosamente que es el auténtico. Pero también se miente con el silencio. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la

98 Es que, como ha señalado Cianciardo, debe distinguirse entre "la interpretación irrazonable de una norma de una interpretación razonable de una norma irrazonable" (CIANCIARDO, Juan, "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad"*, LL* 2009-B, 1249).

99 Cabe recordar que según tiene dicho la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico: CSJN, 11/07/2019, "Compañía Mega S.A. c/ EN -AFIP DGI- resol. 93/04 94/04", Fallos: 342:1170; CSJN, 21/11/2018, "Standard Bank Argentina SA y otros c/ CNV - resol. 17034/13", Fallos: 341:1675; CSJN, 11/05/2017, "González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego", Fallos: 340:669; CSJN, 16/03/2016, "Boggiano, Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social s/ Proceso administrativo - Inconst. varias", Fallos: 339:323; CSJN, 13/03/2017, "Acosta, José Irineo c/ Compañía Andrade Empresa de Transporte de Pasajeros S.R.L. s/ cobro", Fallos: 330:685; CSJN, 14/09/2000, "Adamini, Juan Carlos c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo", Fallos: 323:2409; CSJN, 24/02/1981, "Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica. Marrone, Roberto c/ Egom, S.C.A. Banco de Río Negro y Neuquén S.A.", Fallos: 303:248, entre muchos otros.

100 PIETRO MOLINERO, Ramiro, "Comentario a los arts. 267 a 278", en AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, RIVERA, Julio César (dir.), MEDINA, Graciela (dir.), 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, T. I, p.364.

otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento"[101].

Al referirse concretamente a la "omisión dolosa", la doctrina apuntó que ella "implica guardar silencio cuando se advierte que la otra parte se encuentra equivocada o incurre en error respecto de algún elemento esencial del contrato que es determinante de su consentimiento"[102].

También se ha recordado que "la doctrina en general acuerda que la omisión dolosa existe 'cuando se ocultan o callan circunstancias que se tenía el deber de comunicar a otro, induciéndolo a error. El ocultamiento o reticencia debe consistir en una abstención, no en un disimular o en una contestación afirmativa o negativa que son casos de acción dolosa' o consiste 'en el mero silencio o inacción frente a la evidencia del error en que está la otra parte'; en el mismo sentido: 'En el dolo negativo o por omisión, el sujeto aprovecha un engaño en el que cae la otra parte por las apariencias que él no ha creado, y es un ocultamiento sin maniobras o ardides para engañar. Es una actitud reticente dado que no se informa a la víctima y se aprovecha el error en el que ha caído'. También se pronuncia Peralta Mariscal: 'El dolo negativo u omisión dolosa puede ser definido como aquel que se configura cuando el contratante no desengaña al otro sobre un error en que incurre y que el primero conoce, o no le suministra las aclaraciones que la buena fe impone (Salvat, López Olaciregui)'.

El dolo por omisión se configura mediante una abstención, que no es una negación de la acción sino una modalidad, porque en la acción se comprenden tantos actos por un lado y abstenciones por el otro. También se debe distinguir las acciones que no hacemos de las que omitimos, porque en las acciones que no realizamos (abstenciones) hay algunas que tienen un estatus especial y son aquellas que no sólo no hacemos, sino que su realización es, de alguna manera, esperada. En la omisión dolosa nos encontramos frente a un deber positivo específico de actuar, un deber de información al contratante que advertimos está equivocado, y que en el momento de la negociación nos abstenemos de informar. Este deber de explicarse se sustenta en la buena fe y en los usos del tráfico jurídico. Si hablamos de deber de actuar, le asiste a la otra parte el derecho a exigir el cumplimiento. En la omisión dolosa, la abstención (o sea, no cumplir el deber) opera como la causante de la celebración del acto, tanto que sin la misma el acto no se hubiese celebrado, por lo que la parte perjudicada si prueba los requisitos exigidos en el

101 BORDA, Alejandro "Derecho Civil y Comercial. Contratos", Buenos Aires, *La Ley*, 2016, p. 68 y ss. LORENZETTI, Ricardo Luis "Comentarios a los arts. 1-18 del Código Civil y Comercial de la Nación", en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. 1, p. 93.

102 BENAVENTE, María Isabel, "Comentario a los arts. 257 a 288", en AA.VV *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, HERRERA, Marisa (dir.), CARAMELO, Gustavo (dir.), PICASSO, Sebastián (dir.),1ª ed., Ed. Infojus, T. I, p. 453.

art. 272 puede pedir la nulidad del acto. O sea, tenía el derecho a esperar que el otro cumpliera con el deber de informar"[103].

Cabe tener en cuenta, además, que uno de los principales autores del CCCN (v.gr.: Lorenzetti), al analizar el art. 12 de la norma que trata el "orden público" y el "fraude a la ley", señaló que "el orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales" y, al efectuar una enumeración de las concordancias del citado precepto con el resto de las contenidas en el CCCN, expresamente mencionado a la acción y omisión dolosa regulada en el art. 271.

En ese orden, el jurista menciona, en conclusiones plenamente aplicables al ámbito del derecho administrativo, que el orden público "consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada; el legislador se ocupa de que exista un consentimiento pleno, una garantía del proceso de formación del acto jurídico [...] Es la buena solución. Juega en este caso una cuestión de moral: el engaño, sea por acción o por omisión, no puede tener el amparo del derecho"[104].

Más adelante, cuando se analiza el art. 271, se consigna que el dolo "consiste fundamentalmente en realizar una maniobra engañosa o incurrir en una omisión o reticencia que produzca el mismo efecto"[105].

d) Por consiguiente, el alcance del término "dolo" utilizado por la LNPA como supuesto para que la Administración también pueda –en nuestra opinión, *deba*– anular de oficio el acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo –y, según nuestro criterio, también cuando se hubiere cumplido totalmente su objeto–, debe ser entendida en sentido amplio y/o genérico, es decir, comprensivo tanto del dolo por acción como por omisión (v.gr.: omisión dolosa).

Resulta incuestionable que la "omisión dolosa" constituye, en definitiva, un claro ejemplo de mala fe del particular manifiestamente contrario a lo dispuesto en el art. 1º *bis* del actual texto vigente de la LNPA que, como fuera adelantado, expresamente menciona a la "buena fe" como principio general del procedimiento administrativo y, más específicamente, requiere que "tanto la Administración

103 CERUTTI, María del Carmen "Comentarios a los arts. 265-278 del Código Civil y Comercial de la Nación", en AA.VV., BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T. 1B, pp. 166/167.

104 LORENZETTI, Ricardo Luis "Comentarios a los arts. 1-18 del Código Civil y Comercial de la Nación", en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. 1, p. 93.

105 BENAVENTE, María Isabel "Comentarios a los arts. 257 a 283 del Código Civil y Comercial de la Nación", en AA.VV. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), T. II, p. 65.

como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos".

La buena fe del particular exige que, en el caso, aquel brinde a la Administración toda la información relevante para el dictado del acto administrativo y no que, por el contrario, guarde silencio o se mantenga inerte frente al error en el que la Administración pueda incurrir.

Naturalmente, la mala fe del particular, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración que habilitará a la Administración a declarar la nulidad con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, deberá tener como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica.

4.4. *Procedimiento administrativo para la anulación de oficio del acto administrativo irregular*

Sentado lo expuesto, y teniendo en consideración que no existe a nivel nacional un procedimiento especialmente previsto para disponer la anulación de oficio del acto administrativo irregular, entendemos que como aquella anulación se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación de oficio del acto administrativo irregular deberá:

a) ser dictados por la *autoridad competente* (art. 7º, inc. *a*, de la LNPA); en este sentido, Comadira[106] apuntaba que para disponer la anulación oficiosa de un acto administrativo, a saber:

- el órgano emisor del acto, por aplicación del principio del "paralelismo de las competencias", salvo que hubiera actuado por delegación y que, al tiempo de la anulación, aquélla hubiera cesado, supuesto en el cual la anulación solo podrá disponerla el órgano delegante (argumento del art. 85 del del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos t.o. 2024, en adelante "RLNPA");
- el órgano delegante, con relación a los actos del delegado;
- los superiores jerárquicos del órgano emisor por ser ésta una atribución inherente a la relación jerárquica;
- los órganos titulares de la relación de tutela respecto de los actos emanados de los órganos superiores de los entes tutelados, con los alcances que surgen del art. 97, párr. último, del RLNPA.

b) aducir una *causa válida* (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho, objetivos y verdaderos –art. 7º, inc. *b*, de la LNPA–);

106 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...,* ob. cit., T. 1, p. 533/537.

c) respetar el *bloque de juridicidad* (juridicidad que no solo se perfila como "objeto" del acto administrativo –art. 7º, inc. *c*, de la LNPA– sino, también, como principio general del procedimiento administrativo (art. 1º *bis* de la LNPA);
d) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto (art. 7º, inc. *d*, de la LNPA), entre los que se incluyen:
- los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico (como es la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico[107]);
- el respeto de la tutela administrativa efectiva, esto es, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional;
e) estar debidamente *motivados* (art. 7, inc. *e* de la LNPA);
f) emitidos con el fin de satisfacer la *finalidad* de la norma atributiva de competencia (art. 7º, inc. *f* de la LNPA)[108].

Y, por supuesto, la medida deberá ser *razonable* (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. *f* de la LNPA) pues, de lo contrario, el acto sería inconstitucional[109].

107 Si bien como se verá en las notas que siguen, la mayoría de la doctrina considera que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular, cabe señalar que respecto del dictamen jurídico, quienes han profundizado en su estudio, entendieron que aquel es especialmente exigible en todos los actos administrativos de alcance general, sean normativos o no normativos (ampliar en: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, El Derecho, 2014, p. 60).

108 También han señalado que los reglamentos deben cumplir con los mismos requisitos de validez que los actos administrativos de alcance particular: HUTCHINSON, Tomás, "Régimen jurídico de los reglamentos" en AA.VV., *Activa Actividad Reglamentaria de la Administración*, Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1989, p. 79; DIEZ, Horacio Pedro, *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 44 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...,* ob. cit., p. 223; CASTRO VIDELA, Santiago M. - MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación,* Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2017, p. 223 y ss.; MURATORIO, Jorge I., "Impugnación de reglamentos de necesidad y urgencia y de reglamentos delegados. Acceso a la instancia judicial", en AA.VV. *Cuestiones del contencioso administrativo*, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 379; BOTASSI, Carlos A. - OROZ, Miguel H.E., *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, p. 463; CORBALÁN, Pablo S., *Decretos de Ejecución,* op. cit., p. 57, especialmente nota Nº 65, entre otros.

109 En ese sentido, Marienhoff señalaba que "el acto irrazonable es un acto inconstitucional y, por serlo, la irregularidad pertinente se traduce en un acto nulo de nulidad absoluta, que generalmente es manifiesta". (MARIENHOFF, Miguel S., *"*El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público*", LL* 1989-E, 963). Bien ha señalado Julio Oyhanarte que "en el derecho argentino ningún acto estatal -legislativo, administrativo judicial- es válido si no es razonable". (OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre su desarrollo*, en "Recopilación de sus obras", Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 87).

Esto último implica, entonces, que todos los actos administrativos deberán resistir el test de razonabilidad o proporcionalidad[110] que, como bien apuntara Alexy[111], debe ser analizada desde sus tres dimensiones: adecuación (el medio elegido debe ser idóneo para el cumplimiento del fin perseguido), necesidad (entre los medios idóneos para el logro del fin, debe escogerse la "alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos"[112]) y razonabilidad o proporcionalidad *stricto sensu* (establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar)[113].

(i) Especial referencia al debido procedimiento previo al dictado del acto que dispone la anulación ejecutoria de un acto administrativo irregular

A diferencia de lo que sucede en el derecho privado donde, en líneas generales, las formas no son determinadas por la ley por cuanto rige el principio de la libertad de formas[114], en el derecho administrativo las formas adquieren singular relevancia pues, en rigor, poseen una doble función de garantía[115]: por un lado, proteger los derechos e intereses de los administrados y, por el otro, asegurar la adecuada gestión del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad[116].

---

110 De esa manera, y siguiendo las enseñanzas de Coviello, si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que "la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad" (COVIELLO, Pedro J. J., "El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Perú* (Derecho-PUCP), Lima, 2011, Nº 67).

111 Ampliar en: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 91/92. Ver, también, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

112 CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad...,* ob. cit., p. 82 y ss.

113 *Ídem*, p. 107 y sus citas.

114 Como bien se ha señalado, la significación y trascendencia que tienen las formas en nuestra materia es muy superior a la que asumen en el derecho privado, pues allí se intenta tutelar la seguridad jurídica y promover el tráfico mercantil, otorgándole también dinamismo a los acuerdos entre los particulares (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...,* op. cit., T. 1, p. 629; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...,* op. cit., p. 113).

115 Como señalara Alessi, en el Derecho Público la mayor importancia de las formas está dada por la "función de garantía que las formalidades están llamadas a ejercer en las modernas organizaciones estatales". (ALESSI, Renato, *Instituciones..,* op. cit., T. 1, p. 273).

116 COMADIRA, Julio Rodolfo*, El Acto Administrativo...,* op. cit., pp. 53/54; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...,* op. cit., p. 327; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia,* Buenos Aires, Depalma, 1993, T. 1, p. 234; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...,* op. cit., T. II, p. 309; entre otros.

Sobre este aspecto, la Cámara del fuero sostuvo que mientras en los actos de autonomía privada, la iniciativa individual es libre de perseguir todo interés socialmente apreciable, con tal que

Por ello, y al igual que lo apuntaba el profesor Julio Rodolfo Comadira, creemos que en el derecho administrativo el costo económico eventual del respeto de las formas, se justifica frente al fortalecimiento institucional que implica el cumplimiento de la juridicidad[117].

Es que, en definitiva, las formas, aliadas inseparables de la transparencia, fortalecen la confianza en las instituciones y, como decía Ihering, son enemigas juradas de la arbitrariedad y hermanas gemelas de la libertad[118].

De acuerdo con el art. 1º *bis*, de la LNPA, uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto de la tutela administrativa efectiva que, como vimos, abarca el derecho a ser oído, el derecho a producir y controlar la prueba, el derecho a una decisión fundada y el derecho a un plazo razonable.

Al analizar el texto de la LNPA anterior a las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases, el profesor COMADIRA había advertido que no debía confundirse el requisito esencial "procedimientos" del art. 7º, inc. *d* de la LNPA, con el "debido proceso adjetivo" entonces enunciado en el viejo art. 1º, inc. *f*, razón por que sostuvo que "el concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el de 'debido procedimiento previo a todo acto administrativo' del cual el 'debido proceso adjetivo' constituye sólo una manifestación especial"[119].

---

sea de una naturaleza que pueda merecer la tutela jurídica, los actos administrativos se encuentran sometidos a una inflexible tipicidad legal por lo que concierne a los presupuestos de competencia y a los requisitos de su estructura. Agregó, también, que "la correspondencia del acto concreto a su destino típico es una exigencia y una directiva deóntica que mide tanto la legitimidad como la conveniencia u oportunidad de la decisión. Diversamente a la ley privada, la ley administrativa disciplina los actos no sólo para establecer los elementos y requisitos, sino, básicamente, para delimitar de vez en vez cuando concurre el caso en el que deben ser emitidos uno u otro tipo de acto". (CNACAF, Sala V, 17/04/2000, "Rodríguez Fuchs, Carlos c/ Minist. de Salud y Acción Social").

117 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La licitación pública...,* op. cit., p. 93.

118 Tal como ha sostenido el citado jurista: "Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad: son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad". (IHERING, Rudolf Von, *El espíritu del derecho romano,* Madrid, Librería Editorial Carlos Bailly-Baillere, 1891, T. III, p. 178).

119 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 62. Al igual que el autor citado, también señalaron que el "debido procedimiento previo" incluye tanto los procedimientos que son exigidos en general por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión del cualquier acto, como el debido proceso adjetivo, entre muchos otros: CANOSA, Armando, *Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Rap, 2017, T. 1, p. 91 y ss.; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 105; MONTI, Laura M., "La teoría jurídica...*",* op. cit., p. 253; SACRISTÁN, Estela B., "Principios

De allí que, como apuntaba el citado jurista, en criterio que compartimos, el debido proceso adjetivo era solo una manifestación, una *especie* del *género* debido procedimiento previo pues, en ciertas ocasiones, procedimientos de participación ciudadana como la audiencia pública, el concurso público o la licitación pública se erigían, también, en procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el art. 7º, inc. *d* de la LNPA actualmente vigente expresamente prevé que *antes* de la emisión del acto administrativo se "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".

De tal forma, entonces, para que la anulación de oficio del acto administrativo irregular sea válida debe cumplirse con "el debido procedimiento previo" que incluye, por un lado, "los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico" en forma previa a la emisión de cualquier acto como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico.

Por otra parte, también debe respetarse la "tutela administrativa efectiva" que, en definitiva, es lo que antes de la sanción de la Ley de Bases se denominaba "debido proceso adjetivo" y que traduce una reglamentación procedimental administrativa del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, pues constituye "una especie de procedimiento insoslayable cuando los derechos particulares puedan resultar afectados"[120].

En definitiva, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo incluye, por un lado, el respeto de los procedimientos previos en general, es decir, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto y, por otra parte, el respeto de la tutela administrativa efectiva como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución de la Nación.

El dictamen jurídico previo

Como dijimos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 7º, inc. *d* de la LNPA, *antes* de la emisión del acto administrativo se deben cumplir con los

generales del procedimiento administrativo", Documentación Administrativa, Nº 267-268, Madrid, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 272.

120 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, pp. 198/199.

procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.

Asimismo, en el mismo artículo se establece que se considera "sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos [...] el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados"[121].

Al respecto, la CNACAF destacó que "el fin perseguido por el mencionado precepto (art. 7º, inc. *d*, Ley 19.549) no es otro que el de juridizar la actividad de la Administración Pública y debe admitirse que concurre a ese fin la exigencia legal de exigir que antes de la emisión del acto se solicite la emisión de un dictamen jurídico. Es uno de los tantos supuestos en que el principio de legalidad contribuye a la juridización de la Administración Pública. Desde este punto de vista no resulta dudoso que el parecer previo de órganos técnicos de asesoramiento jurídico tiende a brindar protección a los derechos de los administrados en tanto se pretende dar una garantía del acierto y legitimidad de la decisión que posteriormente adopten las autoridades administrativas competentes"[122].

De allí, pues, que en un Estado Constitucional de Derecho no puede reconocérsele calidad de dictamen jurídico a aquellos asesoramientos que se limitan a afirmar o negar dogmáticamente la validez de un acto o la simple conformidad formal de un proyecto de acto con el ordenamiento vigente, o en todo caso, como puede suceder durante el trámite de un procedimiento recursivo, a expresar,

121 Si bien la LNPA estipula que *antes* de la emisión del acto administrativo será esencial "el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados", creemos que aquel debe ser siempre exigido, incluso cuando este sea favorable para los intereses individuales (tal como lo sostuvo la PTN en Dictámenes 236:91).

Asimismo, entendemos que la LNPA debió contemplar la exigencia del dictamen jurídico previo al dictado de actos administrativos no solo como mecanismo de protección de los intereses individuales de los administrados, sino, también, como garantía de salvaguarda del interés público. Por eso, estimamos que el dictamen jurídico previo debe especialmente ser requerido cuando con el dictado de un acto administrativo se incida en la hacienda pública (en igual sentido se ha expedido el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 236:91 y, en doctrina, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* op. cit., p. 42; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, El Derecho, 2014, p. 44 y ss. En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, "Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo", *ED* 70-376).

Recientemente en la Provincia de San Juan se sancionó la nueva Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 1995-A) cuyo art. 5º reza, en lo que aquí interesa, que: "El dictamen jurídico proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento legal del Estado, se considera esencial cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos, intereses legítimos o pueda incidir en la hacienda pública".

122 CNACAF, Sala II, 04/05/2000, "American Airlines c/ Secretaría de Comercio e Inversión".

también dogmáticamente, que el recurrente no incorpora nuevos elementos que contribuyan a desvirtuar un acto u opinión ya vertidos[123].

Al respecto, y teniendo en consideración la trascendencia que el instituto de la anulación de oficio del acto administrativo importa, creemos que por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 92 del RLNPA, el dictamen jurídico previo al dictado del acto que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular debe obligatoriamente ser emitido por la PTN[124].

En virtud de lo hasta aquí expuesto, y sobre la base de lo prescripto en el art. 7º, inc. *d* de la LNPA, cabe concluir que la omisión del dictamen jurídico previo a la emisión del acto administrativo que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular determina su nulidad absoluta e insanable en los términos del art. 14 de la LNPA[125].

123 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 200. En igual sentido: GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...,* op. cit., pp. 75, 85, 100/101; BARRIONUEVO, Emmanuel, "El dictamen jurídico", elDial DC24FF, entre otros.

124 El art. 92 del RLNPA establece, en lo que aquí interesa, que: "Cuando el recurso deba ser resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional y, además, corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme, el interés económico comprometido requiera su atención, o bien el propio Poder Ejecutivo Nacional lo estime conveniente, se requerirá la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación".

Hutchinson ha precisado que entre los diversos supuestos en los que la intervención de la PTN es obligatoria, se incluyen aquellas en las que "... *b*) Mediaren cuestiones jurídicas complejas. Ello es la consecuencia natural de que éste es el más alto órgano consultivo de la Administración. A él le corresponde, pues, dirimir controversias de contenido jurídico complejo. *e*) Sea necesario establecer jurisprudencia administrativa uniforme. Este supuesto es independiente del anterior, puesto que no es indispensable que la cuestión sea jurídicamente compleja para que sea conveniente establecer una jurisprudencia administrativa uniforme". (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...,* ob. cit., T. II, p. 448).

125 Sobre la cuestión, cabe tener en cuenta que aun cuando el texto de la LNPA anterior a las reformas de la Ley de Bases exigía que previo al dictado del acto administrativo se emita el correspondiente dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, lo cierto es que tanto la PTN como la CSJN habían señalado que su ausencia no acarreaba, necesariamente, la nulidad del acto de que se trate (ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p. 198 y ss. y, más recientemente, en COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario,* Cáthedra, 2024, p. 298 y ss.).

No obstante, recientemente, en lo que consideramos es la correcta doctrina, la CSJN señaló que "el requisito del dictamen del servicio jurídico permanente contemplado en el artículo 7º, inciso *d*, de la ley 19.549, en palabras de esta Corte, hace a la juridicidad de la actuación administrativa y debe ser cumplido antes de que la Administración exprese su voluntad". (CSJN, 21/11/2024, "Asociación Civil Universidad del Salvador c/ IGJ 359207/7902016 s/ recurso directo a cámara").

En el caso referenciado, la CSJN señaló que si bien en otros procedentes se había dicho "que el mencionado dictamen fue emitido durante la tramitación del recurso de reconsideración y considerado por la propia Administración en el acto confirmatorio. Tal solución fue reiterada en 'Goñi Demarchi' Fallos: 301:1200 'Soñes' Fallos: 310:272 y 'Laboratorios Ricar' Fallos: 318:2311. En este último caso el Tribunal precisó que el gravamen causado por la ausencia de dictamen jurídico desaparece si durante el trámite del recurso de reconsideración ante la Administración se observó el requisito". Agregó, además, que "en esta causa la actora no planteó un recurso administrativo contra

la resolución sancionatoria de la Inspección General de Justicia sino que directamente la cuestionó mediante el recurso judicial del artículo 16 de la ley 22315. Esto implica 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. Por consiguiente, en los términos de la jurisprudencia citada en el punto anterior, el gravamen causado por el vicio en el requisito esencial de procedimiento, alegado por la actora al recurrir la resolución administrativa y mantenido en el recurso extraordinario, no perdió virtualidad a los efectos de resolver si la resolución sancionatoria resulta inválida".

Concluyó el Máximo Tribunal, en lo que a nuestro modo de ver es una encomiable sentencia, que argumentar que la falta de dictamen jurídico no genera agravio cuando el acto administrativo hubiere sido dictado conforme a derecho, "es inatendible 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 que eventualmente se adopte sin recurrir a ese dictamen 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. Tal como quedó expuesto más arriba, el dictamen jurídico es una actuación preparatoria de la voluntad administrativa requerida por la ley en forma expresa y clara cuando el acto afecta, como de hecho sucedió aquí, derechos subjetivos del administrado (artículos 7º, inciso *d*, de la ley 19.549 y 14, inciso *b*, de la ley 19.549). Incluso antes de la sanción de la ley citada la doctrina había precisado que la ausencia de un dictamen de requerimiento obligatorio, como indudablemente lo es el dictamen jurídico en el ámbito de la Administración Pública Nacional, era causa de nulidad del acto administrativo". (ampliar en: COMADIRA, Fernando G., "Esencialidad del dictamen jurídico previo: el fin de la teoría de subsanación. A propósito de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en el caso "Asociación Civil del Salvador" del 21/11/2024", EDA ejemplar del 02/12/2024, Cita Digital: ED-V-CMXXX-940).

Ahora bien, e independientemente de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el texto actual de la LNPA, es decir, el reformado por la Ley de Bases, prevé, en lo que aquí interesa, que será esencial el "dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados", consideramos necesario enfatizar algunas cuestiones que ya con anterioridad habíamos destacado:

i) creemos que el dictamen jurídico debe ser siempre exigido, incluso cuando este sea favorable para los intereses individuales (tal como lo sostuvo la PTN en Dictámenes 236:91);

ii) la LNPA debió contemplar la exigencia del dictamen jurídico previo al dictado de actos administrativos no solo como mecanismo de protección de los intereses individuales de los administrados, sino, también, como garantía de salvaguarda del interés público. Por eso, estimamos que el dictamen jurídico previo debe especialmente ser requerido cuando con el dictado de un acto administrativo se incida en la hacienda pública (en igual sentido se ha expedido el Máximo Órgano Asesor en Dictámenes 236:91 y, en doctrina, COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, cit., p. 42; GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico...*, cit., p. 44 y ss. En contra: CASSAGNE, Juan Carlos, "Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia de dictamen jurídico en el procedimiento impositivo", *ED* 70-376). Recientemente en la Provincia de San Juan se sancionó la nueva Ley de Procedimiento Administrativo (Ley Nº 1995-A) cuyo art. 5º reza, en lo que aquí interesa, que: "El dictamen jurídico proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento legal del Estado, se considera esencial cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos, intereses legítimos o pueda incidir en la hacienda pública";

a) Por otra parte, el debido procedimiento previo también incluye el respeto de la tutela administrativa efectiva, esto es, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional[126].

La tutela administrativa efectiva, cuya finalidad no es otra que la eficaz defensa de los derechos de los ciudadanos, constituye, también, una garantía o instrumento al servicio de otros derechos y, por ello, se la ha calificado como un *derecho-garantía*[127].

---

iii) Finalmente, corresponde señalar que, a nuestro modo de ver, e independientemente de la encomiable intención del legislador al exigir el dictamen jurídico previo a la emisión de los actos administrativos, la frase "cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados" resulta redundante.

En efecto, si la nota característica, definitoria e inherente del acto administrativo es su aptitud para producir efectos jurídicos directos respecto de terceros (es decir, generar derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular creando o imponiendo situaciones jurídicas), es claro que el acto administrativo, por definición, siempre incidirá sobre los derechos de terceros, razón por la cual siempre deberá ser precedido por el correspondiente dictamen jurídico.

En igual sentido se expidió Barra al señalar que "el acto administrativo, por definición, es la decisión de la Administración dirigida a tener efectos en el exterior de su propia organización –esto es, sobre la esfera jurídica de los administrados– o, dentro de aquella, sobre sus miembros, en cuanto a sus derechos como funcionarios o empleados –y así también 'administrados'–, de manera que siempre afectará o 'incidirá' sobre derechos de terceros. Así, entonces, en cualquier caso el acto deberá ser precedido por el correspondiente dictamen jurídico". (BARRA, Rodolfo C., Derecho Administrativo. Acto administrativo..., op. cit., t. 2, p. 110). Del mismo modo, María José Rodríguez precisó que "si bien el inciso contempla la exigencia del dictamen jurídico previo cuando el acto pudiere 'afectar derechos subjetivos e intereses legítimos', en nuestra opinión, el acto administrativo, por definición, siempre produce efectos jurídicos respecto de terceros, esto es, siempre trasciende hacia el exterior de la organización; de consiguiente, entendido el apuntado sintagma en sentido amplio, siempre sería exigible este recaudo". (RODRÍGUEZ, María José, "La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad", en AA.VV. *Colección de Derecho Administrativo Comparado,* –RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (dir.), RIVERA ORTEGA, Ricardo (coord.), Bogotá, Editorial Temis, 2022, Vol. VI, p. 3 y ss., entre otros).

126 El derecho de defensa es, en términos de la Corte, "una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, 15/06/1982, "D'Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina", Fallos 304:849; CSJN, 30/12/1986, "Espiro, Nicolás Alejo", Fallos: 308:2650; CSJN, 24/08/2004, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa nº 259", Fallos: 327:3312, entre otros).

127 Un meticuloso estudio sobre los derechos que informan a la tutela administrativa efectiva puede verse en PERRINO, Pablo, "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AA.VV., *El derecho Administrativo Hoy. 16 años después,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, p. 75. Ver, también, CANDA, Fabián O., "Principios convencionales del procedimiento

Aquélla no solo está contemplada actualmente en la LNPA (cfr. arts. 1º *bis,* inc. *a* y 7º, inc. *d*) sino que, además, halla asidero en el texto de nuestra Ley Fundamental[128], en los textos internacionales de protección de derechos humanos[129] y en la jurisprudencia de la CSJN[130].

En ese marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha señalado en diversos precedentes (v.gr.: "Baena"[131], "Ivcher Bronstein"[132]; "Claude Reyes"[133], entre otros[134]) que las garantías judiciales previstas en el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos[135] –aprobada y ratificada por la República Argentina en el año 1984, y que en nuestro

administrativo. El principio de "tutela administrativa efectiva". Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional", *EDA* 2015-732.

128 En efecto, nuestra propia Constitución Nacional al establecer en el preámbulo que se debe "afianzar la justicia", se ha referido no sólo al "juicio judicial" (ámbito donde se despliega el principio de tutela judicial efectiva) sino, además, al "juicio administrativo". La tutela administrativa efectiva se canaliza, también, en el art. 18 de la Constitución Nacional que prevé la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, el que, en el marco del procedimiento administrativo, se instrumenta en el principio del debido proceso adjetivo que consagra el art. 1º, inciso *f*), de la LNPA.

129 V.gr.: *a*) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVII, XVIII y XXIV); *b*) la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 5º, 7º, 8º, 10, 28, 29 y 30); *c*) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo y arts. 2º y 14) y; *d*) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1º, 2º, 8º y 25).

130 CSJN, 14/10/2004, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986", Fallos 327:4185 y, más recientemente, en: CSJN, 28/10/2021, "Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN - M Seguridad -PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", Fallos 344:3230).

131 CIDH, 02/02/2001, caso "Baena Ricardo y otros".

132 CIDH, 06/02/2001, caso "Ivcher Bronstein".

133 CIDH, 19/09/2006, caso "Claude Reyes y otros".

134 La idea de que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas fue también esgrimida en: CIDH, 31/01/2001, "Tribunal Constitucional vs Perú"; CIDH, 09/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay" y CIDH, 24/08/2010, "Comunidad indígena Xakmok Ksek vs. Paraguay" y, más recientemente, en CIDH, 26/06/2012.

135 El art. 8º de la Convención Americana de Derecho Humanos establece las siguientes garantías judiciales:

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

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

ordenamiento tiene rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, según surge del art. 75, inc. 22–, no sólo deben predicarse en los procesos judiciales, sino, también, en los procedimientos administrativos[136].

A su vez, la idea de que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas fue también esgrimida por la CIDH en "Tribunal Constitucional vs Perú" [137], "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay" [138] y "Comunidad indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay"[139].

b) La audiencia con el interesado –o, en su caso, un traslado para que el particular pueda expresarse por escrito– constituye, por imperio de lo establecido en los arts. 1º *bis*, inc. "*a*" y 7 inc. "*d*" de la LNPA y 18 de la Constitución Nacional, un requisito previo para la declaración oficiosa de nulidad del acto administrativo[140].

En consecuencia, así como la ausencia del dictamen jurídico previo torna al acto que dispone la anulación con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular en nulo de nulidad absoluta e insanable, misma solución cabe proponer si aquel es dictado sin la previa intervención del particular para que sea oído.

La emisión de actos que crean situaciones jurídicas pasivas o que, en su caso, disminuyen o suprimen las activas sin que el interesado hubiera tenido la

---

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

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

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

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

136 En igual sentido, PERRINO, Pablo, "El derecho a la tutela...", op. Cit.; CANDA, Fabián O., "Principios convencionales del procedimiento administrativo...", op. Cit.

137 CIDH, 31/01/2001, "Tribunal Constitucional vs Perú".

138 CIDH, 09/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay".

139 CIDH, 24/08/2010, "Comunidad indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay".

140 En ese sentido, y en virtud de lo normado por el art. 3º del RLNPA, en el procedimiento que se sustancie deben adquirir la calidad de parte aquellos a quienes la extinción y/o suspensión del acto pudiere afectarlos –terceros–.

oportunidad de participar en el trámite procedimental con carácter previo a la emisión del acto de gravamen, vulnera el derecho de defensa y determina la nulidad del acto administrativo[141].

El derecho de defensa, inherente a la persona humana, es una cuestión de orden público indisponible para las partes e insusceptible de renuncia: él se erige como un principio fundamental y esencial de todo procedimiento administrativo y judicial justo.

c) Ya con anterioridad al dictado de la LNPA en el año 1972, LINARES, en su tesis doctoral "El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina", que en publicaciones posteriores se llamó "Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina", se dedicó a estudiar el sentido y alcance de la locución *debido proceso* en el Derecho norteamericano y su extensión al nuestro.

En aquella obra, Linares precisó que el debido proceso legal consta de dos aspectos: uno *adjetivo,* que abarcaba el "conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida", y otro sustantivo, por el que se consagraba "una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate"[142].

De esa manera, según el citado jurista, existe "un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos"[143].

Al intentar precisar el contenido de tal concepto adjetivo, apuntó que constituye un conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el ejecutor de la

141 CSJN, 24/04/2001, "Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares", Fallos 324:1403. Similar regla fue establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos al exigir, antes de la revocación, cumplir con el recaudo constitucional de una audiencia previa (cfr. "Goldberg v. Kelly", 397 US 254 (1970), citado por: SACRISTÁN, Estela, "Procedimiento administrativo y derecho de defensa", RAP 285:127.

142 LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada,* 2ª ed. actualizada, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 11/12. Concretamente, Linares destacó que "las reglas y procedimientos son: 1) juicio oral; 2) prohibición de hacer declarar a una persona contra sí misma en causas criminales; 3) obligación del instructor de carear al acusado con los testigos; 4) prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto; 6) prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas; 7) obligación de establecer formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo".

143 *Idem*, p. 12.

ley deben observar, entre las cuales mencionó la "audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso penal, civil o administrativo"[144].

Por otra parte, nuestra CSJN señaló, aunque sin hacer referencia al procedimiento administrativo, que "la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que consideren conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera [...] la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe [...] porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino *la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio*"[145] (énfasis agregado).

Poco tiempo después, la PTN hizo extensiva aquella idea en el ámbito del procedimiento administrativo, destacando que nadie puede ser condenado sin ser oído y que tal principio "tiene tanta antigüedad como el hombre"[146], a cuyo fin recordó el célebre caso inglés "Dr. Bentley's" (1723).

En tal sentido, Sir. William WADE y Christopher FORSYTH al comentar aquel precedente, señalaron que el derecho de defensa es un principio de "justicia natural" tan antiguo como la propia existencia del hombre: "Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán –dijo Dios– dónde estabas tú? ¿no has comido del árbol del que no debías hacerlo?"[147].

Con el dictado de la LNPA en 1972, el art. 1º, inc. *f* consagró como uno de los requisitos exigibles a toda norma de procedimiento administrativo que se aplique en la Administración Pública nacional el *debido proceso adjetivo* –el que, además, como se dijo, hoy se traduce en la denominada tutela administrativa efectiva–.

Bajo el sintagma "debido proceso adjetivo" se reunieron tres subprincipios, a saber: el derecho a ser oído, el de ofrecer y producir pruebas y el de una decisión fundada, haciendo "realidad la defensa del administrado mediante la vigencia de los principios del debido proceso", tal como señalara Young, uno de los coautores de la LNPA[148].

d) De esa manera, entonces, la anulación con efectos ejecutorios dispuesta sin la previa intervención del afectado acarrea la nulidad absoluta e insanable de aquel.

144 *Idem*, p. 25/26.

145 CSJN, 28/11/1949, "Rojo, Luis César", Fallos 215:357.

146 Dictámenes 39:271, citado por GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas,* 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, T. 2, 2014, p. IX-14.

147 WADE, William - FORSYTH, Christopher, *Administrative law*, 9th ed., Oxford University Press, 2004, p. 477.

148 YOUNG, Carlos A., "Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *RAP* 46:10.

(ii) La anulación de oficio del acto administrativo irregular sin motivación o con insuficiente motivación acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto anulatorio. La cuestión en la LNPA según la Ley de Bases

a) Según surge del inc. *e* del art. 7º de la LNPA, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo, pudiendo ser definida, en ese marco legal, como la exteriorización en el acto de la existencia de la causa y de la finalidad.

La ley se orienta, así, en las aguas de la doctrina que considera obligatoria la motivación de todos los actos administrativos la que, por lo demás, siempre debe concurrir al momento de ser emitidos[149].

Es, en palabras de Marienhoff, la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto[150].

Conforme lo sostuvo la CNACAF, "la motivación del acto administrativo es la explicitación de la causa, esto es la declaración de cuáles son las expresiones de las razones y las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto. Aparece como una necesidad tendiente a la observación del principio de legalidad de la actuación de los órganos estatales"[151].

No cabe duda de que el art. 7 inc. *e* de la LNPA al referirse a la motivación como requisito esencial del acto administrativo, sin excepciones, estableció la necesidad de que todos y cada uno de ellos sean motivados, sin que sea posible aceptar su integración posterior[152].

La motivación del acto administrativo responde, esencialmente, a los principios y garantías propios de un Estado Constitucional de Derecho, en especial: que la Administración de cuenta de sus actos y decisiones; que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad de esos actos y que el particular afectado en su derecho pueda ejercer su defensa[153].

La PTN, por su parte, señaló que el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos se relaciona con la observancia del principio de legalidad al que la Administración se encuentra sometida; este obliga a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada, lo que exterioriza la razonabilidad de la medida[154].

149 *Colección de Derecho Administrativo Comparado,* -RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, cit., t. I, pp. 201/202.

150 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...,* op. cit., T. II, p. 327.

151 CNACAF, Sala III, 26/04/2006, "Peralta, Carlos L. c/ Estado Nacional".

152 *Colección de Derecho Administrativo Comparado,* -RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, cit., T. I, pp. 202/203.

153 CNACAF, Sala II, 14/12/2004, "Piaggi, Ana I. v. Universidad de Buenos Aires s/resolución 3582/2000"; CNACAF, Sala II, 24/06/2004, "Orlansky, Dora v. Universidad de Buenos Aires", CNACAF, Sala IV, 16/03/1998, "Negocios y Participaciones S.A. v. Dirección General Impositiva", entre muchos otros.

154 Dictámenes 233:278.

Resulta por demás interesante hacer referencia a lo recientemente destacado por la Sra. procuradora fiscal, a cuya opinión adhirió la CSJN, al referirse a la motivación de los actos administrativos. En efecto, conforme surge de su dictamen, "requerir la configuración explícita de tal elemento como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del estado de derecho y del sistema republicano de gobierno (Fallos: 327:4943). Así, antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 322:3066, disidencia de los jueces Moliné O'Connor y Fayt). Si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de esta exigencia, la cual debe adecuarse –en cuanto a la modalidad de su configuración– a la índole particular de cada acto administrativo, pienso que no pueden admitirse fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirse a la mención de citas legales –que contemplan solo una potestad genérica no justificada en los actos concretos–, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de ese recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto de que se trate"[155].

b) La exigencia de la motivación no solo es requerida por la LNPA para la válida configuración de todos los actos administrativos sino, además, por la LEP cuyo art. 2º, inc. *e*, dispone, en lo que aquí interesa, la obligación de quienes están comprendidos en la ley –entre ellos el Poder Ejecutivo– de "fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin ocultar información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan".

Además, resulta incontestable que la motivación de los actos administrativos (al igual que la del acto estatal "sentencia" y "ley") es una consecuencia inseparable e inherente del sistema republicano de gobierno adoptado en la Argentina[156]: la motivación deriva, como exigencia insoslayable, de los principios propios de la ética republicana.

155 Dictamen de la Sra. Procuradora fiscal del 07/09/2017 recaído en la causa CSJN, 07/12/2021, "Glibota, Pedro Pablo y otros c/ EN - MS Economía resol. 235 166 y 334/2011 y otros s/ proceso de conocimiento", *Fallos* 344:3573, al que la Corte adhirió.

156 TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 9 y p. 12; SACRISTÁN, Estela B., "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por

Como bien señaló el Máximo Tribunal de la Nación, "el principio constitucional de racionalidad de los actos de gobierno, inherente a la forma republicana de gobierno adoptada en el art. 1º de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional"[157].

Si los jueces deben fundar sus sentencias y los legisladores exponer los motivos por los que sancionan una ley, con más razón el Poder Ejecutivo –o, en rigor, cualquier órgano estatal o ente no estatal, en el ejercicio de la función administrativa– debe expresar ante la comunidad las razones de la decisión adoptada[158].

En ese orden de ideas, Monti y Tawil señalaron que "la existencia de motivación permite, asimismo, el control indirecto de la opinión pública, dado que 'se dispone y se ordena, pero al mismo tiempo se razona y se justifica para qué se hace ello'. Por esa razón, es indudable que, en un mundo como el actual, donde se ha pasado de un sistema de limitaciones a uno de participación activa de los administrados, la motivación de los actos satisface psicológicamente la opinión pública al permitirle conocer en forma acabada las razones del obrar administrativo. Su exigencia se funda, pues, como bien se ha señalado, en el principio de respeto a la ciudadanía"[159].

Conviene transcribir, por su riqueza teleológica, lo apuntado por el Padre de la Constitución, como suele llamarse a Alberdi, en cuanto a que "la mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el Preámbulo de la Constitución Argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto. Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno"[160].

Finalmente, cabe destacar que la CIDH, tras señalar que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"[161], señaló que "el deber de motivar las resoluciones es una garantía

---

el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002, p. 65 y ss., entre otros.

157 CSJN, 15/10/2020, "Olivera Róvere, Jorge Carlos y otros s/ incidente de recurso extraordinario", O. 296. XLVIII. Rex, no publicado en Fallos.

158 *Ibídem*.

159 TAWIL, Guido S. - MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, cit., p. 18.

160 ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina,* Cap. XXVII, nota Nº 16.

161 Corte IDH, 06/07/2009, "Escher y otros Vs. Brasil"; Corte IDH, 05/08/2008, "Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela"; Corte IDH, 21/11/2007, "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador", entre otros.

vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, 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 [...] Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso"[162].

c) Ahora bien, así como hemos visto que la motivación es considerada por la LNPA un requisito esencial del acto administrativo, resulta insoslayable mencionar que el art. 14 de la norma citada prevé los supuestos en los que el acto será de nulidad absoluta e insanable[163].

El art. 15 de la LNPA, a su turno, establece que el acto será de nulidad relativa y solamente anulable en sede judicial si presenta un defecto o vicio no previsto en el marco de los señalados en el artículo anterior[164].

162 Corte IDH, 01/07/2011, caso "Chocrón Chocrón vs. Venezuela", párrafo Nº 118, entre muchos otros.

163 El art. 14 de la LNPA reza: "El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:

a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por: (i) Error esencial; (ii) Dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; (iii) Violencia física o moral ejercida sobre la autoridad que 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 tratare 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. La sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

164 Según el art. 15 de la LNPA, "El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna. La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo".

De la lectura de las normas mencionadas se advierte que el art. 14 de la LNPA según la reforma de la Ley de Bases no contempla expresamente el vicio en el elemento motivación como causal de nulidad absoluta, razón por la cual mientras algún sector de la doctrina consideró que un vicio en aquella podría provocar solamente una nulidad relativa (por lo que sería subsanable)[165], otro entendió que "ante la falta de mención de este defecto en el listado tasado de causales de nulidad del art. 14 cabría sostener que, *en principio*, la ausencia de motivación provoca la nulidad relativa del acto (aplicación del principio de *favor acti*)" (énfasis fuera del original).

En relación con la última postura mencionada, cabe señalar que los autores sostuvieron que la nulidad debía ser "en principio" relativa toda vez que "en los supuestos en que la falta de motivación produzca indefensión, corresponde aplicar la sanción de nulidad absoluta del acto, pues se configura la causal de 'grave violación del procedimiento aplicable' consagrada art. 14, inc. *b*, ap. (*iv*) de la LNPA. Ello es así porque, amén de ser un requisito esencial que concierne a la validez de los actos administrativos y un corolario ineludible del principio republicano de la publicidad de los actos estatales, la motivación del acto es imprescindible para el adecuado y efectivo ejercicio del derecho a la tutela efectiva, el cual comprende, entre otros derechos, el de obtener una decisión fundada (art. 1º *bis*, inc. *a*), ap. (*iii*) de la LNPA)"[166].

En nuestra opinión, e independientemente del respeto que merece la calificada doctrina recién citada, entendemos que la falta de motivación o, en su defecto, la motivación insuficiente de los actos administrativos debe generar, siempre, la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo de que se trate.

Lo expuesto se sustenta no solo en el texto de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales[167] ya citados sino que, además, consideramos que surge de una interpretación armoniosa y sistemática de la LNPA. Veamos.

Como se dijo en los párrafos anteriores, la LNPA en su art. 7º, inc. *d* expresamente consigna que antes de su emisión todo acto administrativo debe respetar el *debido procedimiento previo* que incluye, en lo que aquí interesa, "el respeto de la tutela administrativa efectiva".

El art. 1º *bis* de la LNPA, por su parte, al referirse a la "tutela administrativa efectiva" como principio fundamental del procedimiento administrativo, prevé que aquella comprende: (*i*) derecho a ser oído, (*ii*) derecho a ofrecer y producir pruebas, *(iii) derecho a una decisión fundada*, (*iv*) derecho a un plazo razonable.

165 MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos", *LL* 12/07/2024, 1.

166 CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *RDA* 2024-155, 273.

167 También ha señalado que la falta o insuficiencia de motivación acarrea la nulidad absoluta del acto en el nuevo texto de la LNPA: OBLIGADO, Lucía, "Sobre la motivación del acto administrativo y la teoría de la subsanación", *LL* 03/09/2024, 9.

Destacamos y enfatizamos el *derecho a una decisión fundada* o, lo que es lo mismo, a una *decisión motivada,* pues si la tutela administrativa efectiva implica, entre otra cosas, el derecho a una resolución motivada (art. 1º *bis*, inc. *a,* ap. *iii*) y, por otra parte, el elemento *procedimiento* exige que antes del dictado de todo acto se respete, entre otras cuestiones, la tutela administrativa efectiva (art. 7º, inc. *d*), surge con meridiana claridad que la falta o insuficiente motivación del acto administrativo configura una "grave violación del procedimiento aplicable" (art. 14, inc. *b,* ap. *iv*).

En otros términos: como el elemento esencial *procedimiento* expresamente consigna que debe respetarse la *tutela administrativa efectiva* (art. 7º, inc. *d*), y esta incluye, entre otros aspectos, el *derecho a una decisión fundada* –o lo que es igual, una decisión motivada– (art. 1º *bis*, inc. *a,* ap. *iii*), la ausencia o insuficiente motivación de un acto administrativo constituye, en el texto de la LNPA, un vicio grave en el *procedimiento aplicable* que, por consiguiente, debe ser fulminado con la nulidad absoluta e insanable.

d) En definitiva, entonces, surge con meridiana claridad que la anulación de oficio del acto administrativo dispuesta sin motivación o, en su defecto, con una motivación insuficiente, acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto anulatorio.

4.5. *Anulación de oficio y silencio administrativo*

Toda vez que la cuestión será abordada en el punto 6.2. (*ii*) del presente, allí nos remitimos.

4.6. *Síntesis*

A modo de síntesis de lo expuesto en este punto es posible afirmar que de acuerdo con el texto del art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, el principio general es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

Asimismo, y no obstante aquel *principio general*, lo cierto es que la LNPA otorga al acto administrativo irregular una *estabilidad excepcional*, es decir, veda a la Administración de anularlo de oficio con efectos ejecutorios, cuando el acto fue "notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto".

Sin embargo, aun cuando el acto administrativo hubiera adquirido aquella *estabilidad excepcional,* si la anulación "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", la Administración podrá declarar la nulidad ejecutoria del acto administrativo de que se trate.

En definitiva, entonces, e independientemente de nuestra visión crítica sobre la cuestión, en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, el acto administrativo *irregular debe* anularse, sustituirse o modificarse en sede administrativa por razones de ilegitimidad *salvo* que se hubiere notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto, *a menos que* la anulación favorezca al particular y no perjudique a terceros, hubiera sido otorgado expresa y válidamente a título precario o que se acreditare el dolo del administrado.

Finalmente, hemos visto que como la anulación de oficio del acto administrativo irregular se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación con efectos ejecutorios deberá: *a*) ser dictado por la autoridad *competente, b*) aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); *c*) respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); *d*) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; *e*) estar debidamente *motivado*; *f*) haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. *f* de la LNPA).

5. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR ESTABLE

Otra cuestión que actualmente ha sido expresamente regulada en la LNPA con motivo de las reformas introducidas por la Ley de Bases es la que se vincula con la viabilidad jurídica de suspender de oficio los efectos del acto administrativo irregular estable.

En otras palabras, y siguiendo el ejemplo abstracto que dimos al comienzo de este trabajo, frente a un acto administrativo notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo y sin que concurran las excepciones a la estabilidad del acto irregular, ¿puede el sujeto emisor –o, en su caso, el órgano superior– disponer, por sí y ante sí, la paralización provisoria de sus efectos?

La cuestión planteada, como se ve, lejos está de ser un tema menor, pues, de suscribirse a la posición que en su momento propusimos[168] y que en esta

168 Ver trabajos citados en la nota Nº 336.

oportunidad ratificaremos, deberá considerarse que la reforma efectuada por la Ley de Bases resulta inconstitucional pues, en nuestra opinión, el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, no solo debería estar facultado a suspender los efectos del acto administrativo estable sino que, incluso, en ciertos supuestos, estará obligado a ello[169].

Naturalmente, como se verá, para que aquella suspensión sea jurídicamente viable, será necesario que el acto administrativo que disponga la suspensión provisoria de los efectos del acto estable, además de cumplir con los requisitos esenciales exigidos por la LNPA en los arts. 7º y 8º, cumpla con la condición resolutoria a la que estará condicionado, cual es, la interposición inmediata de una medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda de nulidad dentro del plazo máximo que se analizará *infra*.

5.1. *La situación antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

(i) La doctrina[170]

Desde la doctrina, con anterioridad a la entrada en vigencia de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, se habían esgrimido, básicamente, dos posturas: una que admitía la potestad para suspender por sí y ante sí un acto administrativo estable; y otra, que, lisa y llanamente, negaba que se pueda ejercer aquella prerrogativa.

En favor de la tesis que admitía la viabilidad jurídica de que la Administración pueda suspender en su propia sede un acto administrativo estable

169 Mientras la suspensión administrativa de los efectos del acto estable constituye, en el supuesto de los actos irregulares, un deber, en el caso de los actos regulares, la suspensión de efectos, al igual que su anulación –si resultare jurídicamente viable–, es un ejercicio facultativo. No obstante, si el sujeto emisor del acto regular estable considerara que el interés público comprometido reviste entidad suficiente para demandar la nulidad judicial de aquel, la suspensión administrativa de sus efectos, como la declaración de lesividad al interés público como presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad, se erige como un deber.

170 Un análisis pormenorizado de la opinión de cada uno de los autores que se citan en este capítulo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* op. cit., p. 293 y ss.

se habían manifestado Comadira[171], Canda[172], Villasur García[173], Comadira, J.P.[174], Monti[175], De Estrada[176], Barra[177], Fiorini[178], Halperín[179], Luqui[180], Muratorio[181],

171 COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* op. cit., p. 184/185 y, también, p. 201; también en COMADIRA, *El Acto Administrativo...,* op. cit., p. 196 y, más recientemente, en *Colección de Derecho Administrativo Comparado,* - RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. 1, p. 517.

172 CANDA, Fabián O., "La suspensión de oficio del acto administrativo"*, REDA* Nº 21/23, pp. 409/438; ver, también, del mismo autor, "La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo"*,* en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Amparo, Medidas Cautelares y Otros Procesos Urgentes en la Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 348/381; "La suspensión del acto administrativo estable", en AA.VV., *Procedimiento Administrativo,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1999, pp. 106/120 y, más recientemente, "La suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa y judicial"*,* en AA.VV. *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 707 y ss.

173 VILLASUR GARCÍA, María Alejandra, "La estabilidad del acto administrativo y la denuncia de ilegitimidad", *RDA* Nº 27/29, p. 235 y ss., especialmente p. 251 y nota Nº 53.

174 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 108/110.

175 MONTI, Laura M., "Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa 'Pradera del Sol' y la potestad revocatoria de la Administración", *EDA* 2005-114.

176 DE ESTRADA, Juan R., "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular"*, LL* 1976-D, 820.

177 BARRA, Rodolfo C., *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos,* Buenos Aires, Astrea-Rap, 2018, T. 2, pp. 283 y 362 y, antes, en BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado,* Buenos Aires, Ábaco, 1989.p. 139, nota 3.

178 FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo,* 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, pp. 578/579.

179 HALPERÍN, David A., "La estabilidad del acto administrativo y algunas cuestiones reguladas por el Código Civil y Comercial de la Nación"*, REDA* 2017-113-847, especialmente punto Nº II.1.*c*.2. Cabe señalar que si bien en alguna ocasión el autor negó la posibilidad de que la Administración disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo estable (cfr.: HALPERÍN, David A., "El principio de estabilidad del acto administrativo", en AA.VV. *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 313), en el último trabajo publicado por el autor volvió a la postura por él sostenida en ocasión de relatar un dictamen en la Procuración del Tesoro de la Nación en el año 1981 (Dictámenes 156:273).

180 LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...,* op. cit., T. 1, pp. 438/439 y T. 2, pp. 350/352.

181 MURATORIO, Jorge I., "La suspensión por la Administración Pública nacional de los efectos del acto administrativo", *RDA* 2016-537. De esta manera, entonces, el autor citado pareciera haber cambiado su opinión expuesta con anterioridad en: MURATORIO, Jorge I., "Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)"*, LL* 1995-D, 1205.

Silva Tamayo[182], García[183], Guerrero[184], Diez[185], Altamira Gigena[186], Rodríguez, M.J.[187], Said[188], Stupenengo[189], González Navarro[190] y Montezanti[191], entre otros[192].

Desde otra perspectiva, entre los que desconocen la posibilidad de suspender administrativamente los efectos de un acto administrativo estable está

182 SILVA TAMAYO, Gustavo E., "Algunas cuestiones en torno a la acción de lesividad", en *Temas de Derecho Administrativo,* Febrero 2022, especialmente punto Nº VIII y, antes, en "Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa (A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)", Diario DPI Nº 245, 16/07/2019.

183 GARCÍA, Cándido E., "Revocación y caducidad del acto administrativo. En la ley nacional de procedimientos administrativos (Decreto Ley 19.549/72)"*, JA*, 1974, Sección Doctrina, p. 884/888, especialmente p. 886.

184 GUERRERO, Alejandro O., "El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, de procedimientos administrativos", *RDA*, Nº 17, especialmente p. 579.

185 DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo...,* op. cit., p. 306.

186 ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro*,* "Suspensión de la ejecución del acto", en AA.VV., *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, 1994, pp. 5/16 y, también, en *Acto administrativo,* Córdoba, Advocatus, 2008, p. 59.

187 RODRÍGUEZ, María José, "La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria", CIJur (Centro de Información Jurídica), 13/05/2021, sección doctrina, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra._Mar%C3%ADa_Jos%C3%A9_Rodr%C3%ADguez_-_La_estabilidad_31-5__1_.pdf, consultado por última vez el 18/11/2024.

188 SAID, José L., "El régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en AA.VV. GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires),* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, T. I, p. 47 y ss., especialmente p. 83.

189 STUPENENGO, Juan Antonio, *Ejecución judicial del acto administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 52.

190 GONZÁLEZ NAVARRO, Augusto, "El Acto Administrativo en Tucumán. La nulidad manifiesta como categoría autónoma: Apologías y rechazos", *EDA* 2004-452.

191 MONTEZANTI, Néstor Luis, *Suspensión del acto administrativo,* 2º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 68/69. De esa manera, y como menciona el autor, cambió el criterio que había oportunamente expuesto en la primera edición de su obra: *Suspensión del acto administrativo,* Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 60/61.

192 Así, por ejemplo, al analizar aquella posibilidad en la Provincia del Chaco la aceptó: CABAÑA, Aldo J., "El procedimiento administrativo previo a la declaración de lesividad del acto en sede administrativa y la defensa del administrado", en AA.VV. *Lesividad en la Provincia del Chaco,* LEGUIZAMÓN, Gustavo S. (dir.), ConTexto, 2022, p. 307.

Hutchinson[193], Martínez[194], Marcer[195], García Pullés[196], Mairal[197], Cassagne[198], Gordillo[199], Herrera de Villavicencio[200], Pozo Gowland[201], Zunino[202], Albertsen[203], Bustelo[204], Revidatti[205], Minorini Lima[206], Aberastury y Cilurzo[207], Buteler[208] y

193 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...,* op. cit., p. 195/196.

194 MARTÍNEZ, Hernán J., "La tutela cautelar administrativa. Suspensión del acto administrativo", *RDA* Nº 2, p. 337 y ss., especialmente p. 341.

195 MARCER, Ernesto A., "La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549", *LL* 1981-C, 305.

196 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones...,* op. cit., p. 351.

197 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, La Ley, 2021, pp. 897/898, énfasis agregado, criterio que ya había postulado en la primera edición de su obra: *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, Vol. I, p. 798.

198 CASSAGNE, Juan Carlos, "La suspensión de los actos en sede administrativa y judicial", en AA.VV., *Procedimiento administrativo,* Ponencias del IV Encuentro hispano argentino sobre derecho administrativo, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime (dir.), Santiago de Compostela, Xunta de Caricia, 1994, p. 129 y ss., especialmente p. 141.

Cabe señalar que el citado jurista en un trabajo reciente escrito con Perrino ratificó su postura (ver: CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *RDA* 2024-155, 273).

199 GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* op. cit., T. 3, p. VI-13/14 y ss.

200 HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., "Acción de lesividad...", op. cit., p. 324.

201 POZO GOWLAND, Héctor M., "La suspensión de los efectos de los actos administrativos", *LL* 1993-B, 424 y, más recientemente, en AA.VV. *Procedimiento Administrativo,* POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. III, p. 441 y ss.

202 ZUNINO, Ángel, "La acción de lesividad", *LLC* 2005, 367.

203 ALBERTSEN, Jorge, "La suspensión administrativa y judicial del reglamento", en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009, p. 113.

204 BUSTELO, Ernesto N., "Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, p. 324.

205 REVIDATTI, Gustavo A., "Acción de lesividad", en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1996, Apéndice VII, p. 4.

206 MINORINI LIMA, Ignacio, "La revocación del acto administrativo irregular", en AA.VV., *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 793, nota Nº 66.

207 ABERASTURY (h), Pedro - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 179 y sus citas., criterio reiterado en la segunda edición actualizada de la obra: *Curso de procedimiento administrativo,* Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2022, p. 380 y sus citas.

208 BUTELER, Alfonso, *Derecho Administrativo Argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, T. 3, p. 383.

Balbín[209] –aunque este último autor, tiempo después, como se verá en el punto que sigue, matizó su postura en su voto en la causa "Biestarc"–[210].

(ii) La opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación

La PTN, por su parte, si bien tradicionalmente admitía la posibilidad de suspender en sede administrativa un acto administrativo estable, imponiendo la necesidad de ordenar inmediatamente el inicio del proceso de lesividad para obtener la nulidad del acto en sede judicial[211], lo cierto es que en alguna ocasión negó aquella posibilidad[212].

No obstante, actualmente, la PTN pareciera haber consolidado su postura a favor de la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo irregular estable, pues señaló que en aquel supuesto debe declararse lesivo al interés público el acto estable viciado, disponerse la suspensión de sus efectos en sede administrativa e iniciarse inmediatamente la acción de lesividad[213].

(iii) La jurisprudencia

a) Si bien la CSJN no se expidió sobre la problemática aquí planteada, existen algunos pocos precedentes jurisprudenciales de tribunales inferiores en los que se analizó la cuestión.

b) Uno de ellos se remonta al año 1979, donde el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal declaró improcedente la suspensión del pago de una pensión, por cuanto existía una resolución que acordaba a la actora el goce de un beneficio que tenía el "carácter de derecho adquirido en virtud de una medida que se encuentra firme, y que al momento de la suspensión no ha sido declarada nula conforme el procedimiento que para tal eventualidad exige la ley de procedimientos administrativos" [214].

Con posterioridad, en el año 1995, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, CNACAF),

209 BALBÍN, Carlos F., *Curso...,* op. cit., T. II, p. 81/82 y, más recientemente, en *Tratado de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, La Ley, 2010, T. III, p. 129.

210 CACAyT., Sala 1º, 16/05/2012, "Biestarc S.A. c/ G.C.B.A."

211 Dictámenes 307:167; 246:125; 218:217; 195:49; 168:523; 164:17; 164:15; 156:273; entre muchos otros. El primero de los dictámenes citados hemos tenido oportunidad de analizarlo en: COMADIRA, Fernando Gabriel, "Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad", *RAP* 468:19.

212 Dictámenes 316:340; 259:011.

213 Dictámenes 318:427; 316:340; 259:011.

214 Juzg. Nac. Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 3, 24/12/1979, "B., M. E. c. Instituto de Ayuda Financiera para el pago de Retiros y Pensiones Militares", con comentario de MARCER, "La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular frente al artículo 17 de la ley 19.549", *LL* 1981-C, 305.

en el caso "Vizcarra", en ocasión de expedirse sobre la procedencia de un amparo presentado por un grupo de retirados y pensionistas de las Fuerzas Armadas contra una Resolución que suspendía otra, del mismo organismo, por la que les concedía determinadas asignaciones y un préstamo especial, sostuvo que "si la Administración no puede revocar el acto regular del que nacieron derechos para el particular, tampoco es factible que suspenda *sine die* sus efectos –es claro en tal sentido que la remisión a un futuro decreto del Poder Ejecutivo resolviendo las cuestiones de índole similar planteadas en el seno de las Fuerzas Armadas y de Seguridad dependientes no determina un plazo cierto– suspensión que, en cuanto a sus resultados, exhibe un valor equivalente al de la revocación, cohibida por el art. 18 citado, párr. 1º de la ley nacional de procedimientos administrativos"[215].

A fines del año 2001, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el caso "Lanza", entendió que "la decisión de suspender los efectos del acto administrativo –al considerárselo como manifiestamente ilegítimo– aun cuando haya generado derechos subjetivos que se encontraban en vías de cumplimiento no resulta contraria a las disposiciones de la Ley 19.549, en tanto existan elementos de juicio serios y concordantes relativos a la acusada nulidad del acto. Ello por cuanto tal alternativa es una de las posibilidades con que cuenta la administración en virtud de una interpretación armónica de los arts. 12 y 17 de ese texto legal" destacando, además, que en ese mismo acto se había ordenado "que se adoptaran las medidas necesarias con el objeto de iniciar la acción de lesividad pertinente"[216].

Resulta por demás interesante hacer referencia a lo resuelto por la Sala V de la CNACAF en un precedente muy cercano en el tiempo (2022), pues allí tuvo oportunidad de expedirse sobre la viabilidad jurídica de otorgar una medida cautelar en los términos del art. 16 de la Ley 26.854, cuando la Administración ya había dispuesto la suspensión de los efectos de un acto administrativo irregular que había devenido en estable[217].

En aquella ocasión, la mayoría de los miembros de la Sala V de la CNACAF, tras señalar que la subsistencia de los efectos "de un acto ilegítimo debe evitarse mediante el ejercicio inmediato en sede administrativa de la suspensión prevista en el artículo 12 del cuerpo legal mencionado" y 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

215 CNACAF, Sala I, 07/03/1995, "Vizcarra, Enrique A. y otros c. Estado nacional - Ministerio de Defensa", LL 1995-E, 486, con nota de REJMAN FARAH, Mario, "Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita (Una sentencia saludable)".

216 CNACAF, Sala IV, 11/12/2001, "Lanza, Carlos A. c/Mº de Justicia y Derechos Humanos s/medida cautelar (autónoma)", consid. 12.

217 CNACAF, Sala V, 21/09/2022, "M. de Salud de la Nación c/ Novartis Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento".

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", señaló que resultaba "legítimo que la Administración Pública disponga la suspensión inmediata del acto con base en el artículo 12 de la Ley 19.549"[218].

Por último, la Cámara apuntó que "a fin de armonizar ambas potestades (la 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".

c) Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió que "encontrándose firme el acto administrativo, le está vedado a la Administración revocar el acto regular debidamente notificado del que nacen derechos para el particular (art. 18 párr. 1º Ley 19549), por lo que debe entenderse que también lo está suspender indefinidamente sus efectos, pues ello lleva a un resultado equivalente al de la revocación"[219].

d) En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien la jurisprudencia del fuero en un comienzo rechazaba la viabilidad jurídica de suspender los efectos de un acto administrativo estable, lo cierto es que, actualmente, parece recoger un criterio similar al expuesto por el fuero contencioso administrativo federal en la causa "Vizcarra".

En efecto, en el año 2003 la Sala 1º de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria, en la causa "Auzón de Martinelli, Lía M. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", sostuvo, con mayoría integrada por los Dres. Carlos Balbín y Horacio Corti, que para lograr la suspensión de un acto administrativo irregular, que generó derechos subjetivos en curso de ejecución, la Administración debe "iniciar la correspondiente acción de lesividad y solicitar judicialmente como

218 La Cámara tuvo en cuenta, también, que no se trataban de los derechos mencionados en el art. 2º, inc. 2º de la Ley 26.854.

219 CNACCF., Sala 3º, 26/11/1996, "Nobleza Piccardo SAIC y F. c/. Universidad de Buenos Aires", JA 2000-IV-síntesis, p. 52, consid. 2º.

medida cautelar la suspensión de sus efectos", toda vez que no está autorizada para suspender el acto por sí misma[220].

De igual manera, en el año 2011, aquella sala al analizar la estabilidad consagrada en el art. 17 de la ley local –idéntica, en lo que aquí interesa, a la LNPA– sostuvo que "la finalidad de la norma ha sido garantizar la estabilidad de los derechos adquiridos por decisiones administrativas y, en consecuencia, la administración no puede por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos al amparo de actos anteriores". En consecuencia, sentenció que "si las autoridades administrativas consideraban que la resolución que había generado derechos subjetivos en curso de ejecución a favor del actor era nula, debió haber iniciado la correspondiente acción de lesividad. Es decir, la administración no podía revocarla, sustituirla, modificarla, *o aun suspenderla*, puesto que tales cursos de acción no están permitidos por el ordenamiento legal de aplicación, aun cuando se hubiera respetado el derecho al debido proceso adjetivo" (énfasis agregado)[221].

Posteriormente, en el año 2012, la misma Sala matizó su postura anterior al señalar que "el Estado no puede suspender el acto y sus efectos sin término", pues suspender *sine die* equivale a disponer "de modo encubierto la revocación" (voto del Dr. Carlos Balbín al que el Dr. Horacio Corti adhirió en su totalidad)[222].

De esa manera, y tal como señalara la Dra. Inés M. Weinberg de Roca en aquel fallo, "si bien es cierto que la Administración no puede escudarse en una suspensión incondicionada para veladamente eludir el valladar impuesto por el artículo 17 de la ley adjetiva y lograr en sede administrativa lo que debiera pretender en sede judicial a través de una acción de lesividad por imperativo legal, no menos cierto es, que de verificarse la existencia de un interés público tangible que justifique suspender el ejercicio de un derecho conferido para evitar los mayores

220 CACAyT., Sala 1º, 09/04/2003, "Auzón de Martinelli, Lía M. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: la Secretaría de Educación, mediante de la Resolución 1666/SED/1995, designó con carácter de titular a la actora como Regente de Cultura Técnica. Posteriormente, mediante Resolución 2249/SED/1995, la Secretaría de Educación suspendió la titularización de aquella y, luego, mediante Resolución 1846/SHyF/1999, la Secretaría de Hacienda y Finanzas revocó la Resolución 666/SED/1995.

Los jueces Carlos Balbín y Horacio Corti, además de considerar nula la Resolución 1846/SHyF/1999 –por cuanto sostuvieron que no podía alegarse que la accionante conociera el vicio de la Resolución 1666/SED/1995-, declararon la nulidad de la Resolución 2249/SED/1995 que suspendió los efectos del acto estable (v.gr.: Resolución 1666/SED/1995), por cuanto entendieron que la estabilidad del acto impide que aquel pueda ser revocado, sustituido, anulado o suspendido.

La Dra. Inés M. Weinberg de Roca, por su parte, entendió que como la actora conocía el vicio de la Resolución 1666/SED/1995, tanto la Resolución 2249/SED/1995 como la Resolución 1846/ SHyF/1999, resultaban ajustadas a derecho.

221 CACAyT., Sala 1º, 21/03/2011, "Contignola, Eduardo Alberto c/ GCBA".

222 CACAyT., Sala 1º, 16/05/2012, "Biestarc S.A. c/ G.C.B.A.".

perjuicios que su ejecución pueda causar a los beneficiarios, la suspensión de sus efectos resulta un remedio perfectamente viable conferido por el ordenamiento".

e) Recientemente, la Justicia Federal de Salta ha señalado, con cita nuestra, no solo que la suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable constituye un poder inherente a la función de administrar sino, además, que aquella, para ser válida, debe cumplir con los requisitos que enunciaremos en las páginas que siguen[223].

f) Finalmente, cabe destacar que, en el ámbito provincial, algunos Máximos Tribunales han negado la posibilidad de que la Administración disponga la suspensión de los efectos de un acto estable (así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza[224], el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén[225] y el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos[226]).

5.2. *La situación luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Como adelantáramos, la actual LNPA, es decir, el texto vigente con las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases, expresamente ha regulado la cuestión que aquí se analiza, es decir, la posibilidad de suspender de oficio los efectos del acto administrativo irregular estable.

En tal sentido, conforme surge del segundo párrafo del art. 17 de la LNPA, "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".

223 Juzgado Federal de Salta Nº 1, 19/09/2024, "Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo".

224 Conforme fuera señalado por la Sala 1º de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, "La posibilidad de suspender en sede administrativa la ejecución de un acto estable dictado a favor del administrado, aunque fuere nulo, altera el fin de la ley y pone en manos de la Administración la supervivencia del derecho concedido sin cumplir con el trámite judicial de la lesividad, tornando ilusorio el principio de estabilidad o irrevocabilidad del acto administrativo". (C.S. Mendoza, sala 1º, 17/09/2013, "Spaltro, Francisco v. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ APA")

225 En efecto, el Tribunal Superior neuquino ha señalado que "la regularidad y consiguiente presunción de legalidad del cuestionado decreto de "pase a planta permanente" hace que este no pueda ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa, puesto que el principio de presunción de legitimidad, no es predicable exclusivamente de los actos administrativos de gravamen que reducen la esfera jurídica de los destinatarios, sino que también opera en beneficio de los particulares. Y en esta línea tampoco podía ser suspendida su vigencia por la propia Administración, por cuanto como sostiene Gordillo, esto último implicaría lograr en la práctica lo que la norma precisamente quiso evitar: que los derechos emergentes quedaran a merced de una decisión administrativa ulterior *(*cfr. *Tratado de Derecho Administrativo,* T. 3 VI-17*)"* (T.S.J. Neuquén, 04/10/2002, "Municipalidad de Plottier c/ Reyes, Julio César y otros s/ acción de lesividad").

226 Ver fallos citados en: RODRÍGUEZ SIGNES, Julio César, "La acción de lesividad", *RAP* 383:421.

5.3. *Análisis crítico del régimen jurídico actual: nuestra postura*

a) Por nuestra parte, antes de la actual regulación contemplada en la LNPA habíamos sostenido, en criterio que aquí reiteramos, que los órganos estatales o, en su caso, los entes no estatales en ejercicio de función administrativa, pueden y deben suspender por sí y ante sí los efectos de aquellos actos administrativos irregulares que, por gozar de la estabilidad excepcional[227] que concede el art. 17, no pueden anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa.

b) Analizar pormenorizadamente las razones en virtud de las cuales sostuvimos que la suspensión de oficio del acto administrativo estable resulta jurídicamente viable atentaría contra la síntesis que aquí pretendemos obtener, razón por la cual nos remitimos a los trabajos específicos que sobre la cuestión hemos realizado[228] y a lo mencionado en el punto 3 del presente.

Tampoco es esta la oportunidad para analizar cuál ha de ser el procedimiento administrativo que debería seguirse para el dictado del acto que dispone la suspensión de los efectos del acto estable, razón por la cual también nos remitimos a los citados estudios.

c) Sin embargo, aquí solo hemos de señalar que, a nuestro modo de ver, y toda vez que aquella suspensión se instrumenta por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la suspensión arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la suspensión del acto administrativo estable deberá *a*) ser dictado por la autoridad *competente, b*) aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); *c*) respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); *d*) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; *e*) estar debidamente *motivado*; *f*) haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. *f* de la LNPA).

227 Es que, como señalamos al comienzo y hemos recordado en otra oportunidad, el principio es el de la falta de estabilidad o bien de inestabilidad del acto administrativo nulo o irregular (COMADIRA, Fernando G., "Algunos aspectos relacionados con la anulación de oficio..."; COMADIRA, Fernando G., "Anulación del acto administrativo irregular...", op. cit., p. 40 y ss.).

228 Un análisis pormenorizado de la opinión de cada uno de los autores que se citan en este capítulo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, "La suspensión de oficio de los efectos...", op. cit., p. 361 y ss. Más recientemente: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* ob. cit.

d) Por lo demás, resta señalar que, en nuestra opinión, la suspensión de oficio del acto administrativo estable debe disponerse por un plazo breve, condicionándosela a la inmediata interposición de una medida cautelar pues, de lo contrario, la Administración podría estar incurriendo, quizás, en una suspensión *sine die,* o, lo que es lo mismo, en una anulación encubierta.

Por ello, y teniendo en cuenta que el sentido propio del instituto de la suspensión es su transitoriedad[229], antes de ahora hemos sostenido que la suspensión de los efectos de un acto administrativo estable solo es admisible en la medida que sea dispuesta por un breve lapso[230].

Como se ve, la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable opera como una "condición resolutoria", esto es, aquella que condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto que, en nuestro caso, sería la interposición de la medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad.

Si bien al estudiarse la teoría del acto administrativo en general se sostiene que la "condición resolutoria" opera como un "elemento o cláusula accesoria o accidente" del acto, lo cierto es que la doctrina entiende que los elementos accidentales dejan de ser tales para convertirse en esenciales, con los efectos consiguientes en cuanto a la validez del acto que las contiene, cuando ellos sean inherentes al respectivo acto, porque de ser así se trataría, en realidad, de elementos constitutivos del objeto normal de éste[231].

En nuestro caso, la legitimación de la suspensión o paralización provisoria del acto administrativo estable proviene de su vinculación temporal inmediata con la interposición de la medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda

229 En ese sentido, la PTN ha señalado que "la suspensión de los efectos de un acto administrativo no puede mantenerse indefinidamente sin desvirtuar el sentido propio de esa medida, que, por definición, posee una duración limitada" (Dictámenes 274:329; 177:28). Como bien señalaba Trevijano Fos, la suspensión de efectos es temporal, "lo que equivale a decir que si fuera permanente nos encontraríamos ante una verdadera retirada del acto (anulación o revocación). *(*GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 360). Del mismo modo, Linares precisó que "la suspensión permanente no es ya suspensión sino revocación". (LINARES, Juan F., *Cosa juzgada administrativa,* Buenos Aires, Guillermo Kraft LTDA., 1945, p. 66).

230 Al analizar el tema en profundidad hemos propiciado que, hasta tanto no se adopte una solución legislativa diferente, el plazo máximo por el que deberían suspenderse los efectos de un acto administrativo estable debía ser de diez (10) días. En ese sentido, cabe destacar que el plazo máximo de diez (10) días se sustenta no sólo en el régimen general aplicable en el procedimiento administrativo en materia de plazos (v.gr.: art. 1º, inc. *e*, ap. 4º, actual art. 1º *bis,* inc. "*g*", ap. 4º) sino, además, en la aplicación *mutatis mutandi* del art. 8º de la Ley 26.854 que expresamente prevé que "se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas *antes de la interposición de la demanda, si encontrándose agotada la vía administrativa no se interpusiere la demanda dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba*" (énfasis agregado).

231 Por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 69.

judicial de nulidad la que, si no es interpuesta dentro del plazo razonable aludido, se torna en ilegítima y, en consecuencia, los efectos jurídicos del acto suspendido recuperan su plena vigencia[232].

En consecuencia, entendemos que la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable se erige como un elemento esencial del acto administrativo que dispone la suspensión pues, su incumplimiento, torna en antijurídico el objeto de la declaración.

e) Aquél sería, a nuestro modo de ver, un correcto criterio legislativo que podría instrumentarse en un futuro Código Contencioso Administrativo Nacional[233].

6. LA ACCIÓN DE LESIVIDAD: ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES Y PROCESALES

A esta altura del trabajo ha quedado claro que en el ámbito del derecho administrativo nacional el principio general es que ante un acto administrativo irregular la Administración *debe declarar y ejecutar* por sí y ante sí la nulidad de aquel acto.

En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

Sin embargo, también hemos visto que en ciertos supuestos la Administración está impedida de *declarar y ejecutar* por sí y ante sí la nulidad de aquel acto irregular pues, en definitiva, se está frente a la "estabilidad del acto administrativo" o, en términos de la CSJN, la denominada "cosa juzgada administrativa"[234].

232 Criterio que, como vimos antes, ha sido el que, en definitiva, recientemente adoptó la Cámara del fuero en: CNACAF, Sala V, 21/09/2022, "M. de Salud de la Nación c/ Novartis Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento".

233 La viabilidad jurídica de suspender los efectos de un acto administrativo estable fue expresamente reconocida en el último Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo presentado en el año 2021, cuyo art. 69 establecía que "si en virtud de lo normado en el artículo 12 de la Ley 19.549 y sus modificatorias el Estado nacional, las entidades autárquicas, los entes contemplados en el inciso *g*) del art. 2º y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de prerrogativas públicas, hubieren dispuesto la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable, la suspensión caducará automáticamente si a los *treinta* (30) días no se solicitara la suspensión judicial de los efectos de aquel, en forma previa, simultánea o posterior a la promoción de la *acción de* lesividad contra dicho acto. Solicitada en término la suspensión judicial, los efectos del acto se mantendrán suspendidos de acuerdo con lo decidido en sede administrativa, hasta tanto el juez ordene la suspensión judicial en los términos del artículo 54 del presente Código o deniegue el pedido de suspensión. La denegatoria del pedido importará la automática extinción de la suspensión decidida en sede administrativa".

234 El término "cosa juzgada administrativa" ha sido criticado por distintos autores. Ver, entre otros, COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, p. 106 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El acto administrativo,* 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho

En aquellos casos, si bien la Administración también debe *declarar* la nulidad del acto administrativo irregular estable, lo cierto es que no podrá *ejecutarla* por sí y ante sí, sino que, para ello, deberá acudir a la justicia para efectivizar o *ejecutar* la pretensión anulatoria a través de, precisamente, la acción de lesividad.

Es decir, ante un acto administrativo de nulidad absoluta que devino en estable, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio no ejecutorio y, posteriormente, acudir a la justicia para efectivizar aquella nulidad mediante el proceso de lesividad.

De lo hasta aquí expuesto es posible concluir, entonces, que la acción de lesividad procede cuando se persigue la nulidad judicial de un acto administrativo ilegítimo que no puede anularse –con efectos ejecutorios– en sede administrativa.

En consecuencia, bien podría afirmarse que si la extinción de un acto administrativo por razones de ilegitimidad fuera una *saga*, la primera parte consistiría en "la anulación de oficio del acto administrativo en sede administrativa" y, la segunda, en la "acción de lesividad", como herramienta procesal tendiente a obtener la nulidad judicial de un acto administrativo que no puede anularse –con efectos ejecutorios– en sede administrativa.

Ciertamente, estudiar todos y cada uno de los aspectos procesales que se vinculan con la acción de lesividad atentaría contra la síntesis que aquí aspiramos lograr, razón por la cual remitimos para su estudio a nuestra obra *La acción de lesividad*[235] y los trabajos allí citados.

No obstante, en esta ocasión solo nos gustaría abordar, aunque muy sintéticamente, algunos temas relacionados con la cuestión y que, además, han sido contemplados en las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA. Veamos.

6.1. *Concepto*

En su momento hemos definido a la acción de lesividad como 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"[236].

Administrativo, 2011, T. 3, Cap. VI-3; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. 2, 1993, p. 646; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo,* 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 1, p. 768.

235 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* Buenos Aires, Astrea-Rap, 2019.

236 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 146. Aquella definición, a su vez, fue adoptada por la jurisprudencia: Juzgado Federal de Salta Nº 1, 19/09/2024, "Universidad Nacional de Salta c/ Claros, Víctor Hugo s/ Nulidad de acto administrativo"; TSTdelFAIAS, 03/09/2024, "Municipalidad de Ushuaia c/ GADA S.A. s/ Acción de Lesividad".

6.2. *Objeto*

(i) El acto administrativo estable

El objeto de la pretensión de lesividad consiste en obtener la nulidad judicial del acto administrativo irregular estable, esto es, aquel que en virtud de la estabilidad excepcional que otorga el art. 17 de la LNPA la Administración no puede anular con efectos ejecutorios por sí y ante sí.

La estabilidad del acto administrativo irregular se da, actualmente, y tal como se vio en las páginas anteriores, cuando el acto administrativo irregular hubiere sido notificado, generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto y, además, la anulación no favorece al particular sin perjudicar a terceros, no se pudo acreditar el dolo del particular o el derecho no fue otorgado expresa y válidamente a título precario.

(ii) El silencio positivo y su consideración como "acto administrativo": la cuestión en la LNPA según la Ley de Bases

a) Otra de las grandes novedades que ha sido incorporada en la LNPA a partir de las reformas introducidas por la Ley de Bases es el denominado *silencio positivo.*

b) Analizar pormenorizadamente el instituto del *silencio administrativo* implicaría estudiar no solo el deber que tiene la Administración de resolver expresamente las peticiones de los particulares sino, también, cuestiones como la naturaleza jurídica que corresponde atribuirle al silencio, los distintos sistemas que existen para la posible regulación del instituto, etc.

Por ello, y toda vez que abordar en profundidad aquellos aspectos excede el objeto de este trabajo, a los fines de esta investigación solo diremos que, en nuestra opinión, el *silencio administrativo* en modo alguno puede ser entendido como un *acto administrativo* entendido, este último, como una "*declaración* emitida por un órgano estatal, o ente no estatal, emitida en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros"[237] (énfasis agregado).

Destacamos y enfatizamos el término *declaración* pues, como lo hemos mencionado en otras oportunidades, aquella consiste en la extrinsecación de una idea, un proceso de tipo intelectual[238], es otros términos, la existencia de una exteriorización intelectiva proveniente de su autor[239], realizada mediante la palabra escrita, oral. digital u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

237 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...,* ob. cit., p. 4.

238 Dictámenes 238:319; 240:124, 240:165, entre otros.

239 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 2.

Es claro, entonces, que el silencio no puede considerarse un acto administrativo en los términos enunciados pues, en definitiva, no hay declaración[240], una exteriorización de una idea: "no hay nada: solo el paso del tiempo a1 que se le atribuye un determinado efecto jurídico"[241].

El silencio administrativo tampoco es un acto administrativo tácito, por cuanto también hemos señalado, siguiendo las enseñanzas del profesor Comadira, solo es viable la configuración de un acto administrativo tácito cuando es inferible de uno expreso[242] y, en el silencio administrative no hay ningún acto administrative expreso del que pueda derivarse un acto administrative tácito.

Por lo demás, el silencio tampoco puede ser considerado un *acto administrativo presunto*, o un *instituto o presupuesto procesal* sino que, al igual que lo ha destacado la doctrina, cabe partir de la idea de la irrelevancia o intrascendencia jurídica del silencio administrativo[243], salvo que una norma, como sucede con la nueva redacción del art. 10 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, le otorgue algún efecto jurídico.

De esa manera, cuando el art. 10, inc. *b* de la LNPA prevé que, en ciertas circunstancias, el silencio de la Administración "tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento", cabe entender que se está frente a un "acto administrativo *ficto*"[244], en tanto por imperio legal se finge la existencia de un acto administrativo cuando, en rigor de verdad, no lo hay ni puede hablarse de una exteriorización directa o indirecta de la voluntad administrativa en forma tácita o presunta, pues sencillamente no hay voluntad que exteriorizar más allá de la del legislador al sancionar la norma.

c) Ahora bien, como fuera adelantado, con la nueva redacción del art. 10 de la LNPA, esto es, con las reformas introducidas por la Ley de Bases, se prevé, por un lado, que la regla general sigue siendo el "silencio negativo".

En tal sentido, el art. 10, inc. *a*, primer párrafo de la LNPA establece que cuando se tratare de pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto, el silencio o ambigüedad deben interpretarse como negativa, salvo disposición expresa que confiera al silencio sentido positivo.

Asimismo, se prevé que si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, aquel no podrá exceder de sesenta días, luego del cual se configura automáticamente el silencio de la Administración (art.

240 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo...*, op. cit., p. 237.

241 COMADIRA, Julio Pablo, "El silencio administrativo, con especial referencia al derecho salvadoreño", en AA.VV., *VI Congreso de Derecho Administrativo,* San Salvador, Corte Suprema de Justicia Departamento de Publicaciones, 2019, p. 201.

242 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 67.

243 COMADIRA, Julio Pablo, "El silencio administrativo...", op. cit., p. 199 y ss.

244 *Ídem*, p. 202.

10, inc. *a*, segundo párrafo). De ese modo, entonces, se advierte que actualmente la LNPA se orientó en las aguas del sistema del silencio "automático"[245].

Sin embargo, como fuera mencionado anteriormente, en la redacción actual de la LNPA se estableció expresamente que, en ciertos supuestos, el silencio tendrá efectos positivos.

En efecto, conforme surge del art. 10, inc. *b*, "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.

Este inciso 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.

Configurado el silencio en sentido positivo, el interesado podrá exigir la inscripción registral, emisión de certificado o autorización correspondiente en sede administrativa.

Las disposiciones previstas en el inciso *b*) de este artículo comenzarán a regir una vez aprobada la reglamentación correspondiente".

Finalmente, y en relación con el plexo normativo que regula el "silencio positivo" cabe tener presente que:

- el Decreto 695/2024, modificatorio del RLNPA aprobado por Decreto 1759/1972, reguló la implementación del silencio positivo y definió los procesos de autorización (cfr. arts. 65, 65 bis, 65 ter, 65 quáter, 65 quinqués);
- la Decisión Administrativa Nº 836/2024 definió las fechas de inicio para la aplicación del silencio positivo en la Administración central y descentralizada;
- mediante Decreto 971/2024 se establecieron los trámites sujetos al silencio positivo y las excepciones.

d) Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración que en determinadas ocasiones el silencio administrativo tendrá "a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento", si luego de configurado

245 El inc. *a* del art. 10 de la LNPA establece que: "El silencio o la ambigüedad de la Administración se regirá de conformidad con las siguientes normas: *a*) Cuando 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. 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".

el silencio positivo la Administración resolviera expresamente la cuestión en forma contraria al efecto producido como consecuencia del silencio positivo, serán de aplicación las reglas generales en materia de anulación de oficio y acción lesividad.

En otras palabras: una vez configurado el *silencio positivo* al que se refiere el art. 10 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, si la Administración resolviera que dicho *acto* –tal como lo llama la ley– no se ajusta al principio de juridicidad, deberá anularlo de oficio en sede administrativa o iniciar el proceso de lesividad, según corresponda[246].

Al analizar la cuestión, Gusman señaló que en la nueva redacción del art. 17 de la LNPA parecería no haber, en principio, límites a la potestad anulatoria de la Administración frente al silencio positivo, pues la norma "solo margina de la potestad revocatoria al acto '...una vez notificado...', condición que, de más parece decirlo, es de cumplimiento imposible ante el silencio administrativo positivo"[247].

La temática, como se ve, es ciertamente interesante y polémica por cuanto con la incorporación expresa del *silencio positivo*, los particulares podrán ser beneficiados con un *acto administrativo –ficto* en nuestra opinión– en el que, en rigor, estuvo ausente el control previo por parte de la Administración analizando, por ejemplo, si la solicitud se ajusta o no a derecho.

Por ello, en este punto, será de trascendental importancia estar atentos a la interpretación y el alcance que los operadores jurídicos, en especial los jueces, efectúen sobre la cuestión toda vez que, en definitiva, son ellos quien en nuestro sistema están llamados a decidir con fuerza de verdad legal todos los conflictos, entre ellos, los jurídico administrativos.

6.3. *Presupuestos de admisibilidad de la pretensión anulatoria del Estado*

Actualmente no existe a nivel nacional una norma específica que regule el proceso contencioso-administrativo.

En consecuencia, la jurisprudencia del fuero sostiene que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) "se aplica al

246 Sobre la cuestión se ha señalado que una vez configurado el silencio positivo "la Administración no puede resolver desconociendo la existencia del silencio positivo. Si considera que el silencio es ilegítimo lo que lleva a poner en marcha los remedios de revisión de actos ilegítimos en sede administrativa o judicial, según corresponda (art. 17 de la LNPA)" (CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *RDA* 2024-155, 273). Ver, también: COMADIRA, Julio Pablo, "El silencio administrativo...", op. cit., p. 211.

247 GUSMAN, Alfredo S., "La reciente reglamentación de la ley 19.549 por el decreto 695/24. Precariedad de los derechos obtenidos a partir del silencio positivo", *RDA* 2024-155, 35.

proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público"[248].

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la ausencia de una ley reguladora del proceso contencioso administrativo o código no importa la ausencia absoluta de normas relativas al proceso contencioso-administrativo.

Ello así no solo porque la jurisprudencia del fuero sostiene que el CPCC se aplica al proceso contencioso administrativo por vía de analogía con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia del derecho público sino, también, habida cuenta de que el título IV de la LNPA prevé las "condiciones de impugnabilidad" judicial de los actos provenientes de la Administración y el modo de agotar la instancia administrativa ante hechos u omisiones estatales fijando, a ese fin, los recaudos que condicionan la habilitación de la instancia judicial en las causas contencioso administrativas[249].

En ese sentido, cabe recordar que los coautores del texto original de la LNPA, al redactar el acápite I de la Exposición de Motivos que acompañó la sanción de la Ley 19.549, señalaron que la incorporación del Título IV "propio de lo contencioso-administrativo, tiene por objeto cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple aquella materia específica"[250].

248 CNCAF, Sala III, 04/11/2004, "Compañia Argentina de Seguros ANTA S.A. c/ A.F.I.P. -D.G.I.- s/D.G.I."; 26/06/2001, "Mackentor SACCIAIF"; 16/08/1990, "Avanzada, S. A. c. Gas del Estado"; 04/12/1986, "Bigdei-Or SA"; 21/02/1985, "Galligo, Gustavo"; 12/06/1984, "Bautista"; 03/05/1984, "Moresco". En similar sentido: CNCAF, Sala IV, 15/04/1998, "Santa Lucía Cristal S.A.C.I. y F. c/ Administración Nacional de Aduanas"; 14/08/1990, "Menzani, Carlos y otros c/ Osplad"; 30/03/1989, "De la Torre"; 25/09/1986, "Conafer"; Sala II, 20/10/2004, "Econor S.A. –inc. Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Diligencia preliminar", entre muchos otros.

249 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...,* op. cit., T. 2, p. 1356; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...,* op. cit., T. 1, p. 440.

250 En ese sentido, Carlos Young, uno de los coautores de la LNPA, en un trabajo posterior a la sanción de aquella norma, señaló que "la inexistencia de un ordenamiento que regulara en el orden nacional la función jurisdiccional de control de los actos o hechos de la administración pública, obligó a la Comisión a incursionar en esa materia, incluyendo normas sobre impugnación judicial de actos administrativos definitivos, por su estrecha vinculación con la materia de los recursos" (YOUNG, Carlos Alberto, "Antecedentes y bases históricas de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *RAP* 46:10).

Del mismo modo, Adalberto Cozzi, otro de los coautores de la LNPA, señaló que en aquella norma se insertó "forzadamente tópicos propios de lo contencioso-administrativo. La ausencia de un código sobre esta materia ha conducido, en cierta medida, a esa incorporación, pues debe quedar bien en claro cuándo y en qué plazos un acto administrativo –de alcance particular o de alcance general-puede ser impugnado judicialmente" (COZZI, Adalberto E., "El proyecto de ley nacional de procedimientos administrativos y su reglamentación", *Jus,* 1971, Nº 19, p. 163).

La habilitación de la instancia, de origen sustancialmente pretoriano[251], fue definida como "el juicio previo que realiza el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo respecto de la concurrencia de los presupuestos procesales especiales de admisibilidad de la acción"[252].

En el fuero contencioso administrativo, la habilitación de la instancia se erige como un *presupuesto procesal*, es decir, y tal como vimos en el punto 4.5.1., como un requisito de admisibilidad de la pretensión.

En ese orden de ideas, a efectos de que el particular pueda demandar al Estado por sus hechos, actos u omisiones, la LNPA establece que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, *b*) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

Sobre el tema, la CSJN ha señalado que "nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción, habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate"[253].

Como principio, la inobservancia de alguno de aquellos requisitos formales previos impide que el tribunal conozca y decida sobre la procedencia de la pretensión.

Ahora bien, así como se requiere la habilitación de la instancia judicial cuando el particular demanda el Estado, ¿es necesaria la habilitación de la instancia en la acción de lesividad?

En otras palabras, cuando el Estado persigue la nulidad judicial de un acto que no puede anular con efectos ejecutorios en sede administrativa, ¿debe agotar la vía administrativa e interponer la demanda de lesividad dentro de un plazo de caducidad determinado?

Tradicionalmente se ha señalado que tanto el agotamiento de la vía administrativa como los plazos breves de caducidad para accionar contra el Estado son, en rigor, dos de las prerrogativas procesales propias del régimen característico exorbitante del Derecho Administrativo.

Sin embargo, si entendemos que, como precisó Prosper Weil, el Derecho Administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el

251 GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971, p. 121/124.

252 COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...,* T. 2, p. 1356.

253 CSJN, 26/10/1993, "Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 316:2454.

poder y la libertad[254], es más que razonable sostener que el régimen jurídico exorbitante característico de aquella rama del derecho está sometido, también, a las diversas modulaciones que el interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad va sufriendo.

De esa manera, entonces, así como tradicionalmente la presunción de legitimidad del acto administrativo fue concebida únicamente como una prerrogativa sustancial de la administración pública y, luego, también como una *garantía* de los particulares[255], creemos que la habilitación de la instancia debe analizarse simultáneamente como *prerrogativa procesal* de la Administración Pública y como una *garantía procesal* de los administrados.

Por ello, como se verá a continuación, la admisibilidad de la pretensión de lesividad estará condicionada a la previa declaración de lesividad en sede administrativa (v.gr.: agotamiento de la vía).

Por otra parte, y en relación con el plazo de caducidad para interponer la demanda de lesividad, veremos que en el régimen jurídico nacional actual la acción de lesividad no está sujeta a plazos breves de caducidad, sino que está sometida a los plazos de prescripción que expresamente prevé la LNPA.

(i) El previo agotamiento de la vía administrativa: la "declaración de lesividad"

En el punto anterior hemos visto que ante un acto irregular, la Administración debe declarar y ejecutar la nulidad del acto, es decir, dictar un acto anulatorio con efectos ejecutorios.

Sin embargo, precisamos que si el dictado del acto administrativo anulatorio ejecutorio resultara jurídicamente inviable, por cuanto el acto ilegítimo hubiere devenido en estable, la Administración también debía declararlo nulo pero, a diferencia del supuesto anterior, el acto anulatorio carecería de ejecutoriedad propia, por cuanto debería acudir a la justicia para efectivizar (*ejecutar*) la pretensión anulatoria contenida en la declaración.

El acto administrativo anulatorio con efectos no ejecutorios al que nos referimos en el párrafo anterior es, precisamente, lo que en doctrina se denomina "declaración de lesividad".

Si bien la declaración de lesividad no está expresamente contemplada en la LNPA, creemos que aquella no solo surge en forma razonablemente implícita de la norma[256], sino que, además, es una consecuencia lógica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo.

254 WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo,* Madrid, Civitas, 1986, p. 51.

255 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 228 y ss.

256 Por ello, bien ha señalado la doctrina calificada en la materia, que la actuación de los órganos o entes administrativos puede surgir no sólo del texto expreso de la norma, sino también de los poderes razonablemente implícitos que deriven de ella y de la naturaleza o esencia del

Aquella no solo es la postura expuesta por la mayoría de la doctrina administrativista sino, también, el criterio seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN), la jurisprudencia del fuero, lo contemplado en diversas provincias (v.gr.: Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Mendoza, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Chaco, Tucumán) y países (España, Ecuador; El Salvador; Perú; Costa Rica; Cuba y Guatemala, entre otros).

Con la declaración de lesividad se garantiza que el órgano estatal, o el ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, acreditó debidamente la ilegitimidad o el vicio generador de la nulidad, lo que supone que luego de una meditada decisión, está formalmente convencido de que el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende lesiona el interés público.

Por ello, como diría Hutchinson[257], sería impropio que un abogado estatal, sin orden expresa, inicie por sí mismo una pretensión de nulidad de un acto administrativo de un órgano de un ente al que representa.

Más aún, y tal como se profundizará *infra,* los efectos jurídicos que la *declaración de lesividad* produce revisten una importancia tal que, a nuestro juicio, en ciertos casos podrían incidir directamente en las sentencias que hagan lugar a la pretensión de lesividad pues, como veremos, en algunas ocasiones aquellas deberían retrotraer sus efectos no al momento del dictado del acto declarado lesivo sino, antes bien, al momento en que la declaración de lesividad fue notificada al particular porque, en rigor, como se verá, los frutos percibidos por el administrado podrían ser considerados como percibidos de mala fe.

Es por ello que, en definitiva, la declaración de lesividad debe ser dictada por el órgano competente a través de un procedimiento en el que se respete, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y, por el otro, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la Constitución Nación.

Como se ve, entonces, la declaración de lesividad opera no sólo como una garantía a favor del administrado, sino, también, en beneficio de la Administración: en el primer caso, porque le permite al particular intervenir previo a su dictado para repeler la posible afectación de derechos subjetivos y, en el segundo, porque

---

órgano u ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz de la especialidad (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 27. Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Los criterios para delimitar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado", en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 31 y ss.

257 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo,* Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 640.

le garantiza que su posterior planteo judicial parte de una serena y documentada decisión sobre los intereses afectados[258].

Por ello, si la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la juridicidad, en tanto habilitación expresa, implícita o inherente, implica que ésta es concebida no sólo como un presupuesto de su accionar sino, también, como un *encargo* cuando ella tenga que producirse a favor de los destinatarios[259], cabe concluir que la previa declaración de lesividad de un acto administrativo ilegítimo estable constituye un *deber* de la Administración el que, además, como se dijo, se erige como presupuesto de admisibilidad de la demanda judicial de lesividad.

El agotamiento de la vía administrativa como garantía de los particulares

De lo expuesto en los párrafos que antecede se desprende que la previa declaración de lesividad constituye un presupuesto de admisibilidad de la demanda judicial (v.gr.: acción de lesividad), al igual que el agotamiento de la vía administrativa para los particulares.

Si entre los fundamentos que inspiran el instituto del agotamiento de la vía administrativa por parte del administrado se han señalado, entre otros, permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio y facilitar la tarea judicial al someter a su sede cuestiones delimitadas previamente, con intervención de órganos administrativos especializados[260], bien podría decirse que el dictado de la declaración de lesividad como requisito de admisión de la pretensión judicial de nulidad de la Administración responde a la misma idea.

En efecto, la declaración de lesividad, que, como dijimos, no es más que una consecuencia lógico-jurídica de los principios elementales que hacen al sistema jurídico administrativo y que está implícitamente contenida en la LNPA, permite que el particular pueda intervenir previamente a su dictado para repeler la posible afectación de derechos subjetivos, estableciéndose una etapa conciliatoria anterior a "un pleito contencioso-administrativo para defenderse (y abonar los honorarios de su Letrado)"[261].

Por otra parte, la declaración de lesividad facilitaría la eventual actuación judicial pues con aquella la Administración, en principio, habría acreditado debidamente la ilegitimidad o el vicio generador de la nulidad, lo que supone que

258 En igual sentido: COPPA, Sergio A., "La acción de lesividad", en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 508.

259 Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...,* T. 1, p. 99 y ss.

260 Ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* op. cit., T. I, p. 419 y ss.

261 PONCE ARIANES, Manuel, *La nueva regulación de la revisión de oficio,* Salamanca, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1995, p. 77.

luego de una meditada decisión está formalmente convencida de que el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende lesiona el interés público.

En consecuencia, junto con la demanda de lesividad el sujeto emisor del acto administrativo estable debería acompañar el acto declaratorio de lesividad y el expediente administrativo donde aquel fue dictado[262].

Por último, resta puntualizar que la ausencia de la declaración de lesividad o, en su caso, la existencia de algún vicio grave en alguno de sus elementos, hará que aquél no produzca los efectos buscados y, por tanto, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la pretensión procesal administrativa, de oficio o a pedido de parte, tal como lo sostuvo oportunamente González Arzac en su conocido voto en la causa "Wainstein"[263].

Naturaleza jurídica de la declaración de lesividad

a) De todo lo hasta aquí señalado surge que ante un acto administrativo irregular estable la Administración si bien debe declarar la nulidad de aquel acto, lo cierto es que no puede ejecutarla por sí y ante sí, sino que, precisamente, debe acudir a la justicia para efectivizar o *ejecutar* la pretensión anulatoria a través de la acción de lesividad.

Es decir, ante un acto administrativo de nulidad absoluta que devino en estable, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio no ejecutorio

262 MIOLANO, José Luis, "Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, pp. 382/383; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., *Acción de lesividad en Tucumán y Nación,* RAP 336:309; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo...,* ob. cit., T. III, p. 654; DIEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo),* con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, p. 305; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El proceso de lesividad", *Revista de Administración Pública*, Nº 25, Madrid, 1958, pp. 136/137; GUAITA, Aurelio, *El Proceso administrativo de lesividad,* Barcelona, Bosch, 1953, pp. 151/152; MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano", en A.A.V.V., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica,* San Juan, Puerto Rico, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015. T. 2, p. 734.

Así lo prevén, también, diversos ordenamientos jurídicos provinciales (v.gr.: Neuquén, art. 36 del Código Procesal Administrativo; Tucumán, art. 29 del Código Procesal Administrativo) e internacionales (v.gr.: España –art. 45.4. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, El Salvador –art. 94 de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–).

DROMI, por su parte, ha señalado que "la falta del expediente, existiendo el acuerdo o acto administrativo de declaración de lesividad, no puede producir la inadmisibilidad del proceso, pero de todos modos es conveniente a los efectos probatorios adjuntar dichas constancias para viabilizar la procedencia de la pretensión procesal de anulación" (DROMI, Manuel María, "Acción de lesividad", *Revista de la Administración Pública*, Nº 88, Madrid, 1979, p. 222).

263 CNCAF, Sala 3º, 11/05/1989, "Wainstein, Mario c. Universidad de Buenos Aires", LL 1989-D, 481, consid. IV.

y, posteriormente, acudir a la justicia para efectivizar aquella nulidad mediante el proceso de lesividad.

El acto administrativo anulatorio con efectos no ejecutorios al que nos referimos en el párrafo anterior es, precisamente, lo que en doctrina se denomina "declaración de lesividad".

b) En modo alguno pretendemos en esta oportunidad analizar cuáles han sido las distintas posturas expuestas en relación con la naturaleza jurídica que cabe atribuir a la declaración[264].

Por ello, aquí solo diremos que así como existen autores que sostienen que se trata de un verdadero acto administrativo, otros entienden que no cabe asignarle aquella naturaleza.

c) Por nuestra parte, ya antes de ahora hemos sostenido que la declaración de lesividad es un *acto administrativo impropio.*

- *acto administrativo* en tanto la declaración de lesividad importa una exteriorización intelectiva que se traduce en una *declaración* de invalidez cuyo objeto consiste en declarar la nulidad del acto administrativo estable, aunque aquélla no tiene efectos ejecutorios –o, lo que es lo mismo, en este último sentido, la declaración de nulidad estará dotada de ejecutoriedad impropia–, pues se debe acudir a la justicia para ejecutarlo.
- *impropio* por cuanto, a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos, el objeto de la declaración, es decir, la nulidad, al no concretarse, no produce efectos jurídicos *directos* respecto de terceros sino, antes bien, *indirectos* pues, en definitiva, la declaración de lesividad produce una *fecha de corte en la buena fe* del administrado quien, desde que es notificado de la declaración de lesividad, ya no podrá afirmar el desconocimiento del vicio.

d) Finalmente, cabe destacar que diversos Tribunales Superiores provinciales[265] han adherido a nuestra tesis que propone concebir a la declaración de lesividad como un acto administrativo impropio, con todas las consecuencias que de ello se derivan y que fueron abordadas en nuestra obra de *La acción de lesividad.*

(ii) ¿Existe plazo de caducidad y/o de prescripción para iniciar la acción de lesividad?

Hemos visto que la habilitación de la instancia judicial y, por consiguiente, la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, exige la ocurrencia de dos requisitos: a) agotamiento de la vía administrativa y, b) interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley.

264 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* ob. cit., p. 146 y ss.

265 CJ Catamarca, 22/11/2019, "Quipildor, Cirilo Justo c/Municipalidad de Antofagasta de la Sierra"; STJ Córdoba, 27/04/2023, "Barraza, Miguel Ángel c/ Municipalidad de Concepción del Bermejo s/ Acción de Amparo"; entre otros.

En ese orden, sostuvimos que la declaración de lesividad del acto administrativo estable se erige como un presupuesto de admisibilidad de la pretensión de lesividad (v. gr.: agotamiento de la vía administrativa).

Ahora bien, a nivel nacional, ¿existe algún plazo de caducidad para instar la acción de lesividad?

En relación con la cuestión, cabe señalar que así como en algunos ordenamientos jurídicos provinciales e internacionales se ha establecido que el plazo para interponer la demanda de lesividad se computa desde la emisión del acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende obtener (v.gr.: en Argentina: Formosa, Córdoba y, en el exterior, Perú), y otros prevén que dicho plazo comienza a correr desde la declaración de lesividad (v.gr.: en Argentina: Tierra del Fuego, Santa Cruz, Chaco, Misiones y, en el derecho comparado, Costa Rica, México y el proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Tributaria de Bolivia), existen aquellos que han previsto no sólo un plazo para ejercer la acción judicial sino, también, para emitir dicha declaración (v.gr.: España, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Cuba).

Sin embargo, como se verá a continuación, a nivel nacional la cuestión es diferente.

La cuestión antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA

Antes de la entrada en vigencia de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, el art. 27 de aquella norma establecía que "no habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción"[266].

De ese modo, en el régimen jurídico nacional antes vigente, y a diferencia de lo previsto por algunos jurídicos provinciales (ej.: Misiones[267]), la acción de lesividad no estaba sometida a plazos de caducidad sino, antes bien, a los que correspondan en materia de prescripción.

Así, pues, el plazo para interponer la demanda de lesividad era el que correspondía en materia de prescripción: dos años para los actos anulables, e inexistencia de un plazo para los actos nulos de nulidad absoluta, esto es, los irregulares[268].

266 Igual solución estaba prevista en el art. 49 del Anteproyecto de Código Contencioso Administrativo de la Nación de 1968 y en el art. 16 del Anteproyecto de Código en lo Contencioso Administrativo de 1974/1975.

267 Cfr. art. 24 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

268 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* ob. cit., T. I, p. 287; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 180; LUQUI, Roberto E., "La revocación de los actos administrativos por razones de ilegalidad", *LL* 2011-F, 907.

Fiorini señalaba que "al acto irregular que vulnera bienes que corresponden a la colectividad, sea por su naturaleza, por su destino, por razones accidentales, por razones del sujeto que dispone

Por nuestra parte, habíamos señalado que los plazos con que contaba el Estado o sus entes autárquicos para demandar la nulidad de sus actos debía computarse de la siguiente manera:

a) frente a los actos nulos de nulidad absoluta, por aplicación analógica del art. 387 del CCCN, no están sujetos a plazo alguno para ser declarados lesivos y, a su vez, el ejercicio de la acción de lesividad tendiente a obtener la nulidad judicial de aquellos es imprescriptible;

b) si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, procedería aplicar los plazos de prescripción previstos en el CCCN, esto es, según reza el art. 2562, dos (2) años computados desde que se tuviera por notificada la declaración de lesividad la que, además, deberá efectuarse dentro de los dos (2) años de emitido el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

La situación en el régimen jurídico actual de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases

Con las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA la cuestión aquí analizada ha sido fuertemente modificada.

En efecto, conforme surge del art. 27 de la LNPA, "La acción de nulidad promovida por el Estado o sus entes autárquicos no estará sujeta a los plazos previstos en los artículos anteriores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción conforme lo establecido en el artículo 22 precedente".

A su turno, el art. 22 de la LNPA prevé que: "El plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto".

En otras palabras, entonces, actualmente se puede afirmar que en el marco de la LNPA según el texto de la Ley de Bases,

a) frente a un acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular), la Administración tiene diez (10) años desde su dictado para sustanciar el procedimiento administrativo que culmina con la *declaración de lesividad* e iniciar el proceso de lesividad, pues luego de aquel término la acción de lesividad prescribe;

b) si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, el plazo de prescripción para declarar lesivo e iniciar el proceso de lesividad es de dos (2) años desde que se emitió el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

---

sobre ellas [...] no podrá aplicársele la prescripción" (FIORINI, Bartolomé *Derecho Administrativo,* 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, T. I, p. 590).

En igual sentido, la PTN ha sostenido que la acción para que el Estado impugne judicialmente un acto nulo de nulidad absoluta es imprescriptible (Dictámenes 167:169; 205:128; 206:228, entre otros).

Nuestra postura

a) Desde nuestro punto de vista, creemos que la actual regulación en materia de plazos para que el Estado interponga la demanda de lesividad traduce una equivocada política jurídica en la materia, pues no refleja correctamente las exigencias involucradas en el ejercicio de la función administrativa de un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien en el caso del acto administrativo anulable, entendemos que el plazo de dos años tanto para declarar lesivo el acto estable como para instar la acción desde que aquella fue dictada resulta razonable, es decir, resiste el test de razonabilidad o proporcionalidad[269] en sus tres dimensiones o subprincipios: adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto[270], lo cierto es que el plazo de prescripción previsto para el acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular) resulta cuestionable.

En tal sentido, antes de ahora[271], es decir, en el régimen anterior de la LNPA en donde, como vimos, por aplicación analógica del CCCN no existía plazo de prescripción para las nulidades absolutas[272], sostuvimos que la inexistencia de un plazo para declarar lesivo el acto y la imprescriptibilidad de la acción respondía a las exigencias axiológicas que derivan de la nulidad absoluta, cuya declaración en sede administrativa o, en su caso, su demanda judicial, se erige para la Administración en un deber inexcusable[273].

269 De esa manera, y siguiendo las enseñanzas de Coviello, si bien en el derecho europeo estos principios han sido diferenciados, en el ordenamiento jurídico argentino la diferencia entre uno y otro es inexistente, intrascendente e innecesaria, habida cuenta de que "la proporcionalidad es uno de los componentes del concepto de razonabilidad" (COVIELLO, Pedro, "El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Perú* (Derecho-PUCP), Lima, 2011, Nº 67).

En relación con la razonabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que aquella "implica un juicio de valor" y "una conformidad con los principios del sentido común", "siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario" (Opinión Consultiva OC 13/1993 del 16/07/1993, párrafo 33).

270 Ampliar en: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 91/92. Ver, también, CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 82 y ss.

271 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* ob. cit., p. 224 y ss.

272 Conforme surge del art. 387 del CCCN, "La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. *No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción*" (énfasis agregado).

273 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...,* ob. cit., T. I, p. 642; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...,* ob. cit., T. II, p. 650; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. 2, p. 666; GOANE, René E.,

¿Es justo que si en el ámbito de las relaciones privadas las nulidades absolutas son imprescriptibles, en el derecho administrativo, donde el interés comprometido excede el interés de las partes, pues se vela por el *interés público,* aquellas estén sujetas a un plazo de prescripción? ¿cuál podría ser la causa jurídica suficiente para sostener que un acto administrativo irregular, por el simple paso del tiempo, permanezca en el ordenamiento jurídico?

Por ello, a nuestro modo de ver, si en el ámbito del derecho privado la nulidad absoluta es imprescriptible, en el derecho administrativo, en donde el interés público es la sangre que corre por las arterias la función administrativa –lo que supone, como elemento necesariamente constitutivo de su noción, la plena vigencia del principio de juridicidad–, la nulidad absoluta debe, con mayor razón, ser imprescriptible.

Es que, en definitiva, y siguiendo el ejemplo dado al comienzo, no parece adecuado pretender que el Estado, habiéndose percatado que dictó un acto nulo, deba, por el simple transcurso del tiempo, mantenerse inerte y continuar abonando una suma de dinero sabiendo que no corresponde hasta tanto una situación de hecho lo impida pues, en rigor, aquello no sólo genera un perjuicio al erario público sino, también, al interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad.

b) De todos modos, cabe tener en cuenta que una de las características principales de la prescripción es que el Juez no puede declararla de oficio[274] y que, por tanto, es renunciable por las partes[275].

"El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo constitucional y legal de la provincia de Tucumán", en GARCÍA PULLÉS, *El contencioso administrativo en la Argentina (análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires),* T. I, pp. 410/411.

Fiorini señalaba que "al acto irregular que vulnera bienes que corresponden a la colectividad, sea por su naturaleza, por su destino, por razones accidentales, por razones del sujeto que dispone sobre ellas [...] no podrá aplicársele la prescripción" (FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo...,* ob. cit., T. I, p. 590).

La PTN ha sostenido que la acción para que el Estado impugne judicialmente un acto nulo de nulidad absoluta es imprescriptible (Dictámenes 167:169; 205:128; 206:228, entre otros).

274 Conforme surge del art. 2552 del CCCN, idéntico al art. 3964 del antiguo Código Civil de la Nación, "el juez no puede declarar de oficio la prescripción".

Así, Llambías ha señalado que la prescripción no opera sino a *instancia* del deudor que es el único arbitro de decidir si quiere acogerse a los beneficios que ella le confiere y que, por tanto, el juez no puede declararla de oficio (LLAMBÍAS, Jorge, J., - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones,* 11ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 507)

275 Cfr. art. 2535 del CCCN. Enseña Llambías que la renuncia a la prescripción "significa que es viable la renuncia al derecho de oponer una prescripción ya cumplida que ha transformado la obligación civil en meramente natural: sería una liberalidad que realizaría el deudor desprendiéndose del derecho de alegar la prescripción" (LLAMBÍAS, Jorge, J., - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...,* ob. cit., p. 529).

Por ello, e independientemente del texto de la LNPA, entendemos que el Estado, aun cuando aquélla hubiera operado, no está impedido de interponer la demanda de lesividad pues, en definitiva, si quien resultara beneficiado por ella no la opusiere al momento de contestar la demanda[276], habrá de considerarse que aquél renunció tácitamente a su articulación.

Es que, en rigor, la prescripción es una defensa del demandado y no un impedimento para accionar.

En ese orden de ideas, y en lo que al ejercicio mismo de la acción de lesividad concierne, la PTN ha manifestado que la circunstancia de que haya transcurrido el plazo de prescripción correspondiente para iniciar la acción judicial no exime, por vía de principio, el deber de los órganos competentes del Estado de iniciar la acción judicial pertinente, ya que "...aún en los casos en que la prescripción se hubiera cumplido, esta es una defensa que puede o no oponer, a su arbitrio, quien resulta beneficiario de la misma. La Administración no debe aceptarla por sí, renunciando de hecho al crédito que tiene a su favor. Corresponde al Poder Judicial considerarla en el supuesto de que sea esgrimida por el deudor en juicio..."[277].

6.4. *Sujeto actor*

a) En los párrafos anteriores hemos conceptualizado a la acción de lesividad como 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.

De esa manera, entonces, se desprende que la acción de lesividad es una acción instituida a favor de los órganos estatales y los entes no estatales (públicos o privados), en ejercicio de función administrativa.

Ello así pues, como destacáramos en otra ocasión[278], tanto en la doctrina como en la jurisprudencia parece prevalecer el criterio que considera que todos los órganos del Estado (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), en la medida en que ejerzan función administrativa, dictan actos administrativos.

Por otra parte, de la definición propuesta se colige que también podrán ser sujetos activos en el proceso de lesividad los entes no estatales en el ejercicio de la función administrativa toda vez que, desde nuestro punto de vista, y tal

276 En efecto, conforme surge del art. 2553 del CCCN, "la prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución".

277 Dictámenes: 67:164, 72:161, citados por (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...*, ob. cit., p. 194, nota 776.

278 COMADIRA, Fernando Gabriel, "Apuntes sobre la función administrativa...", op. cit.

como dijéramos al estudiar en profundidad la cuestión[279], los actos dictados por aquéllos, en la medida que sean producto de la función administrativa, han de ser considerados, al menos genéricamente, actos administrativos.

Por consiguiente, cabe concluir, entonces, que el Estado nacional, las entidades descentralizadas, y las personas públicas no estatales o privadas en ejercicio de la función administrativa, estarán legitimados para demandar judicialmente la nulidad de un acto administrativo estable –sea que esté afectado por una nulidad absoluta o una nulidad relativa– si, como vimos, ha mediado previa declaración administrativa de lesividad por razones de ilegitimidad.

b) En ese orden de ideas, resulta insoslayable señalar que el art. 1º de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, expresamente establece que cualquier órgano del Estado y, a su vez, los entes no estatales (públicos o privados) podrán ejercer función administrativa, motivo por el cual, entonces, queda claro que aquellos sujetos, cuando corresponda, deberán iniciar el proceso de lesividad.

En efecto, según surge de la norma citada, expresamente se establece 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;

(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

279 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* ob. cit., p. 28 y ss.

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" (énfasis agregado)[280].

6.5. *Fuero competente*

En este punto, debemos tener en consideración que si la competencia del fuero contencioso administrativo no se define por la intervención del Estado en juicio ni por cuestionarse un acto administrativo, sino que lo que verdaderamente interesa es que la cuestión estuviera regida, *prima facie,* de modo preponderante por el derecho administrativo, cabe concluir que las causas que se originen en una acción de lesividad, al ser un instituto propio del derecho administrativo, deben tramitar, necesariamente, ante dicho fuero.

Por ello, como dijimos en otra ocasión[281], el principal efecto de la acción de lesividad es la paralización de la justicia con competencia en lo contencioso administrativo para juzgar de las cuestiones que de ella se deriven.

Así lo han entendido, además, aquéllos códigos contenciosos administrativos provinciales que regulan la acción de lesividad pues, en definitiva, han

280 Independientemente de nuestra opinión acerca de la aplicación de la LNPA al Poder Judicial, la que fue analizada en la obra *La Acción de lesividad,* cabe tener en cuenta que el 04/11/2024 la CSJN dictó la Acordada 34/2024 en la que hizo "saber que esta Corte comparte el criterio de actualización y modernización de las normas que rigen los procedimientos administrativos" (art. 1º), ratificó y mantuvo la "vigencia del Reglamento para la Justicia Nacional y de todos los procedimientos especiales existentes en el Poder Judicial de la Nación, precisando que la Ley 19.549, con sus modificaciones, sólo será aplicable al ejercicio de la superintendencia de esta Corte y de los restantes tribunales del Poder Judicial de la Nación, cuando los procedimientos lo establezcan de manera expresa y en la medida y carácter que dicha remisión disponga" (art. 2º), estableció que "esta Corte llevará adelante una paulatina adaptación de los regímenes especiales, dictando las medidas adecuadas a este Poder del Estado que permitan una ordenada aplicación de las disposiciones y principios de la Ley 19.549 (texto actualizado conforme la Ley 27.742)" (art. 3º) y ordenó "que la Secretaría de Desarrollo Institucional, con la intervención que pueda requerir de la Secretaría Jurídica General y de la Secretaría General de Administración, revise el Reglamento para la Justicia Nacional y los regímenes especiales y eleve al Tribunal una propuesta con las modificaciones que correspondería realizar para la paulatina adaptación dispuesta en el punto 3 anterior" (art. 4º).

281 Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad...,* ob. cit., p. 70 y ss.

atribuido competencia a sus tribunales locales (v.gr.: Mendoza[282], Corrientes[283], Ciudad Autónoma de Buenos Aires[284], Catamarca[285]).

6.6. *Sentencia: la cuestión en la doctrina, la jurisprudencia y en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases*

Otro aspecto procesal a analizar es aquel que se vincula con los efectos que cabe atribuir a la sentencia que se dicta en el marco de la acción de lesividad.

Así, y continuando con el ejemplo abstracto que hemos propuesto al comienzo de este trabajo, si el juez interviniente en el proceso de lesividad hiciere lugar a la pretensión de nulidad de la Administración, ¿los efectos de la sentencia serán hacia el futuro o tendrá efectos retroactivos? ¿debe el particular devolver la totalidad de los haberes percibidos desde que se le confirió el plus hasta que se declare la nulidad judicial?

Como se ve, al concluir el proceso contencioso administrativo, el juez deberá analizar si en virtud de los hechos alegados y probados por las partes, el acto administrativo estable cuya nulidad judicial fue requerida debe ser eliminado o no del mundo jurídico.

Ciertamente, y al igual que lo que sucede en las sentencias que se dictan en las acciones de ilegitimidad, el pronunciamiento que recaiga en la acción de

282 Cfr. art. 3º del Código Procesal Administrativo de Mendoza: "Corresponde igualmente a la competencia de la Suprema Corte, el conocimiento y decisión en las acciones de lesividad interpuestas contra los actos irrevocables administrativamente cuando el órgano competente previamente los declare lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad".

283 Cfr. art. 6º y sigs. del Código de Procedimientos en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes.

284 Cfr. art. 2º del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "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. La competencia contencioso-administrativa y tributaria es de orden público".

285 Conforme surge del art. 204 de la Constitución de la Provincia de Catamarca, "la Corte de Justicia decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso administrativas". Al respecto, cabe destacar que según reza el art. 39 de la citada Constitución, "todos los habitantes tienen derecho a utilizar un procedimiento judicial efectivo (...) si el mismo no estuviera instituido o reglamentado, los jueces arbitrarán las normas necesarias para ponerlo en movimiento y resolver sin dilación alguna". Así, y concretamente en lo que al fuero competente en la acción de lesividad respecta, la Corte de Justicia de Catamarca ha señalado que "la acción de lesividad al no tener reglamentación específica, requiere que al articularse, se apliquen las disposiciones necesarias para asegurar que su tramitación no cercene el derecho de igualdad de las partes, de conformidad con lo normado por el art. 39 de la Constitución Provincial, correspondiendo aplicar a tal fin por vía analógica, las normas que reglamentan el recurso de plena jurisdicción" (Corte de Justicia de Catamarca, 18/09/2002, "Municipalidad del Departamento Santa Rosa c. Varela, Guillermo Moisés s/ Declaración de Ilegitimidad y Anulación").

lesividad no puede modificar el acto impugnado, debiéndose limitar, en consecuencia, a declarar la nulidad del acto impugnado o, en su caso, a rechazar la acción, confirmando la validez de aquél[286].

En efecto, aceptar que el órgano jurisdiccional competente pueda modificar el acto administrativo importa, en nuestra opinión, una clara violación del principio constitucional de división de poderes (división de funciones) pues, en definitiva, con dicha actuación la Justicia estaría asumiendo una función valorativa que no le es propia[287] y, como ha dicho la Corte, "no corresponde a los jueces en el ejercicio regular de sus funciones sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias"[288].

Si la sentencia desestima la acción de lesividad, la validez del acto administrativo quedará judicialmente confirmada, lo que "impedirá una ulterior declaración de lesividad sobre el mismo acto administrativo"[289].

286 ZUNINO, Ángel, "La acción de lesividad", *LLC* 2005, 367; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., "Acción de lesividad en Tucumán y Nación", *RAP* 336:309, especialmente p. 324.

Así, se ha señalado que "en nuestro sistema jurídico-político, los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración en materias que son de su competencia exclusiva (...) de no ser así, los jueces se convertirían en administradores" (LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial...,* ob. cit. T. 2, p. 397).

287 Como se ve, la viabilidad jurídica de aceptar que un juez pueda o no modificar el acto administrativo impugnado, guarda estrecha relación con la discusión doctrinaria y jurisprudencial generada en torno a la actividad discrecional de la Administración Pública, su control judicial y las facultades del Juez en su control: ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, p. 493 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...,* T. 1, p. 99 y ss., especialmente p. 116.

288 CSJN, 05/03/2003, "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", Fallos: 326:417; CSJN, 27/12/1996, "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad", Fallos: 319:3241; CSJN, 02/12/1993, "Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", Fallos: 316:2624; CSJN, 06/10/1992, "Construcciones Taddía SA. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro", Fallos: 315:2217; CSJN, 13/03/1990, "Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución", Fallos: 313:228; CSJN, 15/12/1987, "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/ N.C.R. Argentina S.A.I.C", Fallos: 310:2709; CSJN, 27/01/1987, "Baricalla de Cisilotto, María del Carmen c. Gobierno nacional -Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos: 310:112, entre otros.

289 HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo,* Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 657; LLOBREGAT, José Garberí, "El proceso de lesividad", en AA.VV., *Derecho Procesal Administrativo,* SENDRA, Vicente Gimeno - CATENA, Víctor Moreno - LLOBREGAT, José Garberí - GONZÁLEZ - CUÉLLAR, Serrano Nicolás, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 742 y ss., entre otros.

Por consiguiente, si un interés público de mayor grado exigiera un sacrificio especial[290] de las relaciones jurídicas amparadas por los efectos del acto administrativo que fue objeto de la acción, "a la Administración no le quedaría otro camino que el de la expropiación forzosa de los derechos que en aquél tuvieron origen"[291].

Ahora bien, si el juez estimara procedente la pretensión esgrimida en la acción de lesividad, esto es, si el órgano jurisdiccional declarara la nulidad del acto administrativo estable, los efectos jurídico-procesales de dicha sentencia deberían ser los mismos que los que se atribuyen a la extinción de un acto administrativo en sede administrativa por razones de ilegitimidad pues, como destaca ARGARAÑAS, citando a Hauriou, "la anulación por el tribunal de lo contencioso produce, en principio, los mismos efectos que la revocación del acto"[292].

Al respecto, resulta insoslayable destacar que si bien en el texto de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de nulidad de un acto administrativo están expresamente contempladas en la LNPA, lo cierto es que durante la vigencia del texto anterior de la LNPA, ante la ausencia de una regulación específica la doctrina mayoritaria y la propia CSJN desde el célebre caso "Ganadera Los Lagos

290 Se estaría, entonces, ante un típico supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar lícito o legítimo pues, en definitiva, el sacrificio especial opera como el verdadero factor de atribución gravitante en el caso (ampliar en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...,* ob. cit., p. 357 y ss.; también en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...,* T. 2, p. 1523 y 1581). Actualmente, la Responsabilidad del Estado está regulada en la Ley 26.944, cuyo art. 4º establece que los requisitos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad del Estado por su actividad legítima son: "a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

291 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo,* 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992*,* p. 489; CASSINELLO AUBAN, Emilio, "El proceso de lesividad", *El Foro*, México D.F., Órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, Vol. 1964-44, p. 85; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo,* Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2009, T. III, p. 656.

292 ARGARAÑÁS, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo,* Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina, 1955, p. 441.

S.A."[293], habían aplicado analógicamente[294] el régimen de invalidez contemplado en el Código Civil para los actos jurídicos[295].

Los alcances atribuibles a la declaración de nulidad de un acto administrativo es una cuestión que ha dividido a la doctrina pues, como veremos, los efectos varían según se trate de un acto nulo o anulable[296].

(i) La opinión de la doctrina

Aunque refiriéndose a los efectos de la nulidad declarada en sede administrativa, algunos autores distinguían los efectos de la anulación según el acto administrativo fuera nulo o anulable, en cuyo caso la nulidad tendría efectos *ex tunc* o *ex nunc* respectivamente (v.gr.: Marienhoff[297], Escola[298], Gordillo[299], Hutchinson[300], Berçaitz[301] y Veramendi[302], entre otros).

Asimismo, mientras un sector de la doctrina propone que, aún con intervención judicial, la anulación sólo puede disponerse para el futuro (GUSMAN[303]),

293 CSJN, 30/06/1941, "Ganadera ¨Los Lagos¨ S.A. c/ Nación Argentina", Fallos: 190:142. En igual sentido se expidió años más tarde en: CSJN, 18/08/1987, "Sosa de Basso, María Angélica y Basso María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín", Fallos: 310:1578.

294 Sobre la implicancia de la analogía en el derecho, ver: COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* ob. cit., p. 14/15, nota Nº 32.

295 Conforme surge del art. 390 del nuevo CCCN, "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto". (idéntica solución establecía el art. 1050 del antiguo Código Civil de la Nación).

296 Como bien apuntara Barra, no hay "norma en la ley de procedimientos administrativos que permita otorgarle efectos retroactivos a la revocación por nulidad absoluta de un acto administrativo, sino, sólo construcciones doctrinarias" (BARRA, Rodolfo C., "La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración*", ED* 108:586).

297 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...,* ob. cit., T. II, pp. 644/645.

298 ESCOLA, Jorge, *Tratado General del procedimiento administrativo,* op. cit., p. 108/109; *Compendio de derecho administrativo,* Buenos Aries, Depalma, 1984, T. 1.p. 535.

299 GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* ob. cit., T. 3, Cap. XI-34/35.

300 HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...,* ob. cit., p. 131.

301 BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 530.

302 VERAMENDI, Enrique V., "La irretroactividad del acto administrativo", en AA.VV. *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 353 y ss., especialmente p. 362. Cabe aclarar, no obstante, que el propio autor señala que dicha regla "debe ser analizada a la luz de las específicas circunstancias que se presenten en cada caso".

303 GUSMAN, Alfredo S., "Efectos ex nunc y ex tunc de las nulidades administrativas", en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, p. 719 y ss.

otros entienden que la declaración de nulidad de un acto administrativo (sea absoluta o relativa) opera, en principio, retroactivamente, es decir, con efectos *ex tunc* (Comadira[304], Cassagne[305], Diez[306] y Miolano[307], entre otros)[308].

La retroactividad que *en principio* cabe atribuir a la declaración de invalidez de un acto administrativo es una consecuencia lógica, pues, como enseña Comadira, "a una causa originaria deben, en principio, corresponder efectos también iniciales".

Destacamos y enfatizamos que la declaración de invalidez de un acto administrativo opera retroactivamente *en principio* toda vez que, para aquellos autores, dichas consecuencias podrían atemperarse.

En efecto, Comadira enseña que si bien la anulación *ex tunc* sería la consecuencia de la lógica jurídica, en los casos de nulidad relativa "requiere ser corregida en situaciones como las que suelen presentar estos actos, por exigencias de la seguridad jurídica"[309].

Cassagne, a quien sigue Miolano[310] y Benigno Ildarraz[311], sin distinguir entre nulidad absoluta y relativa, sostiene que excepcionalmente la invalidez carecerá de efectos retroactivos "a) cuando el administrado o la Administración Pública hubieren ejecutado el acto sin conocer la existencia del vicio; b) el vicio o defecto no le fuera imputable total o parcialmente a quien se perjudica con la nulidad" y, agrega el autor, "la Administración puede renunciar –por razones de orden o

304 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* ob. cit., p 84.

305 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...,* ob. cit., T. 2, p. 679.

306 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2º Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, T. II, p. 299.

307 MIOLANO, "Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, especialmente p. 384 y ss.

308 La PTN, por su parte, ha señalado que "la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad, en el supuesto de tratarse de un acto nulo de nulidad absoluta e insanable, produce efectos "ex tunc", es decir, que éstos se retrotraen, en principio y dado el carácter del vicio, a la fecha del dictado del acto irregular". (Dictámenes 258:252; 221:97; 217:255; 215:189; entre muchos otros)

309 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* ob. cit., p 83. Como señala COMADIRA al analizar la retroactividad contemplada en el art. 13 de la LNPA, en la revocación del acto anulable de nulidad relativa "la gravedad afectante del elemento esencial del acto no excluye la existencia de aquél y que, por ende, no cabe, en principio, considerar configurada una transgresión del ordenamiento comprometedora del interés público, es posible aceptar que se asigne a la revocación efectos *ex nunc*". (*Ib. Ídem*., p. 181).

310 MIOLANO, "Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, Buenos Aires, Ediciones Dike, 2003, especialmente p. 384.

311 ILDARRAZ, Benigno, "El proceso de lesividad", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, T. 2, p. 614.

interés público– a la aplicación retroactiva de la invalidez ya que no existe norma o principio que se oponga a dicha posibilidad" [312].

Como se ve, la solución propuesta por los autores citados pareciera encontrar su origen en la tesis propuesta por Forsthoff, quien ha precisado que "normalmente, la revocación extingue el acto administrativo ex nunc, pues se protege la confianza del destinatario en la duración del acto. Ahora bien, esta protección no se otorga al que provocó el acto aplicando medios ilícitos. Por eso en tales casos, el acto puede ser revocado con efecto *ex tunc*" [313].

Al referirse concretamente a los efectos de la sentencia dictada en una acción de lesividad, Zunino también precisó que los efectos del acto deben retrotraerse, en principio, al momento en que se dictó el acto que se invalida, "no obstante lo cual es preciso indagar acerca de si ha existido un obrar doloso o de mala fe por parte del beneficiario del acto anulado, ya que de no existir tal elemento subjetivo, a nuestro criterio no resulta factible retrotraer las cosas al momento del dictado del acto extinguido" [314].

(ii) La cuestión en la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases

Pues bien, conforme surge del art. 14 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases, "la sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

La regulación transcripta resulta concordante con lo dispuesto en la última parte del primer párrafo del art. 17, según el cual "la sentencia que anule el acto tendrá el efecto previsto en el artículo 14, último párrafo".

Asimismo, el art. 15 del texto vigente de la LNPA prevé que: "La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo".

(iii) Nuestra postura: la retroactividad atenuada y su recepción por la LNPA y la jurisprudencia

a) Por nuestra parte antes de ahora hemos señalado que el principio general que debe seguirse es aquel en virtud del cual se establece que los efectos de la

312 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...,* ob. cit. T. 2, pp. 679/680. En similar sentido: POZO GOWLAND, Héctor, "Análisis y comentarios al art. 17 de la LNPA", en AA.VV. *Procedimiento Administrativo,* POZO GOWLAND, Héctor M. - HALPERÍN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2012, T. II, p. 453.; BARRA, Rodolfo C., "La nulidad del acto...", ob. cit.

313 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo,* Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1958, p. 361.

314 ZUNINO, Ángel, "La acción de lesividad", *LLC* 2005, 367.

declaración de invalidez deben ser retroactivos a la fecha de emisión del acto viciado.

Sin embargo, y teniendo en consideración que el derecho administrativo protege intereses y valores diferentes que los salvaguardados por las normas de derecho privado, el efecto retroactivo de la invalidez de un acto administrativo no debería ser, como lo es en el Derecho Civil para los actos jurídicos[315], una regla fija y absoluta, sino que, como enseña Fiorini, "son las situaciones jurídicas las que deberán apreciarse midiendo los perjuicios que sufre el interés público o el interés de los particulares"[316].

Por ello sostuvimos que aquel principio podía atenuarse cuando estuviere comprobado que el particular beneficiario del acto declarado inválido había obrado de buena fe (es decir, cuando desconocía la existencia del vicio) y el vicio o defecto no le era total o parcialmente imputable a aquél[317].

Como se ve, el verdadero desafío estaba, y continuando estándolo, en determinar hasta qué punto puede fehacientemente afirmarse que el particular beneficiado por un acto administrativo ilegítimo ha obrado de buena fe[318].

315 Cabe recordar que, como ya se dijo, el art. 390 del CCCN prevé que: "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido..." (idéntica solución establecía el art. 1050 del antiguo Código Civil de la Nación).

316 FIORINI, Bartolomé, *Teoría jurídica del acto administrativo,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 269. En ese orden de ideas, se ha señalado que la adjudicación automática de efectos retroactivos a los actos que sustituyen a otros revocados por razones de ilegitimidad, "sin tener a la vista las circunstancias del caso, puede entrar en conflicto con otros principios dignos de atención (como la buena fe o la legítima confianza, que guardan estrecha vinculación con la seguridad jurídica)" (VERAMENDI, Enrique V., "La irretroactividad...", ob. cit., p. 362).

Del mismo modo, García de Enterría y Fernández han señalado que si bien desde el punto de vista rigurosamente dogmático, los actos nulos es como si no hubieran existido nunca, lo cierto es que, de hecho, han podido producir efectos, cuya total destrucción *a posteriori* puede resultar en ocasiones materialmente injusta (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Madrid, 1997, T. 1, p. 577).

317 Por consiguiente, si el particular hubiere conocido el vicio del acto al momento de su dictado, no será necesario iniciar el proceso de lesividad pues, como se vio, la Administración podrá o, mejor dicho, deberá en el caso del acto irregular, anularlo de oficio en sede administrativa por medio del dictado de un acto administrativo anulatorio ejecutorio. En este caso, naturalmente, al haber mala fe del particular en tanto no le comunicó el vicio a la Administración, los efectos de la declaración de nulidad declarada por la Administración deberían retrotraerse al momento del dictado del acto anulado.

318 El principio general de la buena fe, plenamente aplicable en materia administrativa, independientemente de que esté o no reconocido en el derecho positivo, "informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado" (CSJN, 18/7/2002, "Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos", Fallos: 325:1787). Ampliar en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 29 y ss.

En ese orden de ideas, cabe recordar que la anulación de un acto administrativo estable consta dos etapas: la primera se refiere a un procedimiento administrativo que culmina con el dictado de una "declaración de lesividad" y, la segunda, al proceso judicial de lesividad que finaliza con la declaración judicial de nulidad.

En consecuencia, ¿podría sostenerse que en algún momento de aquellas etapas se produjo una fecha de corte en la buena fe del administrado?

Como hemos visto, parecería ser que mientras algunos autores entienden que aquello sucedería a partir del dictado de la sentencia, otros consideran que ello ocurre con la notificación de la demanda de lesividad.

Sin embargo, en nuestra opinión, la fecha de corte en la buena fe del administrado se produce con la finalización del procedimiento administrativo previo a la instancia judicial, más precisamente, con la notificación al administrado de la declaración de lesividad, es decir, del acto administrativo impropio que declara la nulidad no ejecutoria del acto estable.

Es que, como dijimos en ocasión de estudiar en profundidad la cuestión, la impropiedad del acto administrativo que declara la lesividad deriva del efecto jurídico indirecto que aquel produce respecto del particular y que consiste, justamente, en establecer una fecha de corte en la buena fe del administrado, pues desde su notificación aquel ya no podría afirmar el desconocimiento del vicio del acto que le confirió derechos.

De esa manera, entonces, creemos que sería razonable proponer que una sentencia que hiciera lugar a la pretensión de lesividad pueda retrotraer sus efectos no al momento del dictado del acto declarado lesivo sino, antes bien, a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, solo a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe[319].

Ello no importa, claro está, que si durante el proceso de lesividad el juez tuviera por acreditada la mala fe del particular desde el dictado del acto declarado lesivo, la sentencia retrotraiga sus efectos al momento en que aquel se dictó.

Como se ve, la lógica consecuencia de la tesis aquí propuesta es que, en principio, los derechos gozados por el administrado con anterioridad a la notificación de la declaración de lesividad quedarían salvaguardados por su buena fe.

319 En similar sentido Pérez Hualde ha precisado que "desde el momento de dicha notificación de la declaración administrativa de lesividad comienzan los efectos de la posible mala fe de parte del beneficiado del acto si se produce una insistencia en el ejercicio de ese derecho "adquirido" pero atacado de nulidad por "lesivo". Las consecuencias jurídicas sobre la propiedad de los frutos, de los intereses, y las responsabilidades por daños que pudieran sufrir esos derechos serán directamente afectados por esa fecha "de corte" hacia el futuro en caso de prosperar la acción". (Pérez Hualde, Alejandro, "La acción de lesividad y los actos "inexistentes", en AA.VV., *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica,* San Juan, Puerto Rico, XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015. T. 2, p. 739 y ss.).

No obstante, una vez notificado de la declaración de lesividad, si bien el particular podría[320] seguir gozando de los beneficios conferidos por el acto administrativo ilegítimo estable, lo cierto es que ello será bajo su cuenta y riesgo, pues si se obtuviera una declaración judicial de nulidad, aquel deberá restituir los frutos percibidos desde entonces.

La *retroactividad atenuada* de los efectos de la sentencia en el proceso de lesividad podría asimilarse, quizás, a la denominada inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal imperante en algunos países, como en Colombia, donde suele decirse que para evitar las graves consecuencias de una nulidad repentina, debe estarse a "una afable transición" de la situación de nulidad al estado de normalidad[321].

Doctrina que, además, parece haber adoptado nuestra CSJN al declarar la inconstitucionalidad con *efectos diferidos* de leyes o normas reglamentarias.

En efecto, de algunos precedentes de nuestro Máximo Tribunal parece extraerse la idea de que la inconstitucionalidad, en la medida en que sus consecuencias repercutan intensamente sobre el interés público, no produce abstracta y automáticamente efectos retroactivos.

De esa manera, de la lectura de algunos precedentes de la CSJN se colige que los efectos con relación al tiempo de la declaración de inconstitucionalidad de una sentencia está sujeta no sólo a la razonable ponderación de su repercusión sobre el interés público sino, también, a la valoración que el Tribunal haga de las consecuencias previsibles que se derivarán del pronunciamiento y, por consiguiente, no corresponde predicar *in abstracto* sus efectos temporales[322].

En definitiva, entonces, entendemos que la sentencia estimatoria de la acción de lesividad de un acto nulo o anulable tendrá, en principio, efectos retroactivos al momento del dictado del acto pero, no obstante, y toda vez que mediante la notificación de la declaración de lesividad se produce una fecha de corte en la buena fe del administrado, se podría aceptar que, en ciertos supuestos, los efectos de la sentencia se retrotraigan al momento en que la declaración de lesividad fue notificada al particular.

b) En nuestra opinión, las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA no distan, en este caso, del criterio que recién se expuso, esto es, de la posibilidad de otorgar a las sentencias lo que hemos denominado como una *retroactividad atenuada* en los términos recién mencionado.

320 Es que, como se verá en el punto 5.3., en nuestra opinión, ante un acto administrativo irregular, la Administración debe disponer la suspensión provisoria de los efectos del acto estable.

321 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", Colombia, Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Diciembre 2004, Nº 108, p. 584 y ss.

322 Ver, por ejemplo, lo resuelto en: CSJN, 20/08/2015, "Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido".

Ello así pues, como vimos, si bien el *principio general* en la LNPA es, como vimos, y en línea con nuestro criterio, que la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, lo cierto es que tales efectos podrán atemperarse "por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

En otras palabras, en nuestra opinión, cuando el tribunal disponga que por razones de equidad que los efectos de la sentencia no tendrán efectos retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo irregular, sus efectos podrán retrotraerse a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe.

Aquel fue, además, el criterio que, con cita nuestra, ha seguido el Fuero Contencioso Administrativo Federal[323].

7. LA ANULACIÓN DE OFICIO EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE LESIVIDAD COMO DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Finalmente, hemos de terminar esta primera aproximación al objeto de estudio señalando que, a nuestro modo de ver, tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquélla resulte pertinente, como la deducción de la demanda judicial, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen un deber de cumplimiento ineludible que corresponde a la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional[324] sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio.

323 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 07/08/2024, "En - M SALUD c/ Laboratorios Bagó S.A. s/ Proceso de conocimiento" y sentencia de primera instancia: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 5, 29/02/2024, "En - M SALUD c/ Laboratorios Bagó S.A. s/ Proceso de conocimiento"

324 Entendida ésta como la posibilidad de elección entre actuar o no (discrecionalidad de actuación) y, en el primer caso, de optar entre varias alternativas igualmente válidas (discrecionalidad de elección).

Así lo ha entendido no sólo la doctrina mayoritaria (Comadira[325], Marienhoff[326], García Pullés[327], entre otros)[328] sino, también, el Máximo Órgano Asesor de la Nación al señalar que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es "es una obligación de la administración"[329] y, a su vez, que "esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutoriar la revocación, o bien –admitida la existencia de la ilegitimidad– deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto"[330].

Por ello, consideramos encomiable la postura de la PTN esbozada en Dictámenes 318:427 al señalar que frente a un acto administrativo irregular

325 Enseña el profesor Comadira que frente a actos nulos "no es lógico ni axiológicamente concebible que la Administración pueda válidamente decidir, expresa o tácitamente (en este caso por simple inercia) la no impugnación judicial de un acto 'irregular', dejando subsistente, de ese modo, los ilícitos efectos producidos por dicho acto y sin reparar las eventualmente dañosas consecuencias ocasionadas". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio...,* ob. cit., p. 181)

326 Tal como ha precisado el autor citado, "cuando un acto administrativo adolece de un vicio, pero cuya naturaleza excluye la posibilidad de que la extinción de tal acto sea efectuada directamente por la Administración Pública, ésta debe requerir judicialmente la respectiva declaración de nulidad: si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus deberes". (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, T. II, p. 646).

327 "La Administración está obligada a revocar en sede administrativa el acto ilegítimo, aún después de notificado, salvo que estuviera firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, caso en el cual deberá –también aquí está obligada– acudir a los jueces a solicitar la declaración de nulidad a través de una acción especial, llamada "de lesividad". (GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 287).

328 Desde una posición diferente, Gambier ha señalado que no existe "un mandato imperativo del ordenamiento" para instar la acción de lesividad, toda vez que, a su entender, "la ilegalidad puede subsistir si el interés público es superior e impone mantener el *status quo* [...] la Administración puede no iniciar la acción de lesividad por considerarlo inoportuno o inconveniente". (GAMBIER, Beltrán, "La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro)" en AA.VV., *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, 1994, pp. 146/162). En igual sentido: LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa,* Buenos Aires, Astrea, 2005, T. 1, pp. 434/435.

Ver, también, lo expuesto por Muratorio al analizar la acción de lesividad en materia contractual en: MURATORIO, Jorge, I., "Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)", *LL* 1995-D, 1205.

329 Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

330 Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68.

estable se "genera el deber de iniciar una acción nulificatoria, cuyo presupuesto lógico está dado por la declaración administrativa de lesividad".

La opinión actual del Máximo Órgano Asesor del Poder Ejecutivo de la Nación es, además, la que había sostenido en otros asesoramientos, donde precisó que la extinción de un acto administrativo ilegítimo es "es una obligación de la administración"[331] y, a su vez, que "esta potestad que posee la Administración no es una prerrogativa excepcional, sino la expresión de un principio en virtud del cual aquella está constreñida, ante la existencia de actos irregulares, a disponer o ejecutoriar la revocación, o bien –admitida la existencia de la ilegitimidad– deducir judicialmente la pretensión anulatoria de su propio acto"[332].

Es que, en definitiva, la declaración de nulidad, cuando corresponde, no es más que una exigencia ética del funcionario público en tanto está obligado a reivindicar, en el marco de las funciones que le son propias, el rol de la juridicidad conculcada y, eventualmente, de la moral desplazada[333].

Por ello, bien ha señalado el profesor Comadira, que "contradice los presupuestos ético-jurídicos de un Estado de Derecho, permitir, con la omisión de declarar la nulidad de un acto, cuando ésta corresponda, la subsistencia de los efectos del acto inválido o de los aparentes derechos generados por éste"[334].

b) En el caso del acto administrativo regular, en cambio, la anulación del acto en sede administrativa o, en su caso, la interposición de la demanda de lesividad, es una posibilidad de ejercicio meramente facultativa para el sujeto emisor del acto –salvo, claro está, que la no anulación constituya una trasgresión a los límites jurídicos de la discrecionalidad[335]– pues, en rigor, podrá sanearlo en los términos del art. 19 de la LNPA.

331 Dictámenes 207:517; 215:189; 234:465; 236:91; 236:306; 327:512, entre muchos otros.

332 Dictámenes 183:275; 200:133; 205:128; 214:68. Ver, no obstante, el criterio expuesto en el Dictamen 307:167, donde sostuvo que la "decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia".

333 Un pormenorizado estudio del concepto y alcance del principio de juridicidad en el pensamiento del profesor y Maestro Julio Rodolfo Comadira y su impacto en los diferentes institutos del derecho administrativo puede verse en: COMADIRA, Fernando Gabriel - COMADIRA, Julio Pablo - COMADIRA, María Victoria - HERRERO, María Cristina, "El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira", *REDA* Nº 143-255.

334 COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa" en AA.VV., *La contratación pública,* CASSAGNE, Juan Carlos - YSERN, Enrique Rivero (dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2006, T. 2, p. 637, especialmente p. 658.

335 Así, si bien la potestad anulatoria de oficio del acto regular estable es una facultad discrecional, creemos que si existiera connivencia dolosa entre el particular y el funcionario, la anulación de oficio del acto se impone como un verdadero deber del sujeto emisor del acto (en igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* op. cit., p. 71 y ss.; MELAZZI, Luis

Ante el acto administrativo estable (ora regular, ora irregular), como dijimos en otras ocasiones[336], el sujeto emisor de aquél no está habilitado para anularlo con efectos ejecutorios (por sí y ante sí), sino que para ello debe requerir el auxilio judicial mediante el proceso de lesividad[337].

c) Más aún, si se dispusiere la anulación ejecutoria de un acto administrativo estable en sede administrativa, el acto anulatorio sería nulo de nulidad absoluta y manifiesta toda vez que, desde nuestro punto de vista, los elementos "competencia" y "objeto", entre otros, estarían gravemente viciados.

En efecto, habría una incompetencia absoluta en razón de la materia[338] que derivaría del ejercicio de atribuciones que corresponderían, en el caso, al órgano judicial pues, en definitiva, es éste quien debería anular, si correspondiere, el acto administrativo que devino en *cosa juzgada administrativa*.

No debe olvidarse que, como bien ha señalado la PTN la competencia de los órganos estatales –entendida como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano o ente estatal[339]– es un principio de la organización administrativa que reconoce como uno de sus caracteres esenciales la circunstancia de hallarse establecida en interés público por una norma estatal, de orden público inderogable[340].

A., "Revocación por ilegitimidad del acto administrativo (con especial referencia al régimen de la LNPA)", *RDA* 2010-975, especialmente p. 1001).

336 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p 90 y ss., "La suspensión de oficio de los efectos...", op. cit.; "Algunos aspectos relacionados con la anulación de oficio...", op. cit.; "Dictamen PTN 307:167. El retorno hacia una sana doctrina...", op. cit.; "Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad...", op. cit., entre otros.

337 CSJN, 20/05/2003, "Algodonera San Nicolás S.A. y otros c. Ciudad Buenos Aires", Fallos 326:1614.

338 En efecto, y en relación con el vicio en la competencia en la razón de la materia, la doctrina ha distinguido "la incompetencia absoluta, que derivaría del ejercicio de atribuciones que corresponderían al órgano legislativo o judicial, o a otra administración pública, de la relativa que se configuraría cuando la invasión de facultades se produce en la propia persona administrativa". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* ob. cit., p. 96). En similar sentido, García Trevijano Fos ha señalado que la "incompetencia puede ser absoluta o relativa. La primera se da cuando se invaden esferas de otras funciones del Estado o materias de otros órganos; lo primero se produce cuando la Administración invade la esfera de actuación del Poder Legislativo o del Judicial, o viceversa, y también cuando dentro de la Administración se violan competencias por razón de la materia". (GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios jurídicos de la organización administrativa,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 204)

339 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional...,* ob. cit., T. I, p. 116.

340 Dictámenes 201:131. En ese sentido, ALESSI ha precisado que "toda competencia establecida en el terreno administrativo se ha fijado en interés público y como tal es inderogable". (ALESSI, Renato, *Instituciones...,* op. cit., T. 1, p. 100).

Es que, como se ha postulado, la competencia es de orden público[341] e infringirla implica ilegalidad de orden público[342].

A su vez, el objeto del acto anulatorio estaría fatalmente viciado habida cuenta de que habría sido dictado en "violación a la ley" (art. 14 inc. *b*), entendiendo por ley no sólo a la norma sancionada por el Congreso de la Nación sino, en rigor, al "bloque de juridicidad" al que antes hemos hecho referencia[343].

De esa manera, entonces, si el objeto del acto administrativo debe respetar, entre otras cosas, la denominada cosa juzgada administrativa, el acto administrativo anulatorio estaría viciado por ignorar la estabilidad del acto administrativo anulado.

No obstante ello, la Cámara del fuero ha interpretado que declarar la nulidad judicial de un acto administrativo que dispuso la anulación de un acto administrativo estable, configura un "criterio formalista que –por otra parte– no conllevaría beneficio alguno para el actor más que postergar la resolución final del conflicto"[344].

El razonamiento expuesto por la Cámara es, en nuestra opinión, claramente desacertado porque, por un lado, aquella tesitura conlleva a que el sujeto emisor de un acto administrativo estable pueda desapegarse de la juridicidad omitiendo iniciar la correspondiente acción de lesividad, con la certeza de que ello no suscitará la nulidad del acto administrativo anulatorio, pues se lo tendrá por subsanado en una etapa judicial posterior.

Por otra parte, si se suscribiera una posición consecuente con la de la Cámara, habrá que aceptar que los derechos nacidos al amparo de un acto administrativo, si bien quedan comprendidos en el concepto de propiedad constitucional[345], no están alcanzados por las garantías que surgen del art. 17 de nuestra

341 GORDILLO, Agustín (dir.), *Procedimiento administrativo,* Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003, Serie Legislación Comentada, p. 63.

342 PRADO, Juan José, *Manual de instituciones de derecho público,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 254.

343 Actualmente, el art. 14, inc. *b* de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece, en lo que aquí interesa, que el acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable cuando "su objeto no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho".

344 C.N.C.A.F., Sala Nº 4, 26/03/2009, "Peña Onganía Matías Guillermo c/ EN- Mº Justicia- CSJN- Resols. 1411 y 3185 s/ Empleo Público".

345 CSJN, 16/12/1925, "Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital", Fallos: 145:307. En el fallo citado la Corte entendió que el "término propiedad comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, *sea que nazca de actos administrativos*, a condición que su titular, disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad" (énfasis agregado). En igual sentido: CSJN, 21/12/1936, "Empresa de los

Carta Magna, de modo tal que los habitantes de la nación pueden ser privados de ella sin sentencia fundada en ley.

Si bien ante la pretensión de nulidad de un acto administrativo anulatorio ilegítimo, la Administración podría reconvenir por nulidad del acto primigenio –aunque, como lo hemos precisado en otra ocasión, previa declaración de lesividad en sede administrativa[346]–, debiéndole el juez dar "razón al particular en cuanto a la ilegitimidad del acto revocatorio y a la Administración en el objeto de su reconvención"[347], en modo alguno podría sostenerse, como lo hizo la Cámara, que la nulidad judicial del acto administrativo anulatorio ilegítimo configura un "criterio formalista", no sólo por las razones antes expuestas sino, también, porque, además, la resolución judicial que decreta la nulidad de un acto administrativo por adolecer de un vicio grave y manifiesto, evita que el particular, en caso de haberlo desobedecido, sea castigado por ello[348].

Ferrocarriles de Entre Ríos c/ Nación. Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina. Romero, Carlos S. c/ Pcia", Fallos: 176:363, entre otros.

346 COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 94 y ss.

347 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...,* op. cit., T. I, p. 381. Ver, también, MACAREL, "La revocación de actos administrativos afectados de nulidad absoluta en la jurisprudencia de la Corte", *LL* 1992-E, 993.

348 En efecto, si la obligatoriedad del acto administrativo deriva de la presunción de legitimidad, es más que razonable concluir que si el acto administrativo carece de presunción de legitimidad, aquel no será obligatorio, pudiendo el particular desobedecerlo por su cuenta y riesgo, aunque, claro está, a partir de diversos momentos, dependiendo de si el vicio es manifiesto o no.

En ese sentido, Comadira señalaba que la principal consecuencia de la carencia de presunción de legitimidad "es la posibilidad que se abre al particular para desobedecer válidamente el acto que denote esa ausencia; inicialmente, si el vicio es manifiesto o, partir de su comprobación, si se trata de un vicio grave sólo evidenciado con posterioridad". (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El Acto Administrativo...,* ob. cit., p. 140). En similar sentido puede consultarse: GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo,* 9ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, T. 3, V-15; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...,* ob. cit., p. 224 y ss.; MONTEQUÍN, Marina Ávila, "Las nulidades manifiestas y no manifiestas", en A.A.V.V., *Acto Administrativo,* TAWIL, Guido Santiago (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 555 y ss.; SEIJAS, Gabriela, "La ejecutoriedad del acto administrativo", ambos trabajos publicados en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 133/134 y 203/218, respectivamente. También: DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, T. II, 1976, 2ª ed., p. 291, aunque aclara "...salvo que la ley en forma expresa o razonablemente implícita exigiera su cumplimiento".

Por lo demás, entendemos que la solución propuesta se condice con lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal *in re* "Barraco Aguirre", pues allí se señaló que "el acto administrativo bajo examen no carecía de la correspondiente presunción de legitimidad y, por tanto, el Dr. Barraco Aguirre debió acatarlo y prestar los servicios respectivos, sin perjuicio de los reclamos y recursos a que se creyera con derecho". (CSJN, 11/12/1980, *"Barraco Aguirre, Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba",* Fallos: 302:1503, consid. 7º).

Por consiguiente, en nuestra opinión, el acto administrativo que dispone la anulación ejecutoria de un acto administrativo estable en sede administrativa es nulo, de nulidad absoluta, manifiesta e insanable[349].

Ello, sin perjuicio, desde luego, de las responsabilidades patrimoniales y disciplinarias que el acto anulatorio ilegítimo pueda generar para el agente emisor *350* pues, como bien apunta Gordillo[351], el funcionario que ejecuta un acto nulo "incurre por su parte en irregular cumplimiento de sus funciones y se crea a sí mismo responsabilidad civil por el daño que ocasione" y en consecuencia, como destaca Hutchinson, "debe sancionarse disciplinariamente al agente que revocó el acto en violación de lo dispuesto por la norma"[352].

8. ¿PODRÍA LA ADMINISTRACIÓN INAPLICAR LA NORMA POR CONSIDERARLA INCONSTITUCIONAL?

a) Finalmente, y teniendo en cuenta que algunas de las disposiciones previstas en el nuevo texto de la LNPA son, a nuestro modo de ver, manifiestamente inconstitucionales por cuanto cercenan arbitrariamente potestades propias del Poder Ejecutivo (v.gr.: inviabilidad jurídica de suspender de oficio el acto irregular estable, entre otras), cabe preguntarse si, eventualmente, aquel puede inaplicarlas.

b) Si bien por su extensión, alto grado de complejidad y discutibilidad jurídica, no es ésta la oportunidad de analizar en profundidad la problemática recién mencionada, en esta ocasión solo diremos que antes de ahora hemos adherido[353] a la postura de aquellos autores que, aunque con matices[354], sostienen que

---

Como fácilmente podrá advertir el lector, una interpretación a *contrario sensu* del fallo citado lleva a sostener que si el acto administrativo hubiere carecido de presunción de legitimidad, el particular podría haberlo desobedecido válidamente. La cuestión puede ampliarse en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad,* op. cit., p. 325 y ss.

349 Barra, por su parte, ha precisado que "la revocación dispuesta en sede administrativa, en contra del principio anterior –refiriéndose a la estabilidad excepcional que confiere el art. 17 al acto administrativo irregular– configura, a su vez, un acto viciado de 'ilegalidad manifiesta', que abre la vía de la acción de amparo". (BARRA, Rodolfo C., "La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración", *ED* 108:586).

350 COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo...*, Ob. cit., p. 212; DE ESTRADA, Juan Ramón, "La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular", *LL* 1976-D, 820; MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública,* Buenos Aires, Depalma, 1984, Vol. I, p.793.

351 GORDILLO, Agustín, *Tratado...,* ob. cit., T. 3, V-50.

352 HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional...,* ob. cit., T. 1, p. 381. Es que, como señala Revidatti, "se debe sancionar al funcionario abusivo". ("Acción de lesividad", en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1996, Apéndice VII, p. 4).

353 COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario,* Cáthedra, 2024, p. 409 y ss.

354 Ver: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 430/431; QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Ángel - CENICA CELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*,

ante una norma que vulnera la Constitución, el Poder Ejecutivo de la Nación podría *inaplicarla* por inconstitucional o inconvencional.

Aquel criterio es, por cierto, el que actualmente sostiene la PTN[355] y que, recientemente, ha ratificado en Dictámenes IF-2024-117299742-APN-PTN del 24/10/2024.

Más aún, coincidimos con quienes han señalado que la facultad de inaplicar una norma por inconstitucional o inconvencional constituiría una potestad inherente del Poder Ejecutivo[356].

Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, T. I, p. 560; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Principios y alcances del control constitucional" en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial,* Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, pp. 339/346; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, T. 1, p. 240; COMADIRA, Julio Rodolfo, "La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional", *REDA* Nº 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., T. I, p. 172 y ss.; BIDEGAIN, Carlos María, "El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro", en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, p. 34; ÁLVAREZ, Fernando D., "La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública", en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam M., *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 20/21; CASSAGNE, Ezequiel, "El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración", *LL* 2012-D, 1340; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 3 y ss.; VILLARRUEL, María Susana, "La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional", en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 415/421; SOLA, Juan V., *Control de Constitucionalidad,* 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2002, p. 238/241, entre otros.

En contra de aquella posibilidad puede verse, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., T. 1, p. VII-16, nota 41 (no obstante la actual postura del autor citado, es dable destacar que en un comienzo aquel se pronunciaba a favor del apartamiento por parte del Poder Ejecutivo de la ley inconstitucional si aquella incompatibilidad estaba razonablemente demostrada (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2009, 10ª ed., T. I, p. VII-14/15, en especial nota 39); LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 142; GELLI, María A., *Constitución...*, cit., T. 2, p. 480 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "La jefatura administrativa del presidente de la Nación", en PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 233; SORIA, Daniel F., "Las vías administrativas previas en el contencioso federal", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, t. 1, p. 836; RENNELLA, María Paula, "Facultades del Poder Ejecutivo ante una ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro", en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 45; entre muchos otros.

355 Dictámenes 309:253; 251:339; 242:626; 186:140; 176:116; 128:282; 159:83, entre otros.

356 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 20.

Es que si tenemos en consideración, por un lado, que la finalidad inmediata de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa es, como vimos, la consecución de directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad y, por otra parte, que la Constitución Nacional establece que esta es superior a todas las leyes (art. 31), siendo obligación del Presidente de la Nación observarla y hacerla observar (art. 93), resulta más que razonable que, ante una norma que conculca la Constitución, el Poder Ejecutivo la *inaplique* por inconstitucional o inconvencional.

Si el Poder Judicial es quien tiene reservado para sí ejercer el control de constitucionalidad en "última instancia"[357], no encontramos razones suficientes para privar de aquel control a instancias anteriores, como ser, en el caso, la administrativa, entendiendo, claro está, que la revisión final de esa decisión la tendrá el Poder Judicial[358].

Parecería poco prudente pretender que el Poder Ejecutivo sea un simple aparato de ejecución automática de las normas y, por ello, sostenemos que ante una norma inconstitucional o inconvencional, el poder administrador está jurídicamente legitimado y obligado a *inaplicarla*, toda vez que, en definitiva, con ello no se hace más que cumplir con la Constitución Nacional y con los derechos y garantías que de allí emergen.

En otras palabras, si la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público, y este supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico (v.gr.: juridicidad[359]), es claro que constituye una potestad inherente del Poder

357 CSJN, 08/11/1967, "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta", Fallos: 269:243, especialmente consid. 6 donde expresamente se dijo que "...el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo...".

358 Al respecto, cabe señalar que el Poder Ejecutivo no sería el único órgano estatal que, además del Poder Judicial, podría ejercer un control de constitucionalidad de las normas.

Como bien han señalado Castro Videla, Alfonso Santiago y Veramendi, pareciera ser que el Poder Legislativo también ejercería aquel control cuando, por ejemplo, en el marco de la Ley 26.122 a la que nos referiremos más adelante, se expide sobre la validez de un reglamento delegado, de necesidad y urgencia o un decreto de promulgación parcial de leyes. Es que, como señalan aquellos autores, "corresponde afirmar que tal como ha quedado diseñado por esa ley complementaria, lo que realizan ambas Cámaras del Congreso, contando con el dictamen previo de la Comisión Bicameral Permanente, es, en buena medida, un control de constitucionalidad de la legitimidad de origen de algunos actos normativos del presidente" (SANTIAGO, Alfonso (h) - VERAMENDI, Enrique - CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 203).

359 En tal sentido, cabe recordar lo apuntado en el punto 2.4. del presente trabajo, en cuanto a que el Poder Ejecutivo está subordinado de manera absoluta a todo el ordenamiento jurídico, que abarca desde 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 de la Nación, a los principios que surgen

Ejecutivo inaplicar una ley inconstitucional o inconvencional pues, de lo contrario, estaría yendo en contra de su propia finalidad que, insistimos, consiste en la consecución directa e inmediata del interés público o bien común.

Destacamos y enfatizamos el término *inaplicar* pues, como veremos luego, actualmente la jurisprudencia de la CSJN y la mayoría de la doctrina admite, en criterio que compartimos, aunque con ciertos matices, que en determinadas ocasiones la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos *erga omnes,* en nuestra opinión aquella inconstitucionalidad con efectos generales solo puede provenir del Poder Judicial.

De allí que, entonces, utilicemos la expresión "inaplicar" en lugar de "declarar", pues debe quedar en claro que la abstención de aplicar o ejecutar la ley solo tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes* o derogatorios[360].

Por ello, en definitiva, creemos que si el Poder Ejecutivo fundadamente considera que se está en presencia de una norma que de manera razonablemente ostensible o evidente viola la Constitución Nacional –es decir, que excede el marco de la mera opinabilidad–, aquel debe inaplicarla, pues ello constituye un poder ínsito o inherente a la función administrativa.

Asimismo, la potestad del Poder Ejecutivo de no aplicar o, lo que es lo mismo, no ejecutar la norma inconstitucional o inconvencional, puede derivar no solo de su propia opinión en los términos recién expuestos –esto es, una valoración fundada de una norma manifiestamente inconstitucional– sino, además, cuando así la hubiera declarado previamente la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada por instancias anteriores.

La inaplicabilidad de la norma, además, no se reduce únicamente a los supuestos en los que con ella se ven cercenadas facultades propias de la Administración

---

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 y a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad.

360 En ese orden de ideas, el profesor Comadira en los trabajos antes citados había señalado que no se lograba advertir "...cuál sería la diferencia entre la 'declaración de inconstitucionalidad de la ley' pronunciada por el órgano judicial y la 'abstención de la aplicación de la ley considerada inconstitucional' por el órgano administrativo", pero, agregaba, y esto es fundamental, "...en la medida en que, en ambas situaciones, el efecto es la inaplicación de la ley en el caso concreto". (COMADIRA, Julio Rodolfo, "La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional", *REDA* Nº 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, pp. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*..., cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso*..., cit., t. I, p. 172 y ss.). En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho*..., cit., p. 26.

sino que abarca, además, aquellos casos en los que se vulneran derechos de los particulares o se atenta contra algún texto o principio constitucional[361].

Al igual que lo ha sostenido un sector de la doctrina, entendemos que la decisión debería emanar de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo o, al menos, contar con su autorización expresa quien, además, coherentemente con la gravedad institucional de la medida autorizada o adoptada, debería remitir al Poder Legislativo el correspondiente proyecto derogatorio[362].

Finalmente, y en virtud de la relevancia institucional de la decisión, consideramos prudente que previo al dictado del acto administrativo respectivo, tome intervención la PTN para que, en su carácter de máximo órgano asesor, se expida sobre la constitucionalidad o inconvencionalidad de la norma cuestionada[363].

c) En definitiva, y teniendo en consideración, por un lado, que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer directa e inmediatamente el interés público, el que supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico y, por otra parte, que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, entendemos que ante una norma que vulnera la Constitución o la

361 COMADIRA, Julio Rodolfo, "La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional", *REDA* Nº 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, pp. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 172 y ss. En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 20.

362 *Ibídem*. En el ámbito de la doctrina también se analizó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo plantee la inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, arribándose a la conclusión de que, a diferencia de lo que sucede en varios ordenamientos provinciales, en los que la constitución local faculta al Poder Judicial a entender en conflictos entre poderes, a nivel nacional no existe una habilitación constitucional de ese tipo, lo que dificultaría el reconocimiento de legitimación activa en el Ejecutivo en una acción judicial contra el Legislativo por la ilegitimidad de la ley por él dictada (VILLARRUEL, María Susana, "La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional", op. cit.; ÁLVAREZ, Fernando D., "La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública", op. cit.).

El último autor citado, tras diferenciar si el control de constitucionalidad es efectuado por la Administración activa o cuando aquella actúa ejerce en el marco de funciones "cuasi-jurisdiccionales" (tribunales administrativos), sostuvo que en el primer supuesto debería crearse legislativa o pretorianamente (como ocurrió con el amparo) una acción declarativa directa de inconstitucionalidad cuyos legitimados sean el Poder Ejecutivo y la Administración, de modo que en lugar de inaplicar las leyes *per se* activen este mecanismo tendiente a suscitar una decisión judicial con esos efectos generales. Por otro lado, cuando la Administración actúa en ejercicio de funciones "cuasi-jurisdiccionales" –lo cual implicaría que el órgano goza de garantías de independencia similares a las de un tribunal que integra el Poder Judicial–, el autor sostiene que se podría ejercer el control de constitucionalidad ceñido a los mismos límites que los tribunales judiciales con la única limitación adicional de estar sometido a control judicial suficiente.

363 *Ibídem*.

Convención Americana de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus potestades inherentes, debería inaplicarla.

Constituye un deber de todo funcionario público optar siempre por dar prioridad a la Constitución Nacional en desmedro, si fuere necesario, de la ley inconstitucional que solo en apariencia requiere de su ejecución, ya que la prelación jerárquico-normativa que marca el art. 31 de la Ley Fundamental es el fundamento de la potestad administrativa de inaplicar la ley inconstitucional[364].

9. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES FINALES

a) A modo de síntesis de todo lo visto a lo largo de este trabajo bien podemos señalar que:

- Según fuera visto en el punto 2:

i) De acuerdo con el *criterio objetivo* para la clasificación conceptual de las formas de extinción del acto administrativo, correspondiendo designar como *anulación* a toda extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración Pública o la Justicia con fundamento en razones de ilegitimidad derivadas de vicios o defectos inherentes del acto y, como *revocación*, a la extinción del acto administrativo dispuesta por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, derivadas de la inadecuación de la relación por él generada a las exigencias del interés público vigente en el momento de la extinción.

ii) En el derecho administrativo la nulidad debe ser entendida como la sanción legal que priva de manera definitiva y permanente los efectos propios del acto administrativo viciado;

iii) El acto administrativo irregular es el afectado de *nulidad absoluta* por carecer de alguno de sus elementos esenciales (v.gr.: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) o, alguno de ellos, padecer un vicio grave. El acto regular, por su parte, es el plenamente válido o el que está viciado en alguno de sus elementos con una nulidad relativa.

iv) El principio de *juridicidad* supone el sometimiento de la Administración Pública a todo el ordenamiento jurídico, es decir, a los principios generales del derecho –esto es, *aquellos que derivan de la dignidad de la persona y*

364 Ver, en tal sentido, la Resolución SIGEN 6/2003 del 17/01/2003.

Una cuestión interesante se plantea con relación al Tribunal Fiscal de la Nación, pues según surge del art. 185 de la Ley 11.683, "la sentencia no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación". La cuestión la hemos analizado en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario,* Cáthedra, 2024, p. 413, especialmente nota Nº 978.

de la naturaleza objetiva de las cosas–, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos, los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad y sean legítimos, y ciertos contratos administrativos.

- De acuerdo con lo analizado en el punto 3:

i) La *función administrativa* consiste en satisfacer *el interés público de manera directa e inmediata*;

ii) La plena vigencia del principio de *juridicidad* aparece como un elemento necesariamente constitutivo de la noción de *interés público primario;*

iii) La anulación de oficio del acto administrativo y, en su caso, la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, constituye un *poder inherente a la función administrativa;*

iv) La existencia de poderes inherentes no genera, por sí sola, la *inconstitucionalidad* de las normas que pretenden regularlos;

v) la reglamentación de los poderes inherentes no puede incurrir en *irrazonabilidad,* es decir, cercenar en forma arbitraria aquellos poderes, como sucedería si ejercicio fuera prohibido en toda circunstancia.

- Conforme fuera estudiado en el punto 4, el art. 17 de la LNPA según las reformas introducidas por la Ley de Bases establece:

i) El *principio general* es que ante un acto administrativo irregular la Administración debe declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto. En otras palabras: ante un acto administrativo nulo de nulidad absoluta, la Administración debe dictar un acto administrativo anulatorio ejecutorio.

ii) Asimismo, y no obstante aquel *principio general*, lo cierto es que la LNPA otorga al acto administrativo irregular una *estabilidad excepcional*, es decir, veda a la Administración de anularlo de oficio con efectos ejecutorios, cuando el acto fue "notificado, si hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto".

iii) No obstante, aun cuando el acto administrativo hubiera adquirido aquella *estabilidad excepcional,* si la anulación del acto "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", la Administración podrá declarar la nulidad ejecutoria del acto administrativo de que se trate.

iv) En nuestra opinión, e independientemente de lo previsto en el art. 17 de la LNPA, sostenemos que el hecho de que los derechos subjetivos emanados de un acto o contrato administrativo irregular ya se hubieren ejercido o cumplido de forma inmediata, no obsta a que aquel, de ser procedente, sea anulado de oficio con efectos ejecutorios en sede administrativa o, en su caso, a que se inicie el correspondiente proceso de lesividad pues, en

definitiva, si se anula el acto o contrato cambia la causa jurídica de las prestaciones cumplidas por las partes y, con ello, el alcance de estas.

v) Desde nuestra visión, el alcance del término "dolo" utilizado por la LNPA como supuesto para que la Administración también pueda –en nuestra opinión, "deba"– anular de oficio el acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, debe ser entendida en sentido amplio y/o genérico, es decir, comprensivo tanto del dolo por acción como por omisión (v.gr.: omisión dolosa).

Ello así pues la *omisión dolosa* constituye un claro ejemplo de mala fe del particular manifiestamente contrario a lo dispuesto en el art. 1º *bis* del actual texto vigente de la LNPA que, como fuera adelantado, expresamente menciona a la *buena fe* como principio general del procedimiento administrativo y, más específicamente, requiere que "tanto la Administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos".

La buena fe del particular exige que, en el caso, aquel brinde a la administración toda la información relevante para el dictado del acto administrativo y no que, por el contrario, el particular guarde silencio o se mantenga inerte frente al error en el que la Administración probablemente incurra.

Naturalmente, la mala fe del particular, exteriorizada en la falta de comunicación de éste a la Administración que habilitará a la Administración a declarar la nulidad con efectos ejecutorios del acto administrativo irregular notificado que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, deberá tener como pauta de interpretación su especial versación técnica y jurídica.

vi) Como la anulación de oficio del acto administrativo irregular se instrumenta, se cristaliza por medio de un verdadero acto administrativo, la garantía contra la anulación arbitraria está, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo.

En consecuencia, el acto administrativo que disponga la anulación con efectos ejecutorios deberá *a*) ser dictado por la autoridad *competente, b*) aducir una *causa* válida (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos); *c*) respetar el bloque de juridicidad (*objeto*); *d*) respetar el *debido procedimiento previo* al dictado del acto que incluye, por un lado, los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto (como ser, por ejemplo, la emisión del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico) y la tutela administrativa efectiva; *e*) estar debidamente *motivado*; *f*) haber sido dictado con el *fin* de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia, debiendo ser, por lo demás, razonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución Nacional y del art. 7º, inc. *f* de la LNPA).

- Sobre la base de lo analizado en el punto 5 del presente, se concluye que:

i) Antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, la mayoría de la doctrina, la PTN y la jurisprudencia se pronunciaban a favor de la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable, es decir, en la procedencia de que la Administración suspensa provisoriamente los efectos del acto administrativo que no puede anular con efectos ejecutorios.

ii) A partir de la nueva redacción de la LNPA, el art. 17 expresamente prevé 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".

iii) En nuestra opinión, los órganos estatales o, en su caso, los entes no estatales en ejercicio de función administrativa, pueden y deben suspender por sí y ante sí los efectos de aquellos actos administrativos irregulares que, por gozar de la estabilidad excepcional que concede el art. 17, no pueden anularse con efectos ejecutorios en sede administrativa.

La suspensión de oficio del acto administrativo estable debe disponerse por un plazo breve, condicionándosela a la inmediata interposición de una medida cautelar pues, de lo contrario, la Administración podría estar incurriendo, quizás, en una suspensión *sine die,* o, lo que es lo mismo, en una anulación encubierta.

La fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable opera como una *condición resolutoria*, esto es, aquella que condiciona el cese de los efectos jurídicos directos a un acontecimiento futuro e incierto que, en nuestro caso, sería la interposición de la medida cautelar antes o conjuntamente con la demanda de lesividad.

Si bien al estudiarse la teoría del acto administrativo en general se sostiene que la "condición resolutoria" opera como un "elemento o cláusula accesoria o accidente" del acto, lo cierto es que la doctrina entiende que los elementos accidentales dejan de ser tales para convertirse en esenciales, con los efectos consiguientes en cuanto a la validez del acto que las contiene, cuando ellos sean inherentes al respectivo acto, porque de ser así se trataría, en realidad, de elementos constitutivos del objeto normal de éste.

En nuestro caso, la legitimación de la suspensión o paralización provisoria del acto administrativo estable proviene de su vinculación temporal inmediata con la interposición de la medida cautelar, antes o conjuntamente con la demanda judicial de nulidad la que, si no es interpuesta dentro del plazo razonable aludido, se torna en ilegítima y, en consecuencia, los efectos jurídicos del acto suspendido recuperan su plena vigencia.

En consecuencia, entendemos que la fijación del plazo máximo para la suspensión administrativa de los efectos de un acto administrativo estable se erige

como un elemento esencial del acto administrativo que dispone la suspensión pues, su incumplimiento, torna en antijurídico el objeto de la declaración.

- Según fuera expuesto a lo largo del punto 6:

i) La acción de lesividad es aquella 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.

ii) El objeto de la pretensión consiste en obtener la nulidad judicial del acto administrativo irregular estable, es decir, aquel que en virtud de la estabilidad excepcional otorgada por el art. 17 de la LNPA no puede ser anulado con efectos ejecutorios por la propia Administración.

iii) La admisibilidad de la pretensión anulatoria del Estado está condicionada al previo agotamiento de la vía administrativa, lo que se logra luego de tramitar un procedimiento que culmina con la declaración de lesividad, y que se interponga la demanda dentro de los plazos de prescripción contemplados en el art. 22 de la LNPA.

En este último sentido, según se desprende de la nueva redacción de la LNPA, *a)* frente a un acto administrativo nulo de nulidad absoluta (v.gr.: irregular), la Administración tiene diez (10) años desde su dictado para sustanciar el procedimiento administrativo que culmina con la *declaración de lesividad* e iniciar el proceso de lesividad, pues luego de aquel término la acción de lesividad prescribe; *b)* si se tratare de actos administrativos afectados por nulidades relativas, el plazo de prescripción para declarar lesivo e iniciar el proceso de lesividad es de dos (2) años desde que se emitió el acto administrativo cuya nulidad judicial se pretende.

iv) En el ámbito del derecho administrativo nacional, el fuero competente en la acción de lesividad es el fuero contencioso administrativo federal

v) En relación con la sentencia que se dicte en el proceso de lesividad, cabe tener en cuenta que según lo dispuesto en el último párrafo del art. 14 de la LNPA, aquella "tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

En nuestra opinión, las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA parecieran recoger nuestro criterio acerca de la posibilidad de otorgar a las sentencias lo que hemos denominado como una *retroactividad atenuada* en los términos recién mencionado.

Ello así pes, como vimos, si bien el *principio general* en la LNPA es, como vimos, y en línea con nuestro criterio, que la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, lo cierto es que tales efectos podrán

atemperarse "por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

En otras palabras, en nuestra opinión, cuando el tribunal disponga que por razones de equidad que los efectos de la sentencia no tendrán efectos retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo irregular, sus efectos podrán retrotraerse a la fecha en que la declaración de lesividad fue notificada al particular toda vez que, en rigor, a partir de entonces podría afirmarse fehacientemente que los frutos percibidos por el administrado habrían sido gozados de mala fe.

- De lo enunciado en el punto 7 se concluye que tanto la anulación de oficio del acto administrativo irregular, cuando aquélla resulte pertinente, como la deducción de la demanda judicial, cuando aquel modo de anulación no sea posible, constituyen un deber de cumplimiento ineludible que corresponde a la Administración: no se trata, pues, de una facultad discrecional sino, antes bien, de una potestad administrativa de uso obligatorio.
- Por último, en el punto 8 vimos que si se tiene en consideración, por un lado, que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer directa e inmediatamente el interés público, el que supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico y, por otra parte, que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, ante una norma que vulnera la Constitución o la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus potestades inherentes, debe inaplicarla.

b) Finalmente, y a modo de reflexión, en esta oportunidad solo queremos recordar que, como precisó Prosper Weil, el derecho administrativo es esencialmente un arbitraje históricamente variable entre el poder y la libertad, una disciplina que aspira a ser instrumento de libertad y, a la vez, garantía de acción administrativa[365].

El principal desafío que existe para todo administrativista es, sin duda, lograr un equilibrio en la valoración de las exigencias de la relación jurídico-administrativas[366], entre las prerrogativas y las garantías, el poder y la libertad.

Naturalmente, cuando señalamos que aquel es el gran desafío de los administrativistas nos referimos no solo a los *juristas* que se dedican al estudio y al cultivo del derecho administrativo sino, también, a los *legisladores*, que son quienes

365 WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo,* Madrid, Cívitas, 1986, p. 51.

366 Así, se ha señalado que "en último término, todos los problemas jurídico-administrativo consisten –y esto conviene tenerlo bien presente– en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, 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". *(*GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...,* ob. cit., T. 1, p. 45).

tienen la responsabilidad de instrumentar las normas jurídico-administrativas, y a los *operadores jurídicos* que, en el ámbito de la Administración Pública, son los funcionarios y asesores y, en la justicia, los jueces, pues estos últimos, en nuestro sistema, están llamados a decidir con fuerza de verdad legal todos los conflictos, entre ellos, los jurídico administrativos.

Así, pues, si entendemos que el derecho administrativo no debe ser ni lo suficientemente individualista como para paralizar el servicio público, ni lo suficientemente estatista como para desconocer los derechos subjetivos del particular[367], creemos que la mejor forma de alcanzar ese equilibrio es, como el profesor Julio Rodolfo Comadira, adhiriendo "a una visión servicial y no opresiva de la prerrogativa pública y a una concepción solidaria del derecho individual"[368].

En tal sentido, si de algo estamos convencidos, es que las soluciones aquí propuestas no son más que un intento honesto y desinteresado que responde a la búsqueda de ese imperativo de ecuanimidad, y que tiene como norte el restablecimiento del principio de juridicidad donde, como señalaba mi padre, el Maestro Julio Rodolfo Comadira, el respeto de la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales refulge por su importancia.

FERNANDO GABRIEL COMADIRA

Es Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral de la que se egresó con Medalla de Oro al mejor promedio y premio a la mejor tesis de su promoción. Diplomado en Contrato Administrativo de Obra Pública por el FECIC. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Docente de Derecho Administrativo en las carreras de grado en la Universidad Austral y en la Pontificia Universidad Católica Argentina y de posgrado en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (en las materias Contratos Administrativos y Control Judicial de la Administración Pública), en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la carrera del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN) del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y en distintas especializaciones, cursos profundizados y diplomaturas. Autor de diversas publicaciones sobre la materia. Expositor en congresos vinculados con el derecho administrativo y constitucional. Integra el Estudio Comadira - Abogados. Fue

367 GARRIDO FALLA, Fernando, "La Administración y la Ley", *Revista de la Administración Pública*, Nº 6, Madrid, 1951, p. 125 y ss., especialmente p. 129.

368 COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...,* ob. Cit., p. 754.

asesor legal en la Dirección General de Sumarios de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y asesor externo de la Subsecretaría de Energías Renovables de la Secretaría de Energía de la Nación y del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

RÉQUIEM PARA LA MALHADADA TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN

Carlos María Folco
Profesor de la Universidad Nacional del Litoral.

Sumario: 1. Introducción. 2. La atribución de facultades materialmente jurisdiccionales a la Administración. 3. La violación del debido proceso en sede administrativa. 4. La doctrina de la subsanación. 5. La Ley de Bases.

I. Introducción

La Reforma Constitucional de 1994 en Argentina introdujo trascendentales cambios en el marco jurídico y en el reconocimiento de los derechos humanos, destacando la dignidad humana como valor fundamental en el ordenamiento constitucional. Este concepto se fortalece a través de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, lo que implica que estos tratados tienen el mismo valor que la Constitución y deben ser interpretados en armonía con ella.

La dignidad humana se establece entonces como un principio básico que guía la interpretación y aplicación de derechos y garantías, y se relaciona con la protección de la libertad, la igualdad, la seguridad y la participación en la vida pública. La reforma dio un lugar especial a los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, resaltando la importancia de una vida digna. Además, se promovieron principios como el respeto a la diversidad y la inclusión social, buscando asegurar que todos los individuos, independientemente de sus circunstancias, puedan ejercer plenamente sus derechos.

Este reconocimiento de la dignidad humana impone obligaciones al Estado de promover, proteger y respetar estos derechos, y a no realizar acciones que los vulneren. La dignidad humana, por tanto, se convierte en un eje central para la interpretación de los derechos en Argentina, estableciendo un compromiso ético y jurídico que orienta la acción estatal y permite a los ciudadanos exigir el respeto a sus derechos fundamentales.

Aun antes de la reforma constitucional, nuestro Máximo Tribunal en "Pupelis"[1] ha señalado que la evolución del derecho a llevado a que la dignidad de la persona humana se haya convertido en el centro sobre el cual gira la organización de los derechos fundamentales, para sostener un par de años después en "Bahamondez"[2] que "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".

Este lugar central de la dignidad de la persona humana se convierte en un sólido eje sobre el cual habrá de girar el íntegramente todo el sistema jurídico argentino.

En el Derecho Administrativo, la Ley de Bases[3], al incluir el art. 1º *bis* en la vieja Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 (LNPA), introduce –entre otros varios principios fundamentales– a la "tutela administrativa efectiva" y la "buena administración".

Por primera vez en el plano normativo, el derecho a una "buena administración" tiene consagración expresa. Al mismo tiempo, encuentra sostén adicional en la relación armónica de una serie de normas y principios de raíces convencionales, constitucionales y legales, tales como la citada "tutela administrativa efectiva" (rotulado por la Ley de Bases en el art. 1º *bis*, que contempla esencialmente los recaudos del debido proceso adjetivo al cual refería el anterior art. 1º, inc. *f* de la Ley 19.549, además, implícito en la Constitución Nacional, CN); el principio de razonabilidad (art. 1º *bis* LNPA y art. 28, CN); el cumplimiento antes del dictado del acto administrativo de los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, incluyéndose 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" (art. 7º, inc. *d* de la LNPA); el derecho de defensa (art. 18, CN; 8 del Pacto de San José de Costa Rica); celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites y gratuidad, ya que los recursos y los reclamos administrativos deberán tramitar y sustanciarse íntegramente por el órgano de grado que deba resolverlos, excepto en el caso de recursos o reclamos dirigidos al Poder Ejecutivo nacional (Art. 1º

1 CSJN, "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa nº 6491", 14/05/1991. Fallos: 314:424.

2 CSJN, Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar. 06/04/1993. Fallos: 316:479.

3 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (Ley de Bases).

bis inc. *c*, LNPA); el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14, CN; implícitamente contenidos en los arts. 19 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP de 1966):); plazo razonable (art. 1º *bis* inciso 2 punto 4 de la LNPA y art. 8.1, Convención Americana de Derechos Humanos); el principio cardinal de buena fe (art. 1º *bis* LNPA) que además debe imperar en las relaciones jurídicas y la búsqueda de la verdad real u objetiva (art. 1º *bis* inc. *a* punto 2), de la LNPA), entre otros.

Existe una triple ponderación de la "buena administración", toda vez que se erige en un principio general de inexcusable aplicación; constituye una obligación de todo ente estadual y finalmente, es un derecho fundamental de la ciudadanía, del que se derivan otra serie de derechos y principios conducentes a resaltar la dignidad humana.

Ello lo entresacamos de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013, donde en su Preámbulo se expresa que: "La buena administración pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la administración pública y al derecho administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda administración pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los Poderes Públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena administración pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana".

El derecho comunitario europeo reconoce la buena administración y el buen gobierno como derechos humanos, consagrados en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada por el Consejo Europeo en Niza, del 8 al 10 de diciembre de 2000. Este artículo establece:

"1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos de manera imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable."

Este derecho incluye, entre otros, el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se adopte una resolución o medida individual que le afecte negativamente; el derecho a acceder a su expediente, respetando los intereses

legítimos de confidencialidad y secreto profesional y comercial; y la obligación de la administración de motivar sus decisiones.

En este contexto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España[4] aclara que el principio de buena administración exige más que el cumplimiento estricto de los procedimientos. También demanda la plena efectividad de las garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente.

La Constitución Italiana refiere a la buena administración en el art. 97 al establecer que los órganos administrativos deben organizarse según las normas de la ley, de manera de que se garantiza el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración.

Rodríguez Arana Muñoz[5] certeramente afirma que el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es un Derecho del poder público para la libertad solidaria, un Ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar, como bien sabemos, orientadas al servicio objetivo del interés general, tal y como proclama solemnemente el art. 103 de la Constitución española de 1978, agregando que atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo.

La importancia vital del derecho administrativo radica en que no solo regula la actuación de la administración pública, sino que también protege los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho a una buena administración y la tutela administrativa efectiva están intrínsecamente relacionados, ya que ambos conceptos buscan garantizar que los ciudadanos reciban un trato justo y equitativo por parte de la administración pública.

Queda dicho que el derecho a una buena administración implica que los ciudadanos tienen derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial, transparente y eficiente por las autoridades administrativas. Este principio se ha consolidado en diversas normativas y jurisprudencia[6], destacando su importancia en la protección de los derechos de los ciudadanos frente a posibles abusos de poder por parte de la administración.

4 Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España, sentencia del 18 de mayo de 2020 (recurso 6950/2018).

5 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. Jaime, "Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Año 12, Nº 47, pp. 13-50, jan./mar. 2012.

6 Vid CFed. Seg. Social, sala II, "Kempes, Mario c. DGI", 28/11/1996,

La Corte Suprema[7], en un fallo de hace un siglo y medio, aplica por donde por primera vez el principio de seguridad jurídica, en lo que aquí interesa dejó sentado que "la administración debe ser leal, franca y publica en sus actos.

En nuestros días, la Cámara Federal de Córdoba[8], en un fallo aleccionador, señala que la AFIP al ser el ente encargado de ejecutar las políticas impulsadas por el PEN en materia tributaria, aduanera y de recaudación de los recursos de la seguridad social la obliga a obrar con la mayor prudencia y pleno conocimiento de las cosas de manera que su conducta no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un aprendiz, sino que debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada en atención a la función que cumple y que su condición le exige una diligencia y organización acorde con su objeto para poder desarrollar con idoneidad su actividad.

Por otro lado, la tutela administrativa efectiva se refiere a la capacidad de los ciudadanos para acceder a mecanismos que les permitan defender sus derechos e intereses en el ámbito administrativo. Esto incluye el derecho a ser escuchados, a presentar alegaciones y a recibir respuestas adecuadas a sus solicitudes. La tutela administrativa efectiva asegura que los ciudadanos puedan recurrir a la administración para obtener soluciones a sus problemas y que estas soluciones sean justas y fundamentadas.

La interrelación entre el "derecho a una buena administración" y la "tutela administrativa efectiva" se manifiesta en varios aspectos, entre ellos, en la centralidad del ciudadano, en cuanto ambos principios enfatizan la importancia de la participación y consideración de los ciudadanos en los procesos administrativos. La buena administración busca que las decisiones administrativas se tomen teniendo en cuenta las necesidades y derechos de los ciudadanos, mientras que la tutela administrativa efectiva garantiza que estos puedan hacer valer sus derechos en esos procesos.

Por lo demás, la buena administración actúa como un marco que protege los derechos fundamentales de los ciudadanos, asegurando que la administración no solo actúe dentro de la legalidad, sino que también lo haga de manera justa y equitativa. La tutela administrativa efectiva, a su vez, proporciona los mecanismos necesarios para que los ciudadanos puedan reclamar y defender esos derechos cuando se ven vulnerados.

El Tribunal Supremo de España considera que el principio de buena administración "reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y ordena a los responsables de gestionar

7 CSJN, "Don Manuel Ocampo c/Administración de Rentas de Rosario s/Mercaderías embargadas", 27-06-1871. Fallos: 10:203.

8 CFAp, Córdoba, sala A, "Conci Marcelo Raúl", 24/10/2018.

el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad"[9].

Por demás, el derecho administrativo es uno de los pilares fundamentales para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de la administración pública. La seguridad jurídica implica la certeza de los individuos sobre sus derechos y obligaciones, así como sobre las consecuencias de sus acciones y de las acciones de la administración pública. En este sentido, el derecho administrativo promueve la seguridad jurídica mediante varias funciones (regulación de la actuación de la administración; control de legalidad; protección de los derechos de la ciudadanía; Estabilidad normativa; entre otras varias).

2. LA ATRIBUCIÓN DE FACULTADES MATERIALMENTE JURISDICCIONALES A LA ADMINISTRACIÓN

La atribución de facultades materialmente jurisdiccionales a la Administración es un tema que ha generado un importante debate constitucional, ya que se relaciona con el principio de separación de poderes.

Los convencionales constituyentes de 1853 en Argentina se apartaron de la fuente norteamericana en varios aspectos importantes, uno de ellos fue la prohibición expresa al presidente de la Nación de ejercer funciones judiciales. Veda cualquier posibilidad de intervención directa del presidente en la administración de justicia.

Aquí nuestros convencionales tomaron como modelo el art. 108 de la Constitución Política de la República de Chile de 1833[10].

Esta separación estricta de poderes fue vista entonces como una forma de evitar el autoritarismo y garantizar la independencia judicial, un tema de especial preocupación para los constituyentes argentinos tras un largo periodo de inestabilidad y caudillismo.

En el actual art. 109 (art. 92 del texto original) de la CN, se establece claramente que el presidente de la Nación no puede en ningún caso ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni restablecer las fenecidas. Este artículo fue introducido precisamente para mantener una distinción rigurosa entre los poderes del Estado y evitar que el Poder Ejecutivo pudiera interferir directamente en el ámbito judicial, protegiendo así la independencia de la justicia, que constituye un pilar fundamental de la República y del Estado de Derecho en Argentina.

9 STS de 11/06/2020, ECLI:ES:TS:2020:1884).

10 "Artículo 108. La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos" (Constitución Chilena de 1833).

Ahora bien, en Argentina –al igual que en muchos otros países– se ha validado la actuación de tribunales administrativos que son órganos que pertenecen a la administración pública y tienen la facultad de resolver conflictos en determinadas materias que involucran al Estado y a particulares o entre particulares, bajo un marco de derecho público. Ejercen facultades materialmente jurisdiccionales, bajo ciertas condiciones y garantías.

Para la Corte Suprema, la doctrina según la cual es válida la creación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales no supone la posibilidad de un otorgamiento incondicional de tales atribuciones. La actividad de esos órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente[11].

En "Compañía Industrial Ganadera Penta S.A."[12], nuestro Máximo Tribunal ratifica la doctrina de "Fernández Arias", al sentenciar que "...no constituye sustento válido del recurso extraordinario la alegada inconstitucionalidad del Decreto Ley 19.508/72, en tanto acuerda facultades jurisdiccionales a órganos de la administración pública, toda vez que es válida la existencia de tribunales administrativos con el solo recaudo de que se posibilite la revisión judicial de sus resoluciones".

A su vez, en "Ángel Estrada y Cia SA"[13] habría de agregar otros requisitos, en el entendimiento que si bien el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la CN, tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

En el año 2010, con cita del precedente "Fernández Arias", en lo relativo a la "separación de poderes" o "distribución" de los poderes, principio que considera fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica, el alto tribunal[14] estima que, si bien se ha admitido en pos de adecuar el citado principio

11 CSJN, "Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José -Sucesión", 19/09/1960. Fallos: 247:646.

12 CSJN, "Compañía Industrial Ganadera Penta S.A. s/apela multa Dirección de Comercio" 21/10/1975. Fallos: 293:213.

13 CSJN, "Angel Estrada y Cia. S.A. c/ Resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (expte. nº750-002119/96) s/recurso extraordinario", 05/04/2005.Fallos: 328:651.

14 CSJN, "Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal", 15/06/2010. Fallos: 333:935.

a las necesidades de la vida cotidiana, en ciertas oportunidades y bajo estrictas condiciones el Poder Ejecutivo u organismos de la administración realicen funciones jurisdiccionales, ello ha sido bajo la condición de que tal ejercicio no implique un total desposeimiento de atribuciones en perjuicio del Poder Judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o, cuanto menos, la omisión del principio de división de poderes, sin cuya vigencia la forma republicana de gobierno queda sin base que la sustente y, en consecuencia, las funciones estatales resultan potencialmente desquiciadas con el consiguiente desamparo de las libertades humanas.

En el contexto del derecho administrativo, el control judicial suficiente permite que el Poder Judicial revise actos administrativos y decisiones de tribunales administrativos o agencias del Poder Ejecutivo. Este control asegura que, aun cuando los tribunales administrativos tengan la facultad de tomar decisiones en ciertos ámbitos, los ciudadanos afectados por estas decisiones puedan recurrirlas ante la justicia si consideran que sus derechos han sido vulnerados.

3. La violación del debido proceso en sede administrativa

Hemos visto que, por creación pretoriana y bajo ciertas condiciones y requisitos, la Corte Suprema de Justicia ha validado la actuación de tribunales administrativos que ejercitan funciones materialmente jurisdiccionales.

Pues bien, ¿Qué ocurre cuando el ciudadano es sometido a un palmario estado de indefensión en sede administrativa o bien existe un defectuoso cumplimiento del debido proceso?

En el derecho comparado, cuando se viola el debido proceso en sede administrativa, la consecuencia principal es la nulidad o anulación del acto administrativo impugnado. Los sistemas jurídicos de diversos países contemplan mecanismos para que los ciudadanos afectados por una vulneración de sus derechos procesales puedan recurrir a instancias judiciales o administrativas en busca de protección y corrección de los actos irregulares.

En Estados Unidos, el debido proceso administrativo es garantizado por la *Fifth* y la *Fourteenth Amendment* de la Constitución, que protegen contra la privación de "vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal". Si una agencia administrativa viola los derechos procesales de una persona, los tribunales pueden anular la decisión administrativa. Este principio se aplica bajo el concepto de *judicial review* (revisión judicial), en el que el acto administrativo se evalúa para asegurar que se ajustó al debido proceso.

En España, el derecho al debido proceso en sede administrativa se encuentra amparado en el art. 24 de la Constitución Española y en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Una violación del debido proceso, como la falta de audiencia o de notificación, suele

llevar a la nulidad del acto administrativo por defecto de forma. Las personas afectadas pueden recurrir el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual puede declarar la nulidad de pleno derecho si se considera que la violación ha afectado los derechos fundamentales del administrado.

En el sistema administrativo francés, el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) protege el debido proceso y los derechos de los administrados mediante el control de la legalidad de los actos administrativos. Si un acto administrativo viola principios fundamentales del procedimiento, como el derecho a la defensa o el derecho de audiencia, el Consejo de Estado puede declarar la anulación del acto. Este tipo de control responde al principio de *excès de pouvoir* (exceso de poder), en el que el órgano de revisión evalúa si la administración ha excedido sus competencias o ha actuado de manera arbitraria.

En Alemania, el principio del debido proceso en sede administrativa se ampara en la Ley Fundamental de Bonn y en la Ley de Procedimiento Administrativo. La jurisprudencia del *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal) establece que cualquier acto administrativo que viole el debido proceso puede ser anulado si esta violación afecta el contenido del acto. Los tribunales pueden revisar decisiones administrativas para asegurar que se haya respetado el derecho de audiencia, el derecho a un procedimiento justo y el derecho a una resolución fundada.

4. LA DOCTRINA DE LA SUBSANACIÓN

En el derecho comparado, tal como se desarrollara en el acápite anterior, la violación del debido proceso en sede administrativa generalmente lleva a la nulidad o a la revisión judicial del acto administrativo, proporcionando así un mecanismo de control sobre la administración y protegiendo los derechos de los ciudadanos frente a posibles abusos.

No obstante, en Argentina, existe una inveterada jurisprudencia de nuestro tribunal cimero sobre lo que el maestro Juan Francisco Linares ha denominado Tesis de la subsanación[15]. Esta doctrina de la subsanación pregona que la violación en sede administrativa de las exigencias derivadas del debido proceso puede ser salvadas en la instancia judicial.

Así, la Corte Suprema en "Fábrica de Agua Lavandina (Balcarce)"[16], un fallo de 1948, estableció que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente, dado que "...el recurrente que tuvo en éste oportunidad para hacer las alegaciones pertinentes no

15 Linares, Luis Alberto, "La garantía de defensa ante la administración", *La Ley*, 142-1137.

16 CSJN, "Fábrica de Agua Lavandina (Balcarce)", 15/12/1948. Fallos: 212:456.

puede fundar eficazmente en la falta de audiencia en el primero la violación del art. 18 la Constitución Nacional".

En idéntico sentido se expidió al resolver "Echarren, Ricardo"[17], señalando que: "Puesto que la restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente, el recurrente que tuvo en éste oportunidad para ser oído en forma que remedia las deficiencias que pudieran haber existido en la tramitación anterior, no puede alegar fundadamente la violación de la mencionada garantía constitucional". Esta tesitura la habría de reiterar en "Villamonte, Dionisio"[18], "Sindicato Argentino de Músicos"[19] "Argentine Land And Investment Co. Ltd"[20] y "Universidad Bartolomé Mitre"[21], entre otros varios.

Ahora bien, el ingreso de Argentina al Sistema Interamericano a partir de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el año 1984 y la reforma constitucional de Santa Fe Paraná en 1994, en cuanto integra el sistema de DDHH en el texto reformado, conformando el "bloque de constitucionalizad" de validez supra legal, ha dado un giro copernicano en nuestro sistema jurídico.

El art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que especifican claramente las garantías judiciales que son aplicables a todo tipo de procesos: "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 a 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, física o de cualquier otro carácter".

Pese a la claridad meridiana del texto convencional, cierta jurisprudencia nacional inexplicablemente ha considerado que tales garantías devienen inaplicables en el procedimiento administrativo, toda vez que la Convención Americana solo refiere a "garantías judiciales".

Ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos quien al resolver el caso del "Tribunal Constitucional vs. Perú"[22] despeja cualquier duda al respecto, al decidir que: "... cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o 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 dere-

17 CSJN, "Echarren, Ricardo c/ Consejo Profesional de Ingeniería Civil", 20/11/1950. Fallos: 218:535.

18 CSJN, "Villamonte, Dionisio D", 10/11/1959. Fallos: 245:183.

19 CSJN, "Sindicato Argentino de Músicos" 06/07/1962. Fallos: 253:229.

20 CSJN, Argentine Land And Investment Co. Ltd. c/ Nación. Fallos: 267:393.

21 CSJN, Universidad Bartolomé Mitre. 05/03/1969. Fallos: 273:134.

22 Corte IDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú"(Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31/01/2001, Serie C, Nº 71.

chos y obligaciones de las personas [...] cualquier órgano 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 art. 8º de la Convención Americana."

Luego en el caso "Baena c/ Estado de Panamá"[23], ese tribunal ha señalado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8º de dicha Convención resulta aplicable a todos los órdenes mencionados en el numeral 1 del artículo, consagrando un profundo alcance del debido proceso, entendiendo que toda persona tiene ese derecho en materia penal o administrativa, dejando sentado que la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, tales como el respeto de los DD.HH.

La Corte IDH Ha entendido que "... es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber [...] La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esa obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso..." (párrafo 129).

Sobre tales bases, nuestra Corte Suprema en "Losicer Jorge Alberto"[24], tuvo oportunidad de ajustar su doctrina a tal decisorio, aplicando la garantía convencional del plazo razonable. El tribunal indicó que "los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentan como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Ahora bien, resulta esencial que para nuestro máximo tribunal no solo cabe aplicar –como lo hizo en el caso– la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo, sino todas aquellas que integran el debido proceso.

Efectivamente, la Corte ha descartado que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los

23 CIDH, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

24 CSJN, Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (Exp. 105666/86)", 26/06/2012. Fallos: 335:1126.

principios reseñados "...pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8º de 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 [...] tampoco es óbice a la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones como las aplicadas por el Banco Central en el caso de autos hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte como de carácter disciplinario y no penal".

Poco tiempo después, en "Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.)"[25], el Tribunal ratifica esa doctrina y revocó la sentencia que confirmó las sanciones aplicadas por presuntas infracciones al régimen financiero porque fue vulnerada la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable al que alude el art. 8º, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "...teniendo en cuenta el análisis global del procedimiento, que comprende tanto el sumario llevado a cabo en la órbita del Banco Central, como la instancia judicial de revisión cumplida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y que se prolongó hasta casi veintiséis años después de ocurridos los hechos investigados, extensión que resulta injustificada, máxime al no advertirse que se trate de un asunto de especial complejidad o que haya sido la actuación procesal de los sancionados la que haya interferido en el normal desarrollo de los procedimientos".

En este sentido, queda sentado que tanto la jurisprudencia de la CIDH como de nuestra Corte Suprema, aprecian que la garantía del debido proceso resulta aplicable en el campo de los procedimientos administrativos "...y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (párr. 127 del caso "Baena").

5. La Ley de Bases

De todo ello se deduce que por la evolución de la legislación y la jurisprudencia deviene inadmisible sostener la teoría de la subsanación en los términos bosquejados desde antaño por la CSJN como herramienta válida para soslayar groseras violaciones al debido proceso cometidas en el procedimiento administrativo.

Tanto así que el profesor Mairal[26] con clara enjundia señala que de todo esto resulta que la jurisprudencia aplica estrictamente las normas administrativistas en contra del particular, pero flexibiliza esas normas cuando el particular es quien

25 CSJN, Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/BCRA s/ resol 178/93. 19/11/2013. fallos: 336:2184.

26 MAIRAL, Héctor A., "¿Uno o dos derechos administrativos?" en GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 7; BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (dir,), *El derecho administrativo en la práctica*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013.

las invoca a su favor en contra del Estado y que la misma disparidad de criterios a que hace referencia se evidencia también en otra jurisprudencia que también trata al particular con un rigor que no es común ver que se aplique al Estado, lo cual lo lleva a interrogar si existen uno o dos derechos administrativos.

Ciertamente, la Ley 27.742[27] (Ley de Bases) ha producido enmiendas positivas.

Robustece el imperio de la ley, en cuanto consagra en el art. 1º *bis* los principios fundamentales del procedimiento administrativo, enunciando 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.

Nos hemos explayados con suficiencia en lo relativo a la buena administración y a la tutela administrativa efectiva.

Aquí, en lo atinente al tema que nos convoca, señalamos que la nueva redacción del art. 14 determina los casos en los cuales el acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable, enumerando entre ellos, aquellos en que se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable (art. 14, inc. *b*, punto *iv*).

Sobre esta causal, Cassagne y Perrino[28] afirman que su incorporación en el art. 14 traduce la clara decisión del legislador de fortalecer la relevancia del elemento procedimiento y, como parte de aquel, de la tutela administrativa efectiva (arts. 7º y 1º *bis*), en merito a lo cual las graves irregularidades en el trámite administrativo, entre ellas la violación del derecho a ser oído, especialmente mencionada en el art. 14, inc. *b*), ap. (*iv*) de la LNPA, acarrean la sanción de nulidad absoluta, señalando –con cita de Mairal en su auxilio– que a partir de la reforma efectuada a la LNPA no es posible acudir a la denominada teoría de la subsanación, en virtud de la cual se consideraba que las irregularidades procedimentales (incluso en supuestos de violaciones al debido proceso adjetivo) eran susceptibles de quedar purgadas por la posterior intervención del interesado en una vía impugnatoria administrativa o judicial posterior, con lo cual los vicios relativos a las formas del proceso de formación de la voluntad administrativa se valoraban como determinantes de una nulidad relativa.

En el ámbito del derecho administrativo, los principios de buena administración, tutela administrativa efectiva y debido proceso son fundamentales para garantizar que la actuación de la administración pública se ajuste a los estándares

27 B.O. 8/7/2024.

28 CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *La Ley* 17/09/2024, 1. (TR LALEY AR/DOC/2299/2024).

legales y éticos, protegiendo los derechos de los ciudadanos y promoviendo la eficiencia y transparencia en la gestión pública.

Por ello hacemos notar que, en sede administrativa, la nulidad absoluta es la consecuencia de violaciones graves al debido proceso, tales como la falta de notificación, la omisión del derecho a ser oído, vulneración del derecho a ofrecer y producir pruebas, del derecho a una decisión fundada y a un plazo razonable. Estos vicios afectan los derechos fundamentales de los administrados y el principio de legalidad, y, en consecuencia, hacen que el acto administrativo carezca de validez y eficacia jurídica desde su origen. La nulidad absoluta que instaura para estos casos la LNPA es una herramienta esencial para proteger a los ciudadanos frente a abusos y arbitrariedades en el ámbito administrativo.

Esto es, la doctrina o teoría de la subsanación queda definitivamente desterrada del sistema jurídico argentino. Enhorabuena. La administración a la que se le permite subsanar es una administración a la que se le permite errar; y en derecho, cada error es una amenaza a la seguridad jurídica, pilar básico de la confianza en el Estado de Derecho.

Una tutela administrativa efectiva es la garantía de que el ciudadano no está solo frente al poder, sino protegido por el derecho.

CARLOS MARÍA FOLCO

Es Profesor de la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad de Belgrano; Director Académico de la Diplomatura en Naciones Unidas "Procedimiento Tributario Global" (Convenio IEFPA-UNITAR), Ginebra, Suiza, de la Especialización en Tributación y Fiscalidad Internacional, Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes; de la Especialización en Derecho Tributario, Universidad Nacional del Litoral; Juez Federal de Ejecuciones Fiscales Tributarias.

ATENUAR EL PRESIDENCIALISMO REFORZANDO SUS PODERES (UNA REALIDAD DISTINTA A LA IMAGINADA): LOS DECRETOS DEL PRESIDENTE

Gonzalo Sebastián Kodelia
Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad de José Clemente Paz; Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

Federico Thea
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Presidente del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

Sumario: 1. Introducción. 2. La división de poderes en la teoría política. 2.1. División de poderes y distribución de funciones. 2.2. La recepción de la teoría en nuestra Constitución. 3. Organización y límites del Poder Ejecutivo. 3.1. Prohibiciones constitucionales expresas. 3.2. Función administrativa y facultad reglamentaria. 3.3. Centralización, descentralización y "doble fractura". 4. Decretos delegados. 4.1. La delegación legislativa. 4.2. Decretos delegados antes de 1994. 4.3. Decretos delegados después de 1994. 4.4. Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa. 4.5. La Disposición Transitoria Octava. 5. Decretos de necesidad y urgencia. 5.1. Regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia. 5.2. Requisitos sustanciales: las *circunstancias excepcionales*. 5.3. El procedimiento constitucional y la Ley Reglamentaria 26.122. 6. Irrazonabilidad de la Ley 26.122 y (des)control de constitucionalidad.

1. Introducción

La Reforma Constitucional de 1994 es el nombre con el que se conoce al pacto de elites que tuvo como objetivo fundamental extender el mandato del entonces presidente Menem, a efectos de continuar el proceso de reconversión económica y estructural del Estado iniciado en 1989.

La coalición de fuerzas políticas y sociales que ese proyecto representaba, encontró oportuno el momento dado, teniendo en cuenta la fortaleza con la que contaba el presidente y el apoyo electoral que lo sostenía como el líder político mayoritario.

La coyuntura propiciaba que la reforma constitucional se hiciera *desde afuera* y *por arriba*, es decir, relegando la tarea de la Convención Constituyente a lo que un acuerdo de cúpulas hubiere decidido. Ese fue el Pacto de Olivos y su traducción legal en el Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB) aprobado por Ley 24.309, por la cual se declaró la necesidad de la reforma y se jugó a todo o nada: la Convención debía votar el NCB a *libro cerrado*, por la afirmativa o por la negativa, y en la gramática ya impuesta (art. 5º).

El paquete incluía, en lo que verdaderamente interesaba, las normas que regulaban la reelección presidencial, el sistema electoral que a partir de entonces regiría para ese cargo y las facultades legislativas del presidente que, de ese modo, quedarían expresamente constitucionalizadas.

Lo que no deja de llamar la atención es que todo esto se fundó en el deseo de "atenuar el presidencialismo" y de lograr un nuevo equilibrio de poderes. Alfonsín, contraparte en el acuerdo *por arriba*, comenzaba su intervención en una de las sesiones de tratamiento del NCB, manifestando: "En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente... la intención de estas reformas es fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes"[1].

De este modo, todo lo que se suponía iba a atenuar, vino a fortalecer, pues los pronósticos tomaron el camino de una ilusión que hoy parece casi poética:

a) el Jefe de Gabinete, un cargo pensado como fusible ante una crisis terminal del sistema político que, anhelado por la oposición, evitaría la caída dramática del presidente, permitiendo un gobierno de coalición o de "unidad nacional";

b) los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) para ser utilizados en situaciones excepcionalísimas que hagan imposible el trámite ordinario de las leyes y controlados inmediatamente por un órgano especial del Congreso;

c) los Decretos Delegados, pensados como mecanismos que permitirían "agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes" (art. 2º, NCB, inc. *g*), Ley 24.309).

Pero si todavía nos detenemos en el análisis de institutos como el de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, es porque aún mantenemos esperanzas en el principio de división de poderes. Quizás de manera inercial, pero pareciera que las promesas de mayor control, libertad y de mejores decisiones que éste garantizaría, no han sido del todo desechadas y, en ese camino, la reunión de las funciones legislativas y administrativas en un solo órgano parece alterarnos.

Por eso, iniciamos este trabajo con una rápida recorrida histórica que permita rastrear los orígenes y evolución del principio de división de poderes hasta resultar alojado en nuestra Constitución. Posteriormente, analizaremos la densidad

1 Convención Nacional Constituyente, *Diario de sesiones*, Buenos Aires, Congreso de la Nación, p. 2631, disponible en www.infoleg.gob.ar.

organizativa y funcional del Poder Ejecutivo para pasar, luego, a la práctica constitucional de las delegaciones legislativas y DNU, diferenciando el régimen anterior y posterior a la reforma de 1994. Finalizaremos el viaje con algunas merecidas críticas al sistema legal de control de los decretos delegados y DNU plasmado en la Ley 26.122 y a la exorbitancia que ha adquirido el control de constitucionalidad en nuestro país.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA TEORÍA POLÍTICA

La búsqueda de límites al poder impuso, desde siempre, la necesidad de diseños institucionales hábiles para contenerlo y fue uno de los más intensos y permanentes móviles del pensamiento político.

Una de las respuestas más exitosas construidas por la teoría política fue el dispositivo de la división de poderes, "a tal grado que las primeras constituciones escritas, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791, se consideran una aplicación de ella"[2].

Si bien con antecedentes que se remontan a la antigüedad clásica[3], principalmente a la teoría del "gobierno mixto" de Polibio (siglo II a.c.), la teoría de la división de poderes tiene como su creador a MONTESQUIEU (1689-1755), quien la plasmó en su obra *Del espíritu de las Leyes* de 1748.

El "gobierno moderado" por el que abogaba Montesquieu, es aquel atravesado por divisiones horizontales y verticales.

Las primeras garantizan que entre el soberano y los súbditos existan "poderes intermedios", es decir, "cuerpos privilegiados que desarrollan funciones estatales, y en cuanto tales hacen imposible la concentración del poder público en manos de uno solo"[4]. Estos "contrapoderes" quedan identificados con las prerrogativas de los señores, la nobleza, el clero, las ciudades y las corporaciones[5].

Las segundas garantizan la fractura de la unidad del poder soberano y su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

2 BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, reimp. 2014, p. 135.

3 Sobre el punto, puede consultarse KODELIA, Gonzalo Sebastián, *Autoridades administrativas independientes: entre la técnica y la política. Historia, justificación y crítica*, José C. Paz, Edunpaz, 2024, cap. II, *División de poderes y republicanismo*, pp. 85/97, disponible en https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/view/95/108/381-1

4 BOBBIO, cit., p. 133.

5 Es útil destacar que, en este preciso punto, la teoría de la división de poderes se contrapone no sólo a la teoría del despotismo, "sino también a la de la república enunciada por Rousseau, para quien, una vez constituida la voluntad general que es la titular exclusiva de la soberanía, mediante el pacto social de cada cual con todos los demás, ya no se admiten 'sociedades parciales', interpuestas entre los individuos y el todo", BOBBIO, cit., p. 134.

Es el "gobierno moderado" el lugar donde se aloja la libertad política. Son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder: "La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites [...] Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder"[6].

2.1. *División de poderes y distribución de funciones*

En la base de la teoría que estamos exponiendo, subyace la idea del abuso del poder como natural tendencia del soberano. El poder unido genera gobiernos despóticos; si se divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad: "Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el Poder Legislativo se reúne con el Poder Ejecutivo, no hay libertad... Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar... Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares"[7].

Claramente, la condición de posibilidad de la libertad es la división de las funciones estatales de legislar, ejecutar y juzgar. Su concentración es la base de los gobiernos despóticos, independientemente de si son reunidas por "el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo". No se trata, entonces, de la sede del poder, sino de su concentración o separación. En la inteligencia de la teoría, serán despóticas aún las democracias, si el poder estatal no se encuentra dividido y radicado en distintas agencias públicas.

Es así que, precisando más el lenguaje, la teoría comenzó a hablar de división de funciones y no ya de poderes, atento a que "el poder del estado es único; las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podría hablarse más bien de una separación de las funciones"[8].

Estas funciones son imputadas a la persona jurídica estado y, bajo los moldes de la teoría así remozada, son las de legislar, juzgar y administrar, correspondiendo la última al Poder Ejecutivo.

6 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, *De las leyes relativas a la Constitución que determinan la libertad política*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 204.

7 MONTESQUIEU, cit., Libro XI, pp. 205/206.

8 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000, pp. 42/43.

2.2. *La recepción de la teoría en nuestra Constitución*

La teoría de la división de poderes fue alojada por nuestra Constitución, importando del modelo norteamericano su variante de los "frenos y contrapesos".

Que el poder deba estar dividido, no implicaba una separación estricta en la "que cada uno de los tres poderes era 'soberano en su esfera', es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad"[9]. Dividir "no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos"[10], ya que lo buscado era que cada poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo en que defendía su propia competencia, repelía los avances o invasiones de los demás.

Se trataba, entonces, de lograr un diseño institucional que consagre la fractura del poder estatal en sus tres funciones básicas, asignar cada una a un departamento específico y permitir la interferencia mutua con el objeto de controlar los avances de cada uno de ellos respecto a los demás. La teoría combinaba dos principios en forma compleja: división y control; atribución de funciones sustanciales a cargo de órganos específicos e intervenciones cruzadas.

Es así que nuestra Constitución dispuso que el gobierno federal (2ª parte, Título 1º, CN) se integra con un Poder Legislativo (Sección 1ª) a cargo de un Congreso bicameral (art. 44) con facultades para destituir por juicio político al presidente y a los miembros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 60); un Poder Ejecutivo (Sección 2ª) desempeñado por un presidente (art. 87) con facultades de veto y nombramiento de magistrados (arts. 83 y 99, inc. 4º); y un Poder Judicial (Sección 3ª) ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores (art. 108) con capacidad para controlar la constitucionalidad de leyes del Congreso y actos del presidente (art. 43).

3. ORGANIZACIÓN Y LÍMITES DEL PODER EJECUTIVO

Desde los inicios de nuestra organización nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, triunfó la corriente que proponía la configuración de un presidencialismo *fuerte*, con amplias competencias en el Poder Ejecutivo.

Su principal inspirador, Alberdi, entendía necesario plasmar en las nuevas instituciones, atributos de la antigua monarquía como la centralización y el Ejecutivo *fuerte*, para cuyo diseño se apartó de las fuentes constitucionales estadounidenses para alojar al constitucionalismo conservador chileno y a sus constituciones de 1823 y 1833.

9 GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 1, *Parte general*, cap. IX, *Las funciones del poder*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. IX-2.

10 MADISON, James, "El Federalista Nº 47", en HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 206.

Así, no dudaba en la elección al momento de pensar las facultades del presidente para la Confederación Argentina: "Mil veces se asemeja al de Chile que al de los Estados Unidos [...] Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo"[11].

3.1. *Prohibiciones constitucionales expresas*

La traducción del pensamiento alberdiano en un Ejecutivo *fuerte* no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el Ejecutivo del centro del poder estatal.

La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución Nacional se plasma en las cláusulas que prohíben:

- Al Poder Legislativo:
  - conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público (art. 29);
  - delegar en el Poder Ejecutivo competencias legislativas (art. 76, primera parte).
- Al Poder Ejecutivo:
  - emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3, segundo párrafo);
  - asumir funciones judiciales (art. 109).

3.2. *Función administrativa y facultad reglamentaria*

Preocupada ante los previsibles desbordes que un Poder Ejecutivo dotado de abundantes competencias podía generar, nuestra Constitución fijó claramente límites negativos a su actividad, mediante prohibiciones expresas de ejercicio de funciones legislativas y judiciales.

Si el presidente no legisla ni juzga, es porque le corresponde administrar. La función ejecutiva es aquella identificada con la Administración Pública y que surge de su rol de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (conf. art. 99, incs. 1º y 12, CN).

Esta posición de jefatura, lo obliga a actuar las declaraciones de los otros poderes: "Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las

11 ALBERDI, Juan Bautista, "Estudios sobre la Constitución argentina de 1853", en ALBERDI, Juan Bautista y SARMIENTO, Domingo Faustino, *Constitución y política. Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina. Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*; con Prólogo de Natalio R. BOTANA, Buenos Aires, Hydra, 2012, p. 283.

funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos"[12].

Se nota entonces que, así delimitada, la función administrativa propia del Poder Ejecutivo llega cuando los otros poderes hicieron su declaración mediante leyes, para ponerlas en práctica, o mediante sentencias, para garantizar su ejecución. Así concebida, la acción del Poder Ejecutivo queda subordinada a la declaración de los otros poderes.

Si se asigna al Poder Ejecutivo la competencia de actuar las declaraciones legislativas y judiciales es porque es el mejor capacitado para hacerlo, ya que en sus jefaturas supremas reúne las finanzas de la Nación y el monopolio de la fuerza pública, *la bolsa y la espada*. De ahí la importancia de mantener acotados y subordinados los márgenes de actuación del Ejecutivo.

Ahora bien, cuando el Poder Ejecutivo hace uso de sus facultades reglamentarias, no deja por ello de ejercer función administrativa, subordinada a la ley, ya que el objeto propio del reglamento no es otro que permitir la ejecución de la ley. Es decir, una vez emitida la declaración formal del Congreso, el reglamento se ocupa de ponerla en práctica: la dinámica es la misma, el Congreso declara y el Poder Ejecutivo actúa esa declaración, esta vez, bajo la forma de reglamentos subordinados a la ley.

Este es el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentaciones como atribución propia: el reglamento para garantizar la ejecución de una ley previamente dictada por el Congreso y subordinado a ella (art. 99, inc. 2º, CN).

Es así que una interpretación constitucional tributaria de la división de poderes no puede reconocer *competencias normativa*s en el Poder Ejecutivo, ni que su actuación configure –en algunos aspectos– ejercicio de "función materialmente legislativa". El reglamento sólo vale ante ley previa y en sus marcos, esta es la única competencia reglamentaria habilitada constitucionalmente como propia del Poder Ejecutivo.

Las leyes son aquellas que se dictan siguiendo el procedimiento constitucional para su formación y sanción (arts. 77/84), con debate público previo, con exposición de argumentos y con el juego democrático de las mayorías y minorías, en el cual el rol destacado lo asume el Congreso.

Nada de esto ocurre en el órgano presidencial unipersonal.

Pero principalmente, y esto es lo que más debiera importar, es el pueblo el que se beneficia mediante un control más directo del debate y de los argumentos cuando estos se dan en el Congreso. No sucede lo mismo cuando los temas de interés público quedan recluidos en los despachos ministeriales, en los cuales se

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 30.

encuentran mayores dificultades para acceder a sus contenidos y los funcionarios más liberados de dar razones públicas de sus decisiones, lo que "hace que sus redactores sean fácilmente influidos por grupos de interés sin que los habitantes puedan siquiera enterarse de los trámites cumplidos en su aprobación". Ese escenario de mayor permeabilidad "favorece a los grupos pequeños y organizados frente a sectores amplios pero desorganizados"[13].

De ahí que las teorías que reconocen "potestades normativas" en el Poder Ejecutivo, ya en su sola enunciación semántica, velan la dramática implicancia que tiene la reunión –en un órgano unipersonal del poder– del monopolio de la gestión directa, concreta e inmediata de las finanzas y de la fuerza pública, con la capacidad para declarar y actuar por sí, mediante el ejercicio de esas supuestas "potestades", su dirección, destino y beneficiarios.

Lo dicho no apunta a centrar las críticas en un órgano del poder para diluir las que justamente merecen los otros. Sino más bien lo contrario: a criticar toda concentración de poder político y económico por entender que atenta contra el compromiso básico de la democracia identificado con la igualdad.

3.3. *Centralización, descentralización y doble fractura*

Si bien el titular del Poder Ejecutivo es el presidente de la nación (art. 87), su integración se completa con una estructura de órganos y de entes que coadyuvan al ejercicio de la función administrativa.

La teoría de la organización administrativa, adoptando la técnica de la personalidad jurídica –ya utilizada para dotar de personalidad al estado–[14] construye el concepto de descentralización como mecanismo de distribución de competencias.

Si bien la descentralización puede tener como base un criterio territorial (provincias, municipios), la que corresponde al Poder Ejecutivo es siempre funcional. La descentralización implica, entonces, desgajar una parte de la Administración Pública, cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo, y asignarla a una estructura descentralizada y personificada de entes estatales.

Así llegamos a que la función de administrar corresponde a una estructura de órganos centralizados (presidente, jefe de gabinete de ministros y demás ministros, arts. 100 y 102, CN) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20, CN y 5º, inc. *a*), Ley

13 SOLA, Juan Vicente, *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 440.

14 La teoría del estado cristaliza en Alemania "en una aportación capital [...] el reconocimiento del Estado como persona jurídica [...] El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho". GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., p. 30.

25.152) y dotados de competencia específica, desgajada de la función general de administrar.

Esta fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de Administración Pública es precisamente la que busca la teoría jurídica administrativa como valor agregado a la teoría política de la división de poderes, ya que a una primera fractura de órganos encargados de las funciones sustanciales (legislar, juzgar, administrar), se suma una segunda fractura entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función administrativa.

De ahí que la descentralización constituye una instancia destinada a reforzar los controles mutuos y, con ello, los límites; a reducir la concentración de competencias en el presidente, a efectos de evitar las arbitrariedades estatales, y a favorecer el desempeño de las capacidades de los entes con habilidades técnicas específicas.

En la estructura de órganos centralizada (presidente, jefe de gabinete y demás ministros), el principio básico que rige sus relaciones es el de jerarquía, es decir, "los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes"[15].

La jerarquía implica la facultad de ordenar, dirigir y controlar, y el correlativo deber de obedecer, de acuerdo con los distintos grados de poder alcanzados por los órganos, en una estructura piramidal de relaciones cuya cúspide –en la Administración centralizada– corresponde al presidente en su rol de jefe supremo.

Lo distintivo de la jerarquía es la subordinación del inferior frente al superior, situación que sólo puede darse al interior de un mismo ente administrativo, tal como sucede en la administración centralizada.

Las relaciones entre los entes descentralizados, y entre estos y la administración centralizada, no se rigen por el principio de jerarquía y, por lo tanto, no existen poderes de subordinación. Los instrumentos de relación son la cooperación, es decir, deberes recíprocos de colaboración; y la coordinación, en caso de presentarse competencias que puedan resultar concurrentes o compartidas.

Es necesario tener presente lo dicho porque plantea la necesidad de analizar la constitucionalidad de una práctica muy recurrente en nuestro derecho público, cual es la del Congreso cuando *delega* en órganos subordinados al Poder Ejecutivo (jefe de gabinete, ministros) o en entes descentralizados (BCRA, AFIP) la *reglamentación* de leyes que hagan a su competencia material. Mucho más cuando esa reglamentación encubre una auténtica delegación de funciones legislativas en órganos o entes que pueden reunir la gestión de intereses sociales trascendentes

15 GORDILLO, cit., p. IX-3.

como la seguridad pública y la defensa, o la política monetaria y cambiaria, y la recaudación pública.

Notemos que, si hay reglamentación o aún delegación en el presidente, este es un órgano con legitimidad democrática plena, ya que su elección es producto del voto popular. Pero no sucede lo mismo con los titulares de sus órganos subordinados ni mucho menos con quienes comandan los entes descentralizados, sobre los cuales el presidente ni siquiera posee un poder jerárquico de control y ordenación.

4. DECRETOS DELEGADOS

Podemos remontarnos a nuestros orígenes constitucionales para encontrar antecedentes de ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, es decir, materias sometidas constitucionalmente al Congreso que fueron reguladas por el presidente de la nación mediante decretos.

Síntoma del presidencialismo *fuerte*, las prohibiciones expresas y la reserva de esas materias al Poder Legislativo, no fueron suficiente para impedir que ya en el periodo 1854/61, se emitieran decretos disponiendo sobre bancos federales (art. 75, inc. 6º, CN), aduanas y derechos de importación y exportación (arts. 9º y 75, incs. 1º y 10, CN), tributos (arts. 4º y 75, inc. 2º, CN) y correos (art. 75, inc. 14, CN).

Más adelante en el tiempo, y al pulso de la crisis política y económica de 1890, el Poder Ejecutivo emitió, en marzo del año siguiente, decretos por los cuales suspendía términos legales y comerciales, modificando derechos contractuales cuya reglamentación corresponde, por reserva del art. 14 CN, al Poder Legislativo.

Pero al menos en todos estos casos, el Poder Ejecutivo solicitó siempre la intervención expresa del Congreso y éste la produjo ratificando o anulando los decretos emitidos[16].

La Corte Suprema, a los pocos años de constituirse, también produjo sus primeras impresiones acerca de la cuestión del ejercicio de competencias legislativas por el Poder Ejecutivo, en materias claramente asignadas, con carácter exclusivo, al Congreso de la Nación.

Así, en una causa criminal en la que se acusaba al imputado de integrar las montoneras del Chacho Peñaloza y Felipe Varela, y de participar en la rebelión de la provincia de La Rioja en 1868, la Corte Suprema –adhiriendo a la vista del procurador general– reconoció que "ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenían facultad Constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado a pacificar La Rioja, y siendo la amnistía el

16 Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, CSJN, 2010, pp. ½, disponible en https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/inicia.

medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la amnistía, si la creía perjudicial o indebida. Pero el Congreso, a quien se dio cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales"[17].

La apreciación trascrita ya expone los rudimentos de la teoría que justifica la intromisión del Poder Ejecutivo en materias legislativas. Como principio, no corresponde al presidente inmiscuirse en asuntos que pertenecen al Congreso (conceder amnistías), salvo que:

a) exista un fin estatal relevante (pacificar La Rioja),
b) el medio (la amnistía) resulte eficaz para alcanzarlo,
c) existan circunstancias excepcionales (la rebelión de 1868), y
d) el Congreso ratifique expresamente la decisión.

Algunos años después, la Corte ratificó esta línea de pensamiento al desestimar el reclamo del actor, quien alegaba la inconstitucionalidad de la declaración en estado de sitio de la provincia de Buenos Aires, dictada por el Poder Ejecutivo. En esa oportunidad manifestó "que tanto el decreto de estado de sitio, como el que ordenó la traslación del asiento del Gobierno a Belgrano, fueron aprobados por leyes del Congreso [...] Que en virtud de estas sanciones, aquellas medidas gubernativas adquirieron el carácter de actos legislativos del Congreso, única autoridad que hubiera podido someterlas a juicio y condenarlas"[18].

En ambos precedentes coinciden algunos elementos esenciales:

a) la necesidad de que el acto del Poder Ejecutivo –en principio, inconstitucional– sea saneado por una declaración expresa posterior del congreso, y
b) la existencia de situaciones extraordinarias, tanto por la rebelión en una provincia como por la declaración en estado de sitio de otra.

Ambos extremos merecen ser criticados ya que, la ratificación del Congreso, aun expresa, de un acto inconstitucional, no es suficiente para sanearlo. Ello, porque el estado de cosas generado a partir de ese acto ilegítimo origina un ambiente distinto respecto al cual debiera haber intervenido el Poder Legislativo. Ese nuevo escenario, coacciona una actuación que, de otro modo, no se hubiese presentado. Además, devalúa las competencias del Congreso al reducirlas a convalidar o rechazar lo que han decidido otras instancias.

Por otro lado, lo que determina la existencia de una situación extraordinaria, de emergencia o de urgencia, son los hechos comprobados de la causa, único sustrato que justifica la decisión, y no la simple apelación a la formalidad de un

17 CSJN, "Criminal c/ Andrade", *Crisólogo*, 1872, Fallos:11:405.
18 CSJN, "Varela, Mariano c/ Anzó", Avelino, 1881, Fallos, 23:257.

acto presidencial, aunque éste alcance la trascendencia de una declaración de estado de sitio.

4.1. *La delegación legislativa*

Dijimos que el único espacio constitucional habilitado al Poder Ejecutivo para emitir reglamentos es aquel delimitado por el art. 99, inc. 2, CN mediante el cual el presidente emite decretos reglamentarios de leyes del Congreso o *Reglamentos de Ejecución*, sin que ello implique ejercicio de función *materialmente legislativa*, sino que ella no deja de ser función administrativa subordinada a la ley.

También es cierto que dicha atribución reglamentaria en el Poder Ejecutivo, destinada a poner en ejecución una ley ya vigente, en nada se relaciona con las *leyes reglamentarias* de los derechos que, por imposición del art. 14 CN, sólo corresponde al Congreso[19].

Hasta acá nuestro esquema constitucional, tributario de la división de poderes en su variante de los *frenos y contrapesos.*

El dispositivo de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo conmociona sus cimientos y es en el principio, donde debemos aclarar que su admisión implica el reconocimiento de la competencia del presidente –y hasta de órganos subordinados o entes de la estructura descentralizada– para emitir actos legislativos, es decir, "reglas de conducta humana en forma general e imperativa"[20], en materias reservadas al Congreso, aun referidas a derechos y garantías.

La emisión de estos decretos implica la consagración en el derecho público argentino de los *reglamentos delegados*, los que "no deben confundirse con los reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios, cuyo dictado es atribución propia del Poder Ejecutivo [...] y ellos no pueden alterar las leyes con excepciones reglamentarias [...] Por otra parte, las leyes entran en vigencia con independencia de que se hayan dictado o no tales decretos reglamentarios. Los reglamentos delegados, en cambio, integran una ley incompleta... que no puede aplicarse sin ellos [...] El Ejecutivo sólo puede dictarlos habiendo una delegación legislativa expresa"[21].

Podemos reconocer que, en principio, los defensores de la delegación legislativa cuentan con buenos argumentos. Así, podemos identificar una necesidad real surgida de la ampliación de las competencias estatales en los campos de la sociedad y la economía, la que requiere de procedimientos más ágiles en la toma de decisiones que sean eficaces en tiempos y costos. Podemos constatar que no pasa un solo día en el cual el presidente, sus órganos subordinados o la estructura

19 Conf. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, T. II, 4ª ed. amp. y act., 4ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 261.

20 GORDILLO, cit., p. IX-8.

21 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, T. IV, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 705/706.

de entes descentralizados, no emitan algún acto que, en mayor o menor medida, o aun potencialmente, impacte en la esfera de derechos ciudadanos.

Además, la complejidad de la regulación económica en áreas que requieren de un conocimiento especializado contribuye a justificar la delegación legislativa en organismos técnicos que –es indispensable aclararlo– no por ello dejan de ser políticos ni de estar atravesados por intereses contrapuestos que pujan en direcciones contrarias.

Pero si bien esto puede fundar algún tipo de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, lo determinante es revelar: ¿qué espacio quedará entonces para el Congreso? ¿cuál será la medida de su competencia, así recortada? ¿cómo deberá actuar antes y después de decidir la delegación?

4.2. *Decretos delegados antes de 1994*

La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo fue reconocida jurisprudencialmente, pese a que nuestra Constitución nada decía al respecto antes de su reforma de 1994.

Una aplicación estricta de los principios constitucionales comprometidos con la división de poderes hubiese propuesto una hermenéutica prohibitiva. Sin embargo, acudiendo a fundamentaciones oscuras o a subterfugios lingüísticos, la Corte reconoció la validez constitucional de los decretos delegados, aun antes de su recepción en la norma suprema.

Así lo hizo al declarar la validez constitucional del Reglamento del Puerto de la Capital, norma que tipificaba acciones punibles y establecía sanciones en materia de navegación, en su relación con la Ley 3445[22].

En la inteligencia de la Corte "no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella... Existe una distinción fundamental entre la delegación del 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 aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido".

Ahora bien, si de "pormenores y detalles" se trataba, ¿para qué teorizar acerca de la delegación? Son precisamente esos "pormenores y detalles" para la ejecución de la ley, el ámbito de los decretos reglamentarios previstos en el art. 99, inc. 2º, CN.

La respuesta está dada porque el caso no planteaba nada cercano a "pormenores y detalles" y la propia Corte lo deja dicho cuando afirma que "el Poder Legislativo lejos de apurar la reglamentación se ha limitado a señalar de un modo general la voluntad legislativa". No eran "pormenores y detalles" los del

22 CSJN, "Agencia Marítima Delfino", 1927, Fallos, 148:430.

reglamento impugnado, sino "sanciones punitorias constituidas por el arresto o la multa".

De ahí que sea acertada la crítica al fallo, "el cual no supo (o no quiso) distinguir claramente las dos clases de reglamentos [...] Se confunden aquí los reglamentos delegados con los reglamentos de ejecución"[23].

Algunos precedentes posteriores establecieron ciertos límites, sin embargo, el camino fue errático hasta desembocar en un "desenfreno delegativo... con una extensión inusitada"[24].

Entre aquellos que fijaron ciertas pautas restrictivas, corresponde destacar aquel que declaró la inconstitucionalidad de la facultad policial para crear figuras contravencionales mediante edictos firmados por el Jefe de Policía de la Capital.[25] En esta oportunidad, la Corte sostuvo lo que en "Delfino" ocultó: "el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables".

Si en "Delfino" la Corte se conformó con que el Congreso señale "de un modo general la voluntad legislativa", en "Prattico"[26] exigió "que la política legislativa haya sido claramente establecida". En esta oportunidad entendió que dicho extremo se encontraba cubierto con lo dispuesto por la Ley 12.983, a lo que sumó las circunstancias excepcionales en las cuales se enmarcaron los decretos que dispusieron aumentos salariales de emergencia.

Finalmente, muy poco antes de producirse la reforma constitucional de 1994,[27] "la Corte introdujo mayor confusión aún al introducir el concepto de la 'delegación impropia' [...] Esta delegación impropia no sería, según la Corte, una delegación legislativa, sino una modalidad del poder reglamentario del art. 99, inc. 2 [...] este fallo pretende borrar definitivamente del derecho positivo la diferencia entre decretos reglamentarios o reglamentos de ejecución, que son legítimos porque están previstos en el art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional, y los reglamentos delegados, que eran ilegítimos hasta 1994"[28].

De la "voluntad legislativa general" en "Delfino", pasando por la "clara política legislativa" en "Prattico", llegamos al "bloque de legalidad" o "programa de gobierno" en "Cocchia", como fundamento para avalar la constitucionalidad del Decreto 817/92 –emitido bajo "delegación impropia"– por el cual se suspendieron los convenios colectivos de los trabajadores marítimos y portuarios, y se flexibilizaron las condiciones para su renegociación.

23 EKMEKDJIAN, cit., p. 706.
24 GELLI, cit., p. 265.
25 CSJN, "Raúl Oscar Mouviel", 1957, Fallos: 237:636.
26 CSJN, "Prattico, Carmelo", 1960, Fallos: 246:345.
27 CSJN, "Cocchia, Jorge Daniel", 1993, Fallos: 316:2624.
28 EKMEKDJIAN, cit., p. 709.

En efecto, esta "delegación impropia" que surge del "bloque de legalidad" integrado, en el caso, por las Leyes 23.696 de emergencia económica, 24.094 de puertos y el tratado de Asunción por el cual se creó el Mercosur, origina una subespecie de reglamentos de ejecución, los *sustantivos*, es decir, aquellos "que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley [...] sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos".

Como vemos, el abuso del lenguaje, la oscuridad argumentativa y la "lucha de palabras" sólo se entienden cuando se cae en la cuenta de algo elemental: con todas las críticas que podamos hacer, tanto en "Delfino" como en "Prattico", los decretos impugnados tenían un antecedente legal cierto. En "Cocchia", ni siquiera eso. La constatación de esa ausencia llevó a la falacia del "bloque de legalidad".

4.3. *Decretos delegados después de 1994*

La Ley 24.309, conforme el procedimiento previsto en el art. 30 CN, declaró la necesidad de "la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957" (art. 1º).

En sus arts. 2º y 3º estableció los temas habilitados para ser tratados y resueltos por la Convención Constituyente. Sin embargo, aquellos incluidos en el art. 2º debían aprobarse o desecharse conjuntamente, "entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes" (art. 5º).

A este temario *cerrado*, en el cual se incluía hasta la redacción de la futura norma constitucional, la ley lo denominó *Núcleo de Coincidencias Básicas* (NCB), consagrando con ello un inaceptable avasallamiento a la soberanía de la Convención Constituyente, la cual debiera representar el máximo grado de participación ciudadana y de deliberación pública, libre e igualitaria, al constituirse en ese ámbito las reglas básicas de convivencia que fundan una comunidad de iguales.

El NCB representaba, además, "la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma", y entre sus objetivos principales figuraba la "atenuación del sistema presidencialista" (art. 2º, ap. *a*, Ley 24.309).

Así lo entendieron también los convencionales constituyentes. Uno de ellos, García Lema, manifestó que "los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3º de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma". Entre esas ideas-fuerza, se encontraba la de "generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado –el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial–; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen

presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial"[29].

El convencional Paixao sostuvo que el conjunto de reformas propiciado en el NCB, estaba referido a una realidad que encarna una forma "de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución [...] la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional". La finalidad de la reforma estaba dirigida a "asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política"[30].

Ahora bien, podemos disentir acerca de si la incorporación de los Decretos Delegados –como también los de Necesidad y Urgencia– honró o no la finalidad perseguida de atenuar el sistema presidencialista.[31] Lo cierto es que tanto unos como otros fueron incluidos en el NCB (art. 2º, ap. G, Ley 24.309) e incorporados a la Constitución Nacional en 1994.

Teniendo en cuenta esta evidente tensión, debemos encontrar algún mecanismo que concilie estos extremos. Solo estaremos cerca si no perdemos de vista que el ejercicio de estas competencias por el Poder Ejecutivo resulta de excepción, que fueron establecidas luego de una prohibición expresa y que su extensión debe ser medida bajo la finalidad del constituyente de atenuar el sistema presidencialista. La ponderación de estos parámetros nos lleva a concluir en una interpretación restrictiva y en un control estricto de su ejercicio.

Toda vez que estemos ante un decreto delegado o de necesidad y urgencia debemos interpretarlo partiendo de la base de que esas competencias fueron concedidas con la finalidad de atenuar, y no de fortalecer, las facultades del presidente.

4.4. *Requisitos sustanciales y adjetivos de la delegación legislativa*

Rendida a los hechos, la reforma constitucional intentó establecer algún cauce normativo a una realidad insuperable.

Lo primero que debemos notar es que la norma trascrita se inserta en el capítulo cuarto, de la sección que la Constitución le dedica al Poder Legislativo, el cual refiere a las *Atribuciones del Congreso.* El dato no es menor, ya que nos permite comprender que la emisión de decretos delegados no es una competencia

29 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2200/2201.

30 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2201/2202.

31 En efecto, en el seno de la convención constituyente hubo voces, como la del convencional Bravo, para quien "esta atenuación del régimen presidencialista es una falacia; no existe. Al contrario: estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo", Convención Nacional Constituyente, cit., p. 2271.

constitucional directa del Poder Ejecutivo (como sí es la de emitir decretos de necesidad y urgencia), sino que lo que la Constitución regula es una decisión que eventualmente toma el Poder Legislativo, órgano al que le corresponde la evaluación y ponderación de los hechos sobre los cuales debe necesariamente fundarse su acto legislativo.

Es atribución del Congreso decidir la delegación legislativa y dar inicio, con esa decisión, a una situación relacional específica entre una ley (del Poder Legislativo) delegante y un decreto (del Poder Ejecutivo) delegado.

Entonces, la delegación legislativa debe entenderse como una atribución del Congreso que relaciona una ley delegante previa con un decreto delegado posterior.

El art. 76 CN, nos da los requisitos sustanciales, es decir, materiales u objetivos que debe contener la ley delegante, sin los cuales resultaría inconstitucional. Ellos son:

a) el objeto sobre el cual el decreto delegado puede legislar: materias determinadas de administración o de emergencia pública;

b) el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo está habilitado para ejercer esa competencia de excepción: emitir decretos delegados sobre las materias previamente fijadas; y

c) las bases de la delegación, es decir, las directrices que el Congreso impone al presidente en su ley delegante y que el decreto delegado debe recoger.

Como fue dicho, todo el dispositivo de la delegación legislativa debe ser entendido restrictivamente por conmover el principio de división de poderes y resultar una excepción a prohibiciones expresas y específicas.

Lo mismo debe ocurrir cuando de interpretar las materias sobre las cuales puede recaer la delegación se trata. En ese sentido, lo primero que debe destacarse es que esas materias (de administración o de emergencia pública) deben estar *determinadas* en la ley delegante. Es decir, no llena el requisito constitucional una ley delegante que no se esfuerce por detallar en la mayor medida posible cuáles son las materias de administración o de emergencia pública habilitadas para que el decreto delegado se pronuncie sobre ellas.

Aun así, continúa la incertidumbre acerca de cuáles son esas materias, ya que "comprenden un universo de asuntos múltiples, cuya determinación no siempre es sencilla y, por eso mismo, constituye el núcleo del problema de la delegación"[32].

Con todo, podemos rastrear esas materias de administración en las definiciones que sucesivamente dieron algunas leyes delegantes e identificarlas con el régimen jurídico de los órganos y entes estatales, aun los de seguridad y defensa, y con el de los bienes y servicios públicos. Paralelamente descartarla "en todo lo

32 GELLI, cit., p. 270.

que sea materia del ejercicio del poder de policía del Estado, es decir, la reglamentación de los derechos"[33] que, como fue dicho, sólo corresponde al Congreso por imperativo del art. 14, CN.

El otro supuesto, materias determinadas de emergencia pública, es más vasto pero sólo procede si hubo una declaración legislativa de emergencia pública, lo que no implica un pronunciamiento meramente formal, sino la constatación acabada y con sustento fáctico suficiente de la situación crítica. Además, la delegación en materias de emergencia pública debe ser adecuada y proporcional para hacer frente y conjurar el escenario de excepción, todo ello controlable mediante el examen de razonabilidad, el que no es monopolio del Poder Judicial sino también del Congreso al pronunciarse sobre los decretos delegados y de la comunidad política mediante sus derechos de crítica y protesta.

Siguiendo el mismo método, las leyes que fueron sucesivamente declarando la emergencia pública identificaron como materias sujetas a delegación las referentes a la reestructuración de contratos y deuda pública, régimen de empleo público y el reordenamiento de los mercados monetario, financiero, cambiario, de seguros y de capitales.

Al llegar a este punto se impone siempre la pregunta de si las materias vedadas para los decretos de necesidad y urgencia (penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos), también lo están para los decretos delegados. O lo que es igual: si la "falta de una prohibición similar a la dispuesta en el art. 99, inc. 3, para los decretos de necesidad y urgencia, habilita la delegación en esas cuestiones, cuando existe emergencia pública"[34].

Para el caso de la materia tributaria es clara la posición de la Corte en cuanto a su improcedencia como objeto regulable por decreto delegado, en virtud del principio de legalidad tributaria de los arts. 4º, 9º, 17, 52 y 75, incs. 1º y 2º, CN.

Así lo sostuvo al declarar la inconstitucionalidad del art. 59, segundo párrafo, de la Ley 25.237 (norma delegante) y de la decisión administrativa 55/00 de la jefatura de gabinete de ministros (norma delegada), en tanto regulaba las tasas percibidas por la inspección general de justicia, destacando que "no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo"[35].

Más aún, la Corte dispuso que ni siquiera la ratificación posterior por ley del Congreso de un decreto delegado que regula materia tributaria, alcanza para sanear retroactivamente el vicio de origen: "Que debe enfatizarse, de manera correlativa,

33 EKMEKDJIAN, cit., p. 713.

34 GELLI, cit., p. 270.

35 CSJN, "Selcro S.A.", 2003, Fallos: 326:4251.

que ese valladar inconmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución [...] En tales condiciones, corresponde señalar que la Ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable, como la Resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura"[36].

En cuanto a las otras materias, podemos concluir sin mucho esfuerzo que el mismo principio de reserva legal "es en un todo trasladable a la materia penal", en virtud del art. 18 CN. Sobre las materias restantes, es pertinente la pregunta acerca de "¿qué emergencia pública requeriría una modificación de la Ley de Partidos Políticos o de la Ley electoral que no pueda esperar a la sanción del Congreso?"[37]

Por último, en lo que hace a los requisitos sustanciales, queda por desentrañar el concepto de *bases de la delegación* utilizado por el art. 76 CN. Teniendo en cuenta los estándares ensayados anteriormente y la interpretación restrictiva que venimos propiciando, las bases de la delegación se relacionan más con la "clara política legislativa" exigida en "Prattico", que con la "voluntad legislativa general" de "Delfino" o el "bloque de legalidad" de "Cocchia". En efecto, las bases debieran contener "el objetivo preciso a cumplir, la indicación precisa de las materias prohibidas al delegatario, los límites máximos y mínimos, las alternativas técnicas permitidas y prohibidas, si es posible o no la subdelegación".[38] Es la adopción, por el derecho público argentino, de la regla del "principio claro e inteligible" importada de la jurisprudencia norteamericana[39].

Las bases de la delegación debieran ser aquellas directrices prescriptivas presentes en la ley delegante y que el decreto delegado debe obligatoriamente recoger. Son un anticipo de la decisión que deberá complementar, finalmente, el Poder Ejecutivo mediante la emisión del decreto delegado.

Si bien la ausencia de bases decanta en la inconstitucionalidad de la ley delegante, su formulación excesivamente vaga puede conducir a la misma decisión, o afectar la eficacia de la delegación e invalidar el decreto delegado. Esta última fue la opción que tomó la Corte y la que generó la siguiente regla: "1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) 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... Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas,

36 CSJN, "Camaronera Patagónica S.A.", 2014, Fallos: 337:388.
37 GELLI, cit., p. 270.
38 EKMEKDJIAN, cit., p. 717, citando a Humberto QUIROGA LAVIÉ.
39 Conf. "SOLA", cit., p. 443.

sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente"[40].

En cuanto a los requisitos adjetivos, es decir, al procedimiento para la emisión de decretos delegados, el art. 100, inc. 12, CN establece su refrendo sólo por el jefe de gabinete de ministros y su control por la Comisión Bicameral Permanente, prevista en el art. 99, inc. 3º, cuarto párrafo, CN.

Una última cuestión hace al sujeto destinatario de la delegación que no puede ser otro que el presidente, al ser el titular del Poder Ejecutivo unipersonal (art. 87 CN). Sin embargo, la Corte admitió que "las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegados por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida"[41].

4.5. *La Disposición Transitoria Octava*

La Ley 24.309 por la que se declaró la necesidad de la reforma constitucional, autorizó a la Convención Constituyente a "sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias" (art. 2º, inc. *d*).

En virtud de esta autorización, la Constitución contiene, luego de su último artículo (el 129), 17 disposiciones transitorias, las que son auténticas normas constitucionales de vigencia temporal –sujetas al cumplimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición– y cuyo fin es permitir una transición ordenada entre el régimen constitucional anterior y el nuevo, producto de la actividad de la Convención Constituyente.

Entre ellas, encontramos una referida al art. 76 CN, la disposición transitoria octava que dice: "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley".

El plazo previsto en la disposición trascrita vencía el 24 de agosto de 1999. Un día antes fue promulgada la Ley 25.148.

Dicha norma ratificó en el Poder Ejecutivo, por el plazo de 3 años, la totalidad de la delegación legislativa emitida con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, y aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la referida delegación (arts. 1º y 3º).

Sucesivamente, las Leyes 25.645, 25.918 y 26.135 fueron prorrogando el plazo de 3 años hasta que la Ley 26.519 dispuso una última prórroga "a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año" (art. 1º).

40 CSJN, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal", 2008, Fallos: 331:2406.

41 CSJN, "Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.", 2007, Fallos: 330:1855.

Además, esta última norma dispuso la creación, en el ámbito del Congreso, de una comisión bicameral que "tendrá como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar [...] la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, con la finalidad de elevar a conocimiento del presidente de cada Cámara... un informe final conteniendo... *a*) Cuáles son las leyes que delegan facultades; *b*) Cuáles de ellas están vigentes; *c*) Cuáles fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido; *d*) Si las materias se corresponden con lo regulado en el art. 76 de la Constitución Nacional" (art. 3º).

La tarea encomendada fue cumplida con la emisión del informe del 30-6-10, en el cual se relevaron más de 350 leyes delegantes anteriores a 1994, distribuidas en 8 anexos y agrupadas por materia[42].

5. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Como venimos anticipando, la emisión por el Poder Ejecutivo de actos de sustancia legislativa es concomitante con los inicios de nuestra organización institucional y acorde al sistema presidencialista *fuerte* establecido por la Constitución de 1853. Sin embargo, como también fue expuesto, siempre se requirió ley expresa que ratifique la decisión del Poder Ejecutivo.

Todavía en 1989, ante la impugnación del Decreto 1096/85, por el cual se creó el signo monetario *austral*, la Corte sostuvo que la causa se había tornado abstracta al ser ratificado el decreto cuestionado por la Ley 23.410[43].

Un año después, la Corte dio un dramático giro al emitir el fallo "Peralta"[44].

En dicha causa, los actores pretendían la inconstitucionalidad del Decreto 36/90 por el cual se sustituyeron los depósitos bancarios en dinero a plazo fijo por títulos de la deuda pública externa (Bonex).

La Corte se pronunció por la validez constitucional de la norma invirtiendo el principio sostenido históricamente: si antes el decreto era inválido salvo ratificación expresa por ley, ahora el decreto es válido salvo rechazo expreso por ley.

En efecto, el tribunal sostuvo que "puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el Decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas

42 Informe Final. Comisión Bicameral Especial para el cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución Nacional –Ley Nº 26.519– (2010).

43 CSJN, "Porcelli, Luis A.", 1989, Fallos: 312:555.

44 CSJN, "Peralta, Luis A.", 1990, Fallos: 313:1513.

súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados".

La práctica histórica del Poder Ejecutivo de emitir actos de sustancia legislativa invocando situaciones de emergencia, llegó a ser calificada como "una mutación constitucional violatoria, a nuestro juicio, de la constitución formal, que describimos con la siguiente norma (no formulada) en la constitución material: el Ejecutivo está habilitado para dictar reglamentos de urgencia en materias que son de competencia del Congreso; o en otros términos: las competencias del Congreso admiten ser asumidas por el Poder Ejecutivo cuando éste estima que su ejercicio viene reclamado por razones de urgencia, necesidad o emergencia grave"[45].

Con el fallo "Peralta", y la mayor degradación de ese régimen, se sumó "un estímulo para continuar recorriendo con desprolijidad inconstitucional la referida praxis"[46]. Esta pendiente llegó a registrar, durante las dos presidencias de Menem (1989-1999), la emisión de 545 decretos de necesidad y urgencia, frente a los 10 de su antecesor Alfonsín (1983-1989)[47].

5.1. *Regulación constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia*

La práctica detallada y el régimen para ella previsto a partir del fallo "Peralta", llevaron a la discusión acerca de la conveniencia de incorporar a la Constitución una regulación específica para los decretos de necesidad y urgencia.

Así, el convencional García Lema expuso el dilema en los siguientes términos: "Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la Ley fundamental, pese a los conflictos que se generen, antes de que existan prácticas paralelas al sistema constitucional [...] La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinearlos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días

45 BIDART CAMPOS, Germán José, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. II-B, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 303.

46 BIDART CAMPOS, cit., p. 303.

47 Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, cit., p. 9; BALBÍN, Carlos Francisco, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 643/644.

para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores"[48].

Otro convencional, Ortiz Pellegrini, al recordar la obligación del congreso de pronunciarse expresamente y la consecuente prohibición de la sanción tácita o ficta (art. 82, CN), puso de relieve que "no podrá haber más decretos con el silencio del Congreso, que deberá hablar, decir y expresarse, según la Constitución, con lo cual derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso "Peralta", que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso "Peralta" ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país"[49].

De este modo, llegamos a la regulación constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia, DNU (art. 99, inc. 3).

Notamos que, a diferencia de los delegados, la emisión de decretos de necesidad y urgencia constituye una atribución que corresponde al presidente y que es de fuente constitucional directa.

Sin embargo, ese es sólo el inicio del trámite, por cuanto el Congreso es el órgano que cierra el procedimiento con su intervención expresa, y cuyo silencio nunca "significa aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, ya que el art. 82 contiene una norma, que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme a la cual la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, agregando para disipar cualquier duda que 'se excluye, en todos casos, la sanción tácita o ficta'"[50].

5.2. *Requisitos sustanciales: las circunstancias excepcionales*

Además de estar excluida la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, la atribución que excepcionalmente se otorga al Poder Ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia, se justifica ante la existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.

La comprobación de dicho estado excepcional, "excede al voluntarismo subjetivista del presidente de la república y [...] descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia"[51].

48 Convención Nacional Constituyente, cit., pp. 2207/2208.
49 Convención Nacional Constituyente, cit., p. 2441.
50 BIDART CAMPOS, cit., p. 306.
51 BIDART CAMPOS, cit., p. 308.

Esa situación debe precisarse ante las circunstancias de hecho que rodean el caso, correspondiendo al Poder Legislativo su control mediante su intervención posterior, pero también al Poder Judicial: "Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia [...] y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto"[52].

El mismo fallo aclara que las *circunstancias excepcionales* sobre las que se monta la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia, y que son controlables en su sustento fáctico por el Poder Legislativo, pero también por el Poder Judicial, se dan cuando se comprueba, alternativamente: "1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes".

Pero además de la comprobación fáctica suficiente de la existencia de *circunstancias excepcionales*, los Decretos de Necesidad y Urgencia deben reunir, al menos, dos requisitos más:

a) no deben regular materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos; y

b) deben tener una vigencia temporal limitada al estado excepcional. Así lo entendió la Corte al invalidar un decreto que modificaba la Ley de Seguros, por entender "que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo a la Ley 20.091 no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional en el sector, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional".[53]

5.3. *El procedimiento constitucional y la Ley Reglamentaria 26.122*

Los decretos de necesidad y urgencia deben contar con el refrendo de todos los ministros y del jefe de gabinete.

Una vez cumplido, el procedimiento continúa del siguiente modo:

a) el jefe de gabinete de ministros, dentro de los diez días posteriores a su emisión, somete personalmente la medida a consideración de la comisión bicameral permanente;

52 CSJN, "Verrocchi, Ezio Daniel", 1999, Fallos: 322:1726.

53 CSJN, "Consumidores Argentinos", 2010, Fallos: 333:633.

b) la comisión, dentro de los diez días de recibida la medida, elevará su despacho al plenario de cada cámara para su inmediato y expreso tratamiento.

Hasta la creación de la comisión bicameral permanente y la sanción de la ley a la que alude el último párrafo del art. 99. inc. 3º, CN, parte de la doctrina sostenía la prohibición absoluta de los decretos de necesidad y urgencia, atento a que "la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la Constitución determina, no sólo impide dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la inconstitucionalidad de los ya emanados al margen del itinerario hasta ahora inhibido de aplicación y funcionamiento"[54].

También en la postura de algunos jueces supremos se advertía esta posición. Así, Argibay decía: "Si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable"[55].

Del mismo modo, Petracchi concluía: "La vía establecida en el art. 99, inciso 3º de la Constitución Nacional, exigía que el Congreso sancionara la 'ley especial' que hiciera operativo el articulado, sin que correspondiese discutir las bondades del criterio elegido, pues el Tribunal sólo debía atender a su significado y a sus consecuencias. Hasta que no fue sancionada la ley que reclamaba el art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, no podía cumplirse con la 'subetapa' legislativa prevista por aquélla y ello determinaba la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia. Como se sabe, sólo en el año 2006 fue sancionada la ley especial que la Constitución exigía"[56].

La Ley 26.122 es la que prevé el último párrafo del art. 99, inc. 3º, CN.

Su objeto consiste en regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes. Además, estableció el mecanismo de integración de la comisión bicameral permanente y su funcionamiento, el que no se interrumpe "aun durante el receso del Congreso de la Nación" (art. 6º).

La norma prevé el pronunciamiento separado de cada cámara, si bien no le impone plazo. La decisión deberá ser expresa y por el rechazo o aprobación del decreto, sin "introducir enmiendas, agregados o supresiones" (arts. 22 y 23); lo que constituye un mecanismo de "veto legislativo"[57] que cierra el procedimiento.

54 BIDART CAMPOS, cit., p. 313.
55 Voto de Argibay en CSJN, "Consumidores Argentinos", 2010, Fallos: 333:633
56 Voto de Petracchi en CSJN, "Consumidores Argentinos", 2010, Fallos: 333:633
57 Conf. "SOLA", cit., pp. 476/478.

Sólo el rechazo expreso de ambas cámaras implica la derogación del decreto, "quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia" (art. 24). Hasta que esto suceda, el decreto tiene "plena vigencia de conformidad a los establecido en el art. 2º del Código Civil" (art. 17).

6. IRRAZONABILIDAD DE LA LEY 26.122 Y (DES)CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La realidad política más inmediata demuestra que en la Argentina de hoy, no solo gobierna el presidente, sino que lo hace con sólo dos institutos: los DNU y el veto. A esto ha quedado reducida la Constitución.

No hace falta *cerrar* el Congreso, basta con que el presidente acuda a estas atribuciones que –vale aclararlo– prevé la propia Constitución, para clausurarlo. En efecto, mediante los DNU el presidente legisla y mediante el veto, impide que legislen otros. A lo sumo necesitará de una minoría de legisladores (86 diputados o 25 senadores) para obstruir la insistencia legislativa sobre una ley vetada (art. 83 CN).

Tan fácil y tan claro como la irrazonabilidad e inutilidad de la Ley 26.122 que, supuestamente, venía a controlar la legitimidad y constitucionalidad de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, reglamentando la intervención del Congreso.

Irrazonable por prever un mecanismo que permite que sea mucho menos costoso ratificar un acto excepcionalísimo (como un DNU o decreto delegado) que ordinarísimo (como la sanción de una ley). En efecto, basta la venia de una sola cámara para ratificar un decreto delegado o de necesidad y urgencia, mientras que para una ley se necesita la voluntad concurrente de ambas cámaras.

Inútil por cuanto, desde su sanción, jamás se ha invalidado por el Congreso un decreto delegado o de necesidad y urgencia.

En este trabajo ofrecimos nuestra lectura de cómo la Constitución recepta y traduce el principio de división de poderes y distribución de funciones estatales, en relación con el régimen de regulación de los decretos delegados y de necesidad y urgencia.

Si bien nuestro análisis incluyó referencias a la principal jurisprudencia de la Corte sobre la materia, nos parece que nada de lo dicho hasta aquí puede pasar por alto la importancia de pensar críticamente el rol del Poder Judicial en el control –o no control o descontrol– de los DNU y la delegación legislativa, a la luz de la teoría de la división de poderes.

Y decimos esto porque la jurisprudencia de la Corte es tan maleable que permite hasta defender la constitucionalidad del DNU 70/23[58], decreto que rompe de manera evidente cualquier equilibrio de poderes, pero encuentra sin embargo

58 Ver, entre muchos otros, a BIANCHI, Alberto B., "Casos 'fáciles' y casos 'difíciles' en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023", TR LALEY AR/

a un Poder Legislativo bloqueado, a un Poder Judicial dispuesto a mirar para un costado –hasta que ya no sea políticamente conveniente hacerlo– y a *destacados académicos* dispuestos a encontrar los argumentos más disparatados con tal de defender al poder de turno, o al poder económico, que es más permanente y cada vez más concentrado.

Esto es posible, en gran medida, porque los contrapesos que están presentes en la atribución de las principales competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –al menos en la letra de la Constitución– no los encontramos cuando analizamos la facultad de ejercer el control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Esta desregulación del control judicial de constitucionalidad constituye un peligro en sí mismo, por el amplio poder discrecional que le otorga al poder del estado con menos escrutinio público, y tiene el peligroso agregado de que cualquier discusión pública o intento de regulación de las competencias del Poder Judicial por parte de los otros poderes del estado suele leerse como una injustificada intromisión en su *independencia*. El peligro, en efecto, es que la discusión pública sobre el control judicial de constitucional queda censurada.

El control de constitucionalidad consiste en la revisión de la adecuación de las normas dictadas por las autoridades constituidas de un estado con los requisitos establecidos en su Carta Magna.

En la teoría que la propia Corte Suprema ha construido, el control de constitucionalidad está pensado básicamente "como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno"[59]. Es decir que todo el sistema se construye sobre la base de la idea de derechos básicos o fundamentales, que en la filosofía moral y política liberal contemporánea suele definirse a partir de la concurrencia de dos rasgos:

a) que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio. Es decir, que tales derechos "atrincheran" ciertos bienes que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo y los ponen a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones relativas al *bien común* o al *interés general*; y

b) que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías pueden decidir, sirviendo así, en palabras de Dworkin, como "cartas de triunfo" frente a los poderes mayoritarios.[60]

Por lo general, el diseño institucional adoptado para la protección de estos derechos básicos resulta de la combinación de dos piezas maestras:

DOC/546/2024; CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la constitucionalidad del DNU 70/2023", *LA LEY* 10/01/2024.

59 CSJN, "Rizzo", 2013, Fallos: 336:760.

60 DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

c) la supremacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos; y
d) la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria que, justamente, asegure la supremacía de la Constitución.

Ahora bien, la idea de que los jueces y las juezas al ejercer el control de constitucionalidad tan solo hacen valer frente a los otros poderes públicos límites claramente preestablecidos en la Constitución, pasa por alto la *brecha interpretativa* que existe entre la Constitución y lo que los jueces y juezas dicen de ella. En efecto, frente a la idea de un ejercicio de control de constitucionalidad de mera lectura *pasiva* y aplicación mecánica, se opone una realidad que hace de la tarea un ejercicio *activo* y *creador* de soluciones normativas.

De hecho, la zigzagueante jurisprudencia de la Corte en materia de interpretación constitucional confirma que la Constitución permite, con frecuencia, ser interpretada de distintos modos, muchos de ellos –incluso– incompatibles entre sí.

A este problema, que siguiendo a Bayón hemos denominado como el problema de la "brecha interpretativa", debemos agregarle un condimento adicional: que los magistrados y las magistradas tienen a su disposición una inmensa diversidad de criterios interpretativos –muchas veces opuestos entre sí– que les permite llegar a distintos *resultados*. Esta situación, que ya de por sí es generadora de suficientes riesgos institucionales, se ve además agravada por el hecho de que los jueces y las juezas no están obligados a seguir un determinado criterio de interpretación constitucional que hayan escogido, sino que pueden ir cambiando de ruta exegética en cada caso en el que les toca intervenir. Según Sagües[61], la Corte ha recurrido a lo largo de su historia a una amplia gama de criterios interpretativos: literal, popular, especializado, de la intención y/o voluntad del autor, justo y racional, orgánico-sistémico, jurídico-realista, de la existencia de un "legislador perfecto", dinámico, teleológico, conforme a una autoridad externa, práctico, continuista y objetivo.

Tal como señala Gargarella, "los problemas que se derivan de una práctica interpretativa como la que desarrolla la Corte no se vinculan con el hecho, tal vez banal, de que los jueces escojan criterios interpretativos de tipo 'x' en lugar de criterios tipo 'y' como fundamento último de sus decisiones. El problema surge porque dicha particular selección (que aquí asumo que es –como debería ser– previa a la decisión del caso) resulta completamente determinante de la decisión final que luego va a firmar la Corte frente al caso concreto. De allí que sea imperativo que, al menos, los jueces hagan un esfuerzo por justificar ante

61 SAGÜES, Néstor Pedro, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (1)*, 2004, pp. 151-170.

nosotros la peculiar selección de concepciones interpretativas que utilicen en el caso concreto"[62].

A todos estos criterios de interpretación constitucional, tenemos que agregar una variable adicional: si bien se ha reconocido cierto deber de los tribunales inferiores de seguir la doctrina de la Corte, esta obligación ha encontrado diversas excepciones a lo largo de los años. Es decir, que no solo los criterios interpretativos son múltiples, sino que además son múltiples sus intérpretes en el Poder Judicial, y ni siquiera la intervención de la Corte puede garantizar que sobre un tema determinado todos los jueces respeten un mismo criterio.

Esta situación se ve complementada, a su vez, por la creciente constitucionalización de los conflictos jurídicos –y la consecuente *bajamar* del principio de legalidad–[63] que ha llevado a algunos autores a señalar la necesidad de "volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral".[64]

En resumen, es claro que estamos lejos de un entendimiento unívoco de qué es lo que defendemos cuando promovemos respetar la Constitución. La circularidad se da, puesto que no hay Constitución ni derechos, sino nuestras ideas como sujetos de una y otros. De lo que se trata es de política, como disputa, y de derecho, como desacuerdo. Y si de algo sirve el discurso constitucional es para tenerlo como aliado en esa disputa y desacuerdo.

62 GARGARELLA, Roberto, "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina", en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T. 1, *Democracia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008. Ver también, en la misma obra, GARGARELLA, Roberto, "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional".

63 LAPORTA, F. J., "El ámbito de la Constitución", en *Doxa 24*, 2001, p. 460. Según García Amado, "la tan manida apología actual del principialismo, del papel de los valores, ya sea en general, ya sean los valores constitucionales, y la consiguiente exaltación de un activismo judicial que sirva de freno, contrapeso y corrección de los temibles excesos o incapacidades del legislador tienen casi siempre una de sus más socorridas justificaciones en argumentos como el de que el legislador actual es una pura correa de transmisión de intereses más o menos inconfesables, o carece de los instrumentos intelectuales necesarios para percibir la auténtica dimensión de los problemas sociales, o es corrupto, o se mueve en medio de un vacío ideológico y valorativo propio de la crisis de los partidos y las ideologías", GARCÍA AMADO, J. A., *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 10-11, citado en MEORI, A. A. y CHAUMET, M. E., "¿Es el derecho un juego de los jueces?", *La Ley* D, 2008, p. 717.

64 LAPORTA, cit., p. 459. En este sentido, Diana explica que los principios de legalidad y de libertad juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Por ello, en opinión del citado autor, "la presunción de inconstitucionalidad de las normas no puede ser la regla en esta democracia. La regla parte de una responsabilidad compartida de todos para encausar nuestra actividad hacia su mejoramiento", DIANA, Nicolás, "La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes", *La Ley Sup. Act*., 26/02/2008, p. 1.

En la Argentina, la posibilidad del control de constitucionalidad *suele fundarse* en el art. 31 CN, que consagra el principio de supremacía constitucional; y en el art. 116 CN, que determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución. Es importante el "suele fundarse", porque se trata de una interpretación que ha realizado la propia Corte sobre esos artículos. De esta manera, es importante tener presente que la Constitución de 1853 no constituía en sí misma una fuente primaria y explícita del control judicial de constitucionalidad: en ninguna de sus normas encontramos atributos que hagan de los jueces competidores por el poder del estado.

Esto no quita que Alberdi se haya interrogado acerca de "¿cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes?" y que su respuesta haya sido "la Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino"[65]. Sus apreciaciones tenían como fuente el art. 97 de la Constitución de 1853 cuando asignaba "a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución". Si bien reconocía que "no hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución", afirmaba que "los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos inmediatamente por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución"[66].

Sin embargo, Alberdi tomó el punto en relación con el derecho de peticionar a las autoridades del art. 14, "ejercido colectivamente con los fines de obtener la abrogación de instituciones malas y la sanción de otras buenas",[67] es decir, como cauce para regenerar el derecho público heredado de la colonia y trocarlo por otro oxigenado en las nuevas instituciones: "todo el mundo puede acusar ante la Corte Suprema la inconstitucionalidad de las leyes civiles y administrativas realistas, que alteran los principios y poderes establecidos por la Constitución, y pedir que se declaren contrarias a ella". Era la ruptura con el derecho colonial y su sustitución por el derecho patrio, lo que abrazaba Alberdi al momento de ver en la Corte una aliada para dicha purga.

La consagración de un poder de la magnitud que tiene el adquirido hoy por el control de constitucionalidad judicial, tampoco se desprende de las primeras leyes de organización y competencia de los Tribunales Federales. Las Leyes 27

65 ALBERDI, Juan Bautista, "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853", en ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas*, T. IV, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, p. 249.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

(art. 3º) y 48 (art. 21) encomendaron a los tribunales de la Nación mantener el orden de prelación normativa que proponía en la cúspide a la Constitución, siempre en el marco de una causa entre partes legitimadas, y habilitaron a prescindir de las disposiciones contrarias a ella si esto fuera peticionado e inevitable para resolver la cuestión.

Los Tribunales ensancharon esta avenida, y la Corte se autoproclamó intérprete final de la Constitución, asumiendo la última palabra institucional. Hoy, a más de 130 años de su nacimiento (que fue por vía jurisprudencial), el control judicial de constitucionalidad adquirió en Argentina dimensiones de tal magnitud que le permiten al Poder Judicial ser extremadamente laxo al analizar la legitimación activa y, por lo tanto, intervenir en supuestos en los que la configuración de un *caso judicial* es por lo menos dudoso, suspender la vigencia de leyes en su totalidad, e incluso hacerlo en el marco de procesos cautelares, sin mayor debate y prueba.

Históricamente, se afirmaba que las principales características, o mejor dicho, las condiciones del control judicial de constitucionalidad en la Argentina, eran las siguientes:

a) debe desarrollarse dentro de un *caso* o *controversia judicial*, lo que excluye el control genérico o abstracto y la acción popular;

b) es difuso, pues cualquier tribunal judicial puede ejercerlo. Es decir, que se encuentra desconcentrado en diversos órganos del Poder Judicial, que no está monopolizado por un sector de la judicatura, aunque la Corte es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria;

c) no procede en casos abstractos, ni en forma preventiva o consultiva;

d) la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo puede darse en el curso de un procedimiento litigioso, es decir, en una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos, en la cual las formulaciones de inconstitucionalidad persigan la determinación de derechos debatidos entre las partes del juicio. Siendo de interpretación y aplicación restrictiva, y a casos excepcionales, la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad *de oficio* por parte del Poder Judicial;

e) el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes.* Es decir, tiene efectos individuales y no generales o abstractos respecto a otros potenciales sujetos afectados por la norma cuestionada;

f) la declaración de inconstitucionalidad de una norma carece, pues, de efectos derogatorios genéricos. La ley declarada inconstitucional sigue vigente, pero no se aplica al caso concreto; y

g) la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *última ratio* que debe evitarse, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la

Ley Fundamental. Por lo tanto, al ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, cuando ello es de estricta necesidad.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha observado una relajación de esas condiciones, que han transformado el control judicial de constitucionalidad, quedando en manos del Poder Judicial un nivel de discrecionalidad muy grande. Actualmente:

a) los efectos rompieron el expediente de partes y se proyectan como leyes gracias a la legitimación colectiva[68];

b) la declaración no necesita de petición, ya que el juez la dicta por su oficio[69];

c) que la cuestión revista actualidad ya no es indispensable, pudiendo recaer pronunciamientos en asuntos prematuros o abstractos;

d) hay absoluta discrecionalidad (cuando no arbitrariedad) en la concesión de recursos –mediante el manejo de los requisitos del recurso extraordinario federal– y en su rechazo, a través de la *plancha del 280*[70];

e) se ha llegado a rechazar el cumplimiento por parte del Poder Judicial de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, poniéndose por encima de los restantes poderes del estado y apropiándose no ya del discurso constitucional sino, además, del convencional[71];

f) la inconstitucionalidad no espera a la sentencia, sino que llega antes en las medidas cautelares;

g) no hay límite en su objeto, puesto que leyes enteras pueden caer bajo su revisión; y

h) la multiplicidad de estándares y los constantes cambios de criterio en materia de legitimación activa, permiten regular con gran discrecionalidad quiénes pueden ser parte y, por lo tanto, tener algo que decir y opinar, en los casos en los que se discute la constitucionalidad de las normas.

Así, vemos que las leyes son aquello que sanciona el Congreso, promulga el presidente y no declara inconstitucional un/a juez/a. El proceso no culmina con la publicación de la norma en el Boletín Oficial, sino en los despachos judiciales que se reservan el auténtico poder de veto.

Pero lo que lleva al paroxismo a este poder, es su calidad de difuso. Cualquier juez o jueza, de cualquier jurisdicción, fuero y jerarquía, monopoliza

68 CSJN, "Halabi", 2009, Fallos: 332:111; "Padec", 2013, Fallos: 336:1236.

69 CSJN, "Mill de Pereyra", 2001, Fallos: 324:3219; "Rodríguez Pereyra", 27/11/2012, Fallos: 335:2333.

70 El *certiorari* negativo que dicho artículo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra, permite a la Corte rechazar su jurisdicción extraordinaria, aun reunidos los requisitos que la habilitan, "según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma".

71 CSJN, "Fontevecchia", 2017, Fallos: 340:47.

el discurso constitucional, se reserva la última palabra en esa materia y desafía al resto de los poderes.

A todo este panorama se le debe sumar el contexto político y judicial argentino de los últimos años, en el que encontramos cada vez casos más relevantes de normativas aprobadas por amplias mayorías legislativas pero declaradas inconstitucionales rápidamente por el Poder Judicial, o suspendidas por años hasta que se confirma su constitucionalidad pero logrando el objetivo de hacerle perder efectividad a las políticas públicas y, al mismo tiempo, ejemplos groseros de decretos o resoluciones inconstitucionales, o acuerdos con organismos internacionales con graves vicios de procedimiento e ilegitimidad que, como no afectan derechos de las minorías privilegiadas, y sus efectos nocivos se diluyen en el conjunto de la población presente y sobre todo en las generaciones futuras, no encuentran ningún límite real basado en el principio de la división de poderes.

Si la academia jurídica ha presentado a este ensamble de regulación de los DNU y la delegación legislativa, y al control judicial de constitucionalidad como un *sistema* de división de poderes, sólo es posible ante la mirada impávida de un auditorio adormecido por siglos de sedación doctrinaria. Todo lo contrario. No existe posibilidad alguna de que todo lo que estudiamos en este trabajo pueda presentarse como un armado coherente, ordenado y sistémico, y menos aún luego de las metamorfosis sufridas en las últimas décadas, producto de identificar cada característica como algo aislado y no como parte de un sistema que debe respetar delicados equilibrios.

Por eso nos parece fundamental que cuando se pone en discusión el régimen constitucional y legal de los DNU y la delegación legislativa se haga de la mano de una revisión crítica de la potestad, reservada con absoluta discrecionalidad al Poder Judicial, de efectuar el control de constitucionalidad. Sin una mirada global de los desequilibrios teóricos y prácticos del esquema de división de poderes que sufre nuestra país, difícilmente podremos avanzar en la consolidación de las reglas claras que una democracia sólida necesita y, sobre todo, que necesitan las grandes mayorías para que sus derechos no se vean atropellados sin ningún tipo de control por los sectores económicos más poderosos y concentrados, locales y foráneos, que son los que suelen hacer uso y abuso de estos desequilibrios institucionales en beneficio propio.

GONZALO SEBASTIÁN KODELIA

Es Abogado y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Decano de Ciencias Jurídicas y Sociales y Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Autor de libros y

otras publicaciones sobre la especialidad. Secretario del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires.

FEDERICO THEA

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Cuenta con estudios de posgrado en Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y un Máster en Derecho Público de la University College London como becario del British Council. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de José Cemente Paz. Presidente del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Fue Director de Asuntos Jurídicos de YPF, Secretario Legal y Administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Nacional, Rector de la Universidad Nacional de José Clemente Paz, Secretario General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires y representante del Poder Ejecutivo ante el Consejo de la Magistratura provincial, con carácter de Consejero Titular. Autor de numerosos artículos académicos sobre su especialidad y libros como *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema*, *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (EdUnpaz, 2017) y *La Justicia Acusada* (Penguin Random House, 2020).

LA SUSPENSIÓN DEL ACTO EN SEDE ADMINISTRATIVA. EL BALANCE DE PERJUICIOS EN LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Luciano Marchetti
Secretario de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Sumario: 1. Introducción. 2. Descripción del cambio normativo. 3. Distribución de la carga del tiempo de la resolución del recurso administrativo. 3.1. Principio general de la ejecutoriedad. 3.2. Excepciones generales al principio de ejecutoriedad. 3.3. Excepciones particulares al principio de ejecutoriedad. 4. Dualidad intrínseca de la función administrativa. 5. Balance de perjuicios. 6. Implementación práctica del balance de perjuicios. 6.1. Primer arbitraje. 6.2. Segundo arbitraje. 7. Conclusión.

1. Introducción

La Ley 27.742 trajo dos modificaciones referidas a la suspensión del acto en sede administrativa: la primera, vinculada con las condiciones bajo las que la administración *podrá* suspender la ejecución de aquél (art. 12, tercer párrafo, de la Ley de Procedimiento Administrativo); la segunda, referida a las circunstancias en las que la autoridad pública *no podrá* ejercer tal potestad (art. 17, segundo párrafo, de esa norma).

En esta oportunidad me voy a referir exclusivamente a los cambios introducidos en el aludido art. 12; en particular, al balance de perjuicios como nuevo recaudo para diferir los efectos de un acto administrativo.

2. Descripción del cambio normativo

Antes de la reforma, la Administración podía suspender la ejecución (*i*) por razones de interés público, (*ii*) para evitar perjuicios graves al interesado, o (*iii*) cuando se alegaba fundadamente una nulidad absoluta. El primer requisito posaba su mirada en la Administración, como representante del interés público; el segundo, en el administrado, como portador de un derecho subjetivo; y el tercero, arbitraba entre los anteriores, ya que no existe interés público en la ejecutoriedad de un acto que adolezca de un vicio grave y determine su nulidad absoluta, ni

tampoco, un daño jurídicamente relevante que pueda oponer un particular frente a un acto administrativo plenamente válido.

A partir de la reciente modificación de la Ley 19.549, la Administración podrá suspender la ejecutoriedad del acto (*i*) por razones de interés público, (*ii*) cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión; o (*iii*) cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta[1]. De acreditarse estos supuestos, inspirados en la doctrina de Marienhoff, la Administración tiene el deber jurídico de suspender la ejecución del acto[2].

En lugar de examinar el perjuicio que ocasiona la ejecutoriedad del acto durante el trámite de un recurso, de acuerdo con la redacción anterior, ahora la administración debe ponderar si la ejecución del acto trae aparejados mayores perjuicios que su suspensión. En otras palabras, si la postergación de la satisfacción del interés público en favor del cual se emitió el acto ocasionaría un daño menor que la ejecución de este último al particular; y viceversa.

Se advierte que este balance de perjuicios incorporado por la Ley de Bases[3] agrega un segundo arbitraje a los términos de la ecuación tendiente a evaluar la suspensión del acto en sede administrativa. En efecto, además de valorar la probabilidad de éxito del recurso en trámite, a la luz de la mayor o menor ostensibilidad del vicio invocado, la autoridad competente debe ponderar la correlación entre el daño que ocasiona a cada una de las partes involucradas la suspensión o ejecutoriedad del acto administrativo, respectivamente.

3. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DEL TIEMPO DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

El debido proceso administrativo exige el despliegue de una actividad que insume tiempo, cuya carga debe distribuirse con arreglo a criterios que busquen un equilibrio entre la potestad de autotutela de la administración y la garantía a la tutela administrativa efectiva del particular, cuestión que ha sido ampliamente abordada por la doctrina y no ha merecido cambio en la presente reforma.

3.1. *Principio general de la ejecutoriedad*

Basta recordar que la aludida potestad inviste a los actos administrativos de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, de modo que los recursos administrativos o las acciones judiciales mediante los cuales se instrumenta la discusión de su validez, en principio, no suspenden sus efectos o la puesta en práctica por

1 La ostensibilidad del vicio es otra novedad de la ley.

2 CASSAGNE, Juan Carlos - PERRINO, Pablo E., "El acto administrativo en la Ley de Bases", *LA LEY* 17/09/2024, 1

3 Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (Ley de Bases).

sus propios medios[4]. Esta potestad tiene como fundamento la efectividad de la función administrativa y de los derechos que aquélla expresa, en la medida en que se orienta a la satisfacción del interés público como requisito para su validez. Ello, pese a que –como se verá más abajo– esa actividad puede revestir simultáneamente un efecto favorable por unos y desfavorable para otros.

Por su parte, la garantía de la tutela administrativa efectiva se refiere, en su último momento, a la posibilidad de cumplir útilmente la resolución que resuelve el recurso[5].

La decisión en torno a quién debe asumir el tiempo de trámite recursivo se vincula, en primer término, con la opción frente a ejecutoriedad y la firmeza, más allá de que la cuestión se reedita, en un segundo momento, al resolver la petición de suspensión en sede administrativa; y, en un tercer momento, frente a las medidas cautelares en sede judicial.

En este sentido, cabe distinguir la firmeza de un acto, por un lado, y su ejecutoriedad, por el otro, ya que –tal como ocurre con las decisiones judiciales– el ordenamiento jurídico muchas veces permite ejecutar aquéllos antes de que se encuentren firmes[6]. En el procedimiento administrativo, el régimen general de ejecutoriedad de los actos previsto en la primera parte del art. 12 de Ley 19.549 resulta aplicable a los supuestos en los que no existe una previsión expresa en sentido contrario[7]; o en aquellos casos en que se contempla expresamente el efecto devolutivo de los recursos directos[8].

3.2. *Excepciones generales al principio de ejecutoriedad*

Por el contrario, existen regímenes especiales en los que aquella ejecutoriedad se encuentra supeditada a la firmeza del acto[9], en la medida en que se atribuya efecto suspensivo a la impugnación de este último[10], condición que se

4 Art. 12 del Decreto Ley 19.549.

5 Arts. 18 de la Constitución Nacional y 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6 CNFed Contenciosoadministrativo, Sala IV, causas 181.977/2002 "Transportadora de Gas del Norte S.A. c/ resolución 1262/99 ENARGAS (4245)", del 24 de octubre de 2013; causa 40633/2014/CA1 Brugo, Pablo c/ EN - PJN - Exma Cámara Nacional en lo Penal Económico y otro s/ medida cautelar (autónoma)", Resol. del 23 de diciembre de 2014; entre otras).

7 CNFed Contenciosoadministrativo, Sala IV, causa 54.782/2013/CA1 "ENRE c/ Azucarera Juan M Terán SA s/ proceso de ejecución", sent. del 3/2/15; entre muchas otras).

8 CNFed Contenciosoadministrativo, Sala IV, causa, 36.711/2012 AFSCA-BD 12/12-c/ Humboldt Cable Video SA s/ ejecución fiscal", Resol. del 3 de diciembre de 2013; causa 37852/2013/CA1, "BCRA c/ Aroza José Angel s/ proceso de ejecución", Resol. del 26/5/15.

9 Art. 12, 1º párrafo, *in fine*, de la Ley 19.549.

10 v.gr. art. 24 Resolución 475/05, reglamentaria del procedimiento sumarial en materia de infracciones ambientales y de aplicación de sanciones por parte de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; art. 211 del Código Aeronáutico; entre muchos otros

verificará una vez que se agoten todos los recursos o acciones previstos por el ordenamiento jurídico para su revisión[11]. De modo que las sanciones del Banco Central de la República Argentina primero se ejecutan y luego se revisan judicialmente[12], a diferencia de las que aplica la Prefectura Naval Argentina[13], según la importancia que el legislador le atribuyó al sistema financiero y a la navegación, respectivamente. Se trata de dos niveles que puede revestir la potestad de autotutela ciertamente distintos, limitándose en los casos en que se exige firmeza del acto, en favor de la tutela judicial efectiva.

En sentido opuesto, en ocasiones se estableció el recaudo de la firmeza para robustecer la potestad de autotutela en desmedro de la tutela judicial efectiva. Cabe citar el art. 61, inc. *b*, del Código Aduanero, que establece: "Serán suspendidos sin más trámite del Registro de Agentes de Transporte Aduanero [...] quienes fueren procesados judicialmente por algún delito aduanero, hasta que la causa finalizare a su respecto"; en tanto el art. 97, inc. *b* del mismo cuerpo normativo dispone: "El Director General de Aduanas suspenderá sin más trámite del Registro de importadores y exportadores a quienes fueren procesados judicialmente por algún delito aduanero, impositivo o previsional hasta que fuere sobreseído o absuelto por sentencia o resolución *firme*" (énfasis añadido). De modo que, frente a la colisión de los dos principios involucrados (ejercicio de la industria lícita y seguridad del servicio aduanero), en el contexto de incertidumbre propio de todo proceso de investigación criminal, el legislador formuló un juicio de ponderación de los intereses en juego y optó por restringir provisoriamente los derechos de los agentes aduaneros. En otras palabras, el Congreso Nacional prefirió que en ese *iter* temporal ciertos agentes aduaneros procesados suspendan su actividad, asumiendo la eventualidad de que luego adquiera firmeza el sobreseimiento en sede penal; en lugar de permitirles mantener en tales condiciones su actividad en el servicio aduanero frente a la hipótesis de que puedan resultar condenados[14]. En similar sentido, el

11 Arg. CNFed Contenciosoadministrativo, Sala IV, causa 28.729/10 "Ange SRL c/ Disposición 3017/10 - CNRT (expte S01 182195/05)", Resol. del 23 de diciembre de 2010; causa Nº 46754/13. "Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/ DNCI s/ recurso directo de organismo externo", Resol. del 12 de diciembre de 2013; "Comfer - Resol 434/09 c/ Cablevisión SA s/ proceso de ejecución", 29/6/10; causa 1088/14, "Securitas Argentina S.A. c/ PNA s/ recurso directo de organismo externo", Resol. del 6 de marzo de 2014; causa 314/2013/CA1 "AFSCA-BD 229/12 y cotro c/ Multicanal SA c/ ejecución fiscal", Resol. del 26 de febrero de 2015; Causa 41900/2014/CA1 "Telefónica de Argentina c/ EN - CNC s/ Medida Cautelar (autónoma)", Resol. del 19 de mayo de 2015; entre otros.

12 Art. 42 de la Ley 21.526.

13 Art. 103 de la Ley 20.337, art. 112 de la nueva Ley 26.522; art. 702.0026, inc. *b*, del Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (REGINAVE) aprobado por Decreto 4516/73.

14 CNFed Contenciosoadministrativo, Sala IV, causa 69426/2019 "Hache 3 SRL c/ AFIP - DGA s/ amparo", sent. del 10 de agosto de 2021.

Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas –Anexo IV de la Ley 26.394–, establece en el art. 8º: "Autonomía disciplinaria. La acción y la sanción disciplinaria son independientes de la acción penal y de la pena impuesta por los jueces. Las sanciones disciplinarias por faltas que también pudieran constituir un delito podrán aplicarse con independencia del desarrollo del proceso penal. Sin embargo, la absolución en sede penal fundada en la inexistencia del hecho o la falta de participación del imputado en él, provocará la inmediata anulación de las sanciones disciplinarias impuestas por esos hechos". Se advierte una restricción provisoria al principio de inocencia en favor de la autotutela de la potestad disciplinaria y en resguardo de la actividad que prestan las Fuerzas Armadas. En este caso, el legislador también prefirió que los agentes procesados resulten separados de su actividad, asumiendo la eventualidad de que luego resulten absueltos en sede penal; en lugar de permitirles mantener en tales condiciones su actividad militar frente a la probable hipótesis de que puedan resultar condenados, juicio de ponderación que –naturalmente– puede ser objeto de revisión judicial y de una medida precautoria.

3.3. *Excepciones particulares al principio de ejecutoriedad*

En los supuestos en los que opera el principio de la ejecutoriedad, el legislador prevé una válvula de escape, consistente en la posibilidad de que la autoridad pública a difiera los efectos del acto mediante su suspensión hasta tanto se agotase la vía recursiva (art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos), sin perjuicio del control judicial de esta decisión mediante la medida cautelar autónoma (art. 8º, quinto párrafo, Ley de Medidas Cautelares).

4. Dualidad intrínseca de la función administrativa

A fin de examinar estas excepciones particulares al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, y en referencia al balance de perjuicios en estamos analizando, cabe recordar que la función administrativa puede resultar favorable, creando un derecho, una facultad o una posición de ventaja o beneficio, o suprimiendo una limitación o desventaja; o por el contrario, puede ser desfavorable, imponiendo un deber, gravamen, limitación, o suprimiendo una ventaja o beneficio. Asimismo, se presentan con frecuencia actos que son simultáneamente favorables para unos y desfavorables para otros, denominados por la doctrina como actos de doble efecto[15], tales como la adjudicación en un proceso de selección o la clausura de una local por ruidos molestos. Esta categoría sirve para modular el régimen jurídico aplicable a los actos que revistan alguna de estas características (v.gr. extinción, retroactividad, etc.).

15 Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, 1992, 2º ed. corregida y aumentada, p. 456

Sin desconocer la utilidad de tal clasificación, podría sostenerse que –en un sentido amplio– toda la función administrativa reviste *doble efecto* en el sentido antes indicado, ya que incluso una determinación tributaria, como eminente acto de gravamen contra un particular, es susceptible de involucrar un ingreso al fisco y reportar un beneficio para otros administrados; en tanto la suspensión de aquella percepción beneficia a su destinatario y perjudica al erario común. Lo mismo cabe predicar de una sanción disciplinaria, cuyo efecto mediato puede impactar en la regular prestación del servicio que reciben otros administrados, además del daño que le ocasiona al agente involucrado (daño que puede ser antijurídico o no, según se trate de un acto nulo o válido, respectivamente).

Ocurre que toda decisión humana genera un problema dual, en cuanto produce un gravamen y un beneficio, y toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema de igual tenor, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A[16].

5. BALANCE DE PERJUICIOS

En el caso de la suspensión de un acto administrativo, estos daños se encuentran representados por el tiempo necesariamente involucrado en la impugnación de un acto administrativo y por el margen de error propio de la decisión suspensiva provisoria, que puede expresarse tanto en la protección precautoria de un derecho aparente, cuanto en el desamparo de un derecho efectivo.

Este juicio de ponderación, que ya había sido adoptado en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires[17], hunde sus raíces en el Derecho anglosajón[18] y reconoce alguna semejanza con la ponderación de intereses como recaudo autónomo de procedencia de las medidas cautelares en

16 COASE, Ronald H. "El problema del costo social", *Estudios públicos* 45 (1992).

17 Aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/GCABA/97 (texto ordenado por Ley Nº 5.454) y ratificada por Resolución Nº 41/LCABA/98.

18 GILANZ USUNAGA, Javier, "El Proceso Civil Estadounidense: La Tutela Judicial Cautelar", Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 131.

el derecho comunitario europeo[19], así como en los derechos nacionales alemán[20], francés[21] y español[22].

Ocurre que, frente a un pedido de suspensión de un acto durante el agotamiento de la vía, entran normalmente en colisión dos principios: la eficacia de la función administrativa y la tutela administrativa efectiva. Este conflicto exige determinar cuánta disminución de esta última la sociedad está dispuesta a aceptar en función de un aumento de la primera, y viceversa. La respuesta a este interrogante orientará la elección sobre quién debe asumir los daños que ocasiona el tiempo del procedimiento recursivo y el margen de error propio de toda decisión provisoria adoptada en un contexto de incertidumbre.

En ciertas circunstancias, prevalecerá la tutela judicial efectiva del particular y se suspenderán los efectos de un acto, en desmedro del principio de eficacia administrativa involucrada en la ejecutoriedad de aquél, mientras que, en otras condiciones, esta última derrotará a la primera.

Cabe aclarar que, tanto la protección precautoria de un derecho aparente que al resolver el recurso se advierta inexistente, cuanto en el desamparo de un derecho efectivo que finalmente merezca acogimiento, son opciones que pueden desalentarse o tolerarse, según se opte por una protección diferencial o igualitaria, respectivamente.

En este sentido, se ha advertido la existencia de una función administrativa vinculada con los derechos fundamentales, sea porque los torna operativos o porque los agrede[23]. Por tal motivo, algunos de estos derechos fundamentales han merecido una especial consideración por la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional, de modo que, como contracara de la mayor protección que revisten algunos derechos, se atribuyó una prerrogativa reforzada para asegurarlos y evitar su suspensión precautoria cuando estas últimas son cuestionadas por los perjudicados por tales decisiones. En otras palabras, la tutela diferenciada de

19 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Asunto C-180/96, "Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Comisión de las Comunidades Europeas", Resol. del 05/05/1998, vinculado con la revisión de medidas de emergencia contra enfermedad denominada "de las vacas locas", ECLI identifier: ECLI:EU:C:1998:192; conf. también, Asunto 26-76, "Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas", Resol. del 25/10/1977, sobre sistemas de distribución selectiva, Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:1977:167.

20 Bacigalupo, Mariano, "El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991", *Revista de Administración Pública*, 128, mayo-agosto 1992.

21 Padrós, Ramiro Simón, *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

22 Bacigalupo, Mariano, *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 69.

23 Sammartino, Patricio Marcelo, *Amparo y Administración en el Estado Constitucional y Social de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, T. 1, p. 249.

un derecho frente a la administración presupone un interés público calificado para asegurarla, el cual se verifica cuando la función administrativa tenga como *beneficiarios* a sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También cuando tenga por objeto la protección del medio ambiente o los servicios públicos[24]. Cabría preguntarse si resulta posible efectuar una interpretación extensiva de este criterio y aplicarlo también a la suspensión del acto en sede administrativa.

Finalmente, este balance puede incluir también los beneficios irreversibles que ocasione al particular en perjuicio del interés público o de un tercero[25].

6. IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL BALANCE DE PERJUICIOS

Procuraré ilustrar este camino argumental con un ejemplo. Frente a la cesantía de un agente, el pedido de suspensión del acto durante el agotamiento de la vía administrativa deberá ponderar, en primer lugar, la probabilidad de éxito del recurso, y en segundo lugar, el daño que ocasiona la suspensión provisoria al particular, por una parte, y al interés público, por la otra. Imaginemos que se trata de un agente con funciones de conducción denunciado por acoso de sus dependientes.

6.1. *Primer arbitraje*

En efecto, si el agente aportase algún elemento de prueba que no pudo valorarse en el sumario para acreditar su inocencia, el perjuicio *probable* que le ocasionaría la ejecutoriedad del acto se incrementaría y disminuiría la *probabilidad* de afectación a los denunciantes y al interés público.

Ello, en la medida en que este último resultaría inoponible si el sancionado fuese inocente; mientras que, si fuese culpable, el daño que le ocasionaría el acto disciplinario no sería antijurídico, pese a resultar muy elevado (vgr. porque se invoca un derecho de carácter alimentario).

6.2. *Segundo arbitraje*

Además de la probabilidad de éxito del recurso administrativo, es preciso determinar el monto o nivel de daño que ocasionaría la suspensión del acto y su ejecutoriedad, respectivamente.

A tal fin, puede valorarse, por una parte, la afectación del derecho alimentario invocado por el agente frente a la ejecutoriedad de la cesantía, a cuyo fin podría tenerse en cuenta las posibilidades de subsistencia sin empleo a tenor de su eventual capacidad de ahorro (v.gr. nivel salarial), la tasa de desocupación o

24 Arts. 2º, inc. 2º, 13, 14 y 17, Ley 26.854.

25 LICHTMAN, Douglas, "Irreparable Benefits", *The Yale Law Journal*, Vol. 116, No. 6 (Apr., 2007), pp. 1284-1301.

el tiempo que le insumiría encontrar un nuevo empleo (conf. informe periódico del INDEC[26] sobre el mercado de trabajo según las condiciones de educación).

Por otra parte, puede examinarse la afectación de la función administrativa que desempeña el agente frente a la postergación de la cesantía (nivel escalafonario, gravedad sanción, etc.).

7. Conclusión

La Ley de Bases profundiza el juicio de ponderación que debe desplegarse para evaluar la suspensión del acto en sede administrativa en los supuestos en los que opera el principio de ejecutoriedad.

En primer lugar, es preciso evaluar la probabilidad de éxito del recurso administrativo en trámite, a la luz de la ostensibilidad del vicio invocado, ya que no existe interés público en la ejecutoriedad de un acto que adolezca de un vicio grave que determine su nulidad absoluta, ni tampoco un daño jurídicamente relevante que pueda oponerse frente a un acto plenamente válido.

En segundo lugar, la autoridad competente debe ponderar la correlación entre el daño que ocasiona a cada una de las partes involucradas la suspensión o ejecutoriedad del acto administrativo, respectivamente.

Esta operación conceptual, estrechamente vinculada con la responsabilidad del Estado, permite atribuir trazabilidad argumental a la distribución de la carga del tiempo que insume el agotamiento de la vía administrativa, además de minimizar los daños antijurídicos que su tránsito puede ocasionar al particular o al interés público, según el resultado que finamente merezca el recurso, y su posterior revisión judicial.

Luciano Marchetti

Es Magister en derecho administrativo. Coordinador del Área de Procesos Constitucionales y Tutelas Urgentes de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

26 Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina.

LEY DE BASES, REFORMA DEL ESTADO Y UNIVERSIDADES NACIONALES

Leandro Abel Martínez
Presidente de la Asociación de Docentes y
Subdirector de la Escuela de Posgrado de la Facultad
de Derecho; Universidad de Buenos Aires.

Sumario: 1. Las bases de la delegación legislativa. 2. Las universidades nacionales frente a la reorganización administrativa y la intervención. 2.1. La autonomía y la autarquía constitucional. 2.2. Reorganización administrativa e intervención en la Ley de Bases. 3. El principio de reserva de Ley Universitaria. 4. El procedimiento administrativo. 4.1. La anterior regulación. 4.2. La nueva regulación. 5. El control de la autarquía universitaria. 5.1. La autarquía en la LES. 5.2. El control interno y externo. 5.3. El control interno según la doctrina de la PTN. 5.4. El control de la autarquía plasmada en los estatutos universitarios.

I. Las bases de la delegación legislativa

Una porción de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases)[1] fue dictada por el Poder Legislativo de la Nación (Congreso), en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 76 de la Constitución Nacional (CN), para transferir al Poder Ejecutivo de la Nación (Presidente) un fragmento específico de su potestad legislativa. La Ley de Bases declaró la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año y sentó las bases de la delegación legislativa (art. 1º).

La Ley de Bases persigue, entre otros propósitos, la reforma del Estado (Título II). A tales fines, establece la reorganización administrativa (Capítulo I, Título II) de: "... los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso *a*) del artículo 8º de la Ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente..." (art. 3º). La Ley 24.156 es la "Ley de administración financiera y de los sistemas de control del sector

1 Ley 27.742 (B.O. 8-7-2024).

público nacional" (LAF)[2]. En el artículo 8º se define la composición del sector público nacional[3].

La reorganización administrativa, vía delegación legislativa, implica que el Presidente puede disponer (art. 3):

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.

Asimismo, la Ley de Bases habilita, con excepciones, la intervención de los organismos descentralizados, empresas y sociedades mencionadas en los incs. *a*) y *b*) del art. 8º de la LAF (art. 6º)[4]. En suma, la Ley de Bases confiere un amplio

2 Ley 24.156 (B.O. 29-10-1992).

3 Art. 8º LAF. 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 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.

4 Art. 6 Ley de Bases. 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 Calidad Agroalimentaria (SENASA); la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y las instituciones de la seguridad social.

abanico de posibilidades al Presidente para disponer e intervenir (esos son los verbos empleados en el articulado) el Sector Público Nacional definido en la LAF.

Por otra parte, en aras de la reforma del Estado, en lo que interesa al presente trabajo, la Ley de Bases modifica la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA)[5] y reconfigura el ámbito de aplicación de sus disposiciones (Capítulo III, Título II). Asimismo, una de las metas de la reorganización administrativa consiste en: "Asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas" (art. 2º inc. *c*).

2. LAS UNIVERSIDADES NACIONALES FRENTE A LA REORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA INTERVENCIÓN

2.1. *La autonomía y la autarquía constitucional*

La CN, en la Reforma de 1994, consagró la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19)[6]. La norma, en cuestión, ordena que el Congreso sancione: "... leyes de organización y de base de la educación [...] que garanticen [...) la autonomía y autarquía de las universidades nacionales". La Ley de Educación Superior (LES)[7] fue dictada por el Congreso en cumplimiento de ese mandato constitucional. Ergo, la LES es la ley que organiza las bases de la educación universitaria y, al mismo tiempo, garantiza la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales. En esa tarea concatenada pergeña el molde de las universidades nacionales.

La autonomía y la autarquía conferida por la CN a las universidades nacionales tienen significación propia. La autonomía es institucional y política[8], vinculada a los temas de su especialidad y en donde el elemento preponderante es el académico. La autarquía es económica y financiera. Tanto la autonomía como la autarquía son administrativas, en el sentido de que este aspecto funciona como un motor de ellas.

Es importante formular esta diferenciación inicial a los efectos ulteriores de analizar las posibilidades de injerencia, en la autonomía y en la autarquía, del Congreso y del Presidente.

5 Decreto Ley 19.549. (B.O. 27-4-1972).

6 Art. 75, inc. 19, CN. ...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

7 Ley 24.521 (B.O. 10-8-1995).

8 La LES califica a la autonomía universitaria como académica e institucional (art. 29).

2.2. *Reorganización administrativa e intervención en la Ley de Bases*

De acuerdo a la Ley de Bases, quedan excluidas de la reorganización administrativa (art. 3º inc. *b*) y de la intervención (art. 6º) del Poder Ejecutivo las universidades nacionales, como así también, los órganos u organismos del Poder Judicial, del Poder Legislativo, del Ministerio Público y todos los entes que de ellos dependan. He aquí las únicas referencias de la Ley de Bases respecto de las universidades nacionales.

Las prevenciones señaladas responden a razones constitucionales. A continuación, algunas obviedades necesarias. La Ley de Bases, en el trozo en análisis, es una ley de abdicación temporal de facultades legislativas. En consecuencia, el campo de actuación presidencial es más acotado que el de una ley sancionada por el Congreso en pleno ejercicio de su poderío legislativo. Por tanto, los decretos ejecutivos deben circunscribirse, conforme la literalidad del artículo 76 de la CN, a las "materias determinadas de administración o de emergencia pública" fijadas en las bases de la delegación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las universidades nacionales poseen autonomía y autarquía constitucional, en ningún contexto de emergencia una delegación legislativa podría autorizar una reorganización administrativa. Solo el Congreso modificando la LES podría incidir en la matriz de las universidades nacionales, pero sin perder de vista que la organización de las bases de la educación universitaria debe garantizar la autonomía y la autarquía universitaria. Es que las relaciones estipuladas en la CN, son entre el Congreso y las universidades nacionales. Ello se verifica en la regulación de la figura de la intervención de las universidades nacionales.

En principio, únicamente, una ley formal no delegante podría disponer la intervención (art. 30 LES)[9]. Ello surge, tanto de la CN como de la LES. En el supuesto constitucional, es una derivación lógica de la obligación del Congreso de sancionar las leyes de organización y de base que garanticen la autonomía universitaria. Dicho de otro modo, la regulación razonable de la intervención garantiza la autonomía, habida cuenta que impone límites a los poderes estatales. En el supuesto legal, la posibilidad de intervención del gobierno federal se encuentra expresa y detalladamente regulada. En fin, sostengo que la delegación legislativa, como así también, los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) no pueden estar direccionados hacia las universidades nacionales ya que opera una suerte de principio de reserva de ley en materia universitaria.

Retomando, la Ley de Bases permite que el Presidente reorganice los órganos u organismos de la administración central o descentralizada (contemplados

9 La LES prevé que el Poder Ejecutivo puede disponer una intervención cuando el Congreso está en receso y ad referéndum (art. 30). El acto de intervención por parte del Presidente no debería ser encuadrado en un DNU. Simplemente, debería invocarse el art. 30 de la LES.

en el art. 8 inc. *a* de la LAF) y que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente (art. 3). La norma enunciada merece dos comentarios.

El primero, las universidades nacionales no son parte de la Administración central o descentralizada y no están mencionadas en la conformación del Sector Público Nacional de la LAF. Es decir, no guardan relación de dependencia con la rama ejecutiva. En demostración de ello, cabe mencionar que las resoluciones definitivas de las universidades nacionales tienen que ser impugnadas a través de un recurso directo ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia territorial (art. 32 LES)[10]. De esta forma, no es procedente el control de tutela característico de la administración descentralizada[11].

El segundo, las universidades nacionales son creadas por ley siguiendo el procedimiento establecido en la LES[12]. En el acto legislativo el Congreso dota de sin-

10 "Artículo 32, LES. Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria".

11 Sobre este tema, Giuliana Rocío Zamboni y María Belén Giménez Streck señalan con atino: "... los desacuerdos entre el Poder Ejecutivo y las universidades no constituyen conflictos internos sino que deben ser resueltos por el Poder Judicial. En tal sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Inadi c/ E.N. - Mº Interior - dto. 957/01 - ley 25.453 s/ amparo ley 16.986" del 2004, donde sostuvo: "Los conflictos de índole patrimonial que se susciten entre entidades autárquicas deben ser dirimidos por quien ejerce la jefatura común de todas ellas, es decir, el Poder Ejecutivo Nacional, excepto el caso de las universidades nacionales, puesto que expresamente se las ha querido desvincular del poder político en tanto sea necesario para preservar su autonomía" (Fallos: 327:5571)" (Funcionamiento de los organismos de contralor sobre las Universidades Nacionales en la Argentina, Palabras del Derecho, 20-10-2024, https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5487/Funcionamiento-de-los-organismos-de-contralor-sobre-las-Universidades-Nacionales-en-Argentina).

12 El 28 de septiembre de 2023, el Congreso decidió crear cinco (5) nuevas universidades nacionales: la Universidad Nacional del Delta (Ley 27.727), la Universidad Nacional del Pilar (Ley 27.728), la Universidad Nacional de Ezeiza (Ley 27.729), la Universidad Nacional de Río Tercero (Ley 27.730) y la Universidad Nacional Madres de Plaza de Mayo (Ley 27.731). La publicación en el Boletín Oficial data del 12 de octubre de 2023. El 26 de febrero de 2024, la Ministra de Capital Humano resolvió revisar el proceso de creación de las universidades nacionales nacidas en 2023. La parte dispositiva del acto administrativo ministerial dice: "Artículo 1º.- Establecer el proceso de revisión de la creación e inicio de actividades académicas de las nuevas instituciones universitarias nacionales creadas por las Leyes 27.727, 27.728, 27.729, 27.730 y 27.731 con el fin de determinar el efectivo cumplimiento del procedimiento para su creación y funcionamiento objetivo" (Resol.-2024-45-APN-MCH). El argumento central de la Ministra de Capital Humano fue el siguiente: "Que atendiendo a razones de dar cumplimiento a lo establecido en las leyes vigentes, de evitar la duplicación y superposición de estructuras jerárquicas y de garantizar que la oferta educativa cumpla con la calidad y pertinencia debida, resulta necesaria la adopción de medidas tendientes a revisar el inicio de actividades académicas de las Casas de Altos Estudios antes mencionadas, para determinar si el procedimiento administrativo exigido por la Ley de Educación Superior para crear nuevas universidades fue debidamente cumplido, si las condiciones allí establecidas fueron

gularidad a cada una de las universidades nacionales. Asigna el nombre, el anclaje territorial, el presupuesto, etc. Sin embargo, el género universidades nacionales encuentra su génesis en la CN. Entonces, el rango de las universidades nacionales es constitucional, más allá de que el momento de creación individual es legal.

3. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY UNIVERSITARIA

La LES consagra el principio de reserva de ley o de legalidad en materia universitaria. La afirmación puede parecer osada o, por lo menos, novedosa y requiere de una justificación. Utilizando el razonamiento analógico, tomemos los reconocidos principios de legalidad penal o de legalidad tributaria. Ambos consisten, básicamente, en que la potestad para dar nacimiento o muerte a un delito o a un tributo se encuentra reservada a la ley formal. En el caso de los delitos, la atribución es exclusiva del Congreso y, en el supuesto de los tributos, la facultad está repartida entre los poderes legislativos federales y locales.

Hecha la comparación, conforme a la LES, es atribución exclusiva del Congreso crear y disolver universidades nacionales (art. 48)[13]. Para el nacimiento legal de una universidad nacional tiene que haber previsión del crédito presupuestario, un estudio de factibilidad y un informe previo del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN)[14]. El informe del CIN también es requerido como paso previo para que el Congreso ordene el cierre de una universidad nacional.

El principio de reserva de ley universitario se encuentra explicitado en la LES en cuanto a la forma de creación y de disolución de las universidades

---

realmente satisfechas y se encuentren debidamente documentadas y si la pertinencia, oportunidad y la previsión del crédito presupuestario correspondiente, en base a un estudio de factibilidad, avaló la iniciativa".

13 La historia da cuenta de la creación de universidades nacionales por medio de DNU. En 2002, durante la presidencia de Eduardo Luis Duhalde se crearon dos universidades utilizando DNU: la Universidad Nacional de Chilecito (DNU 2615/2002) y la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (DNU 2617/2002). En 2003, esas universidades fueron creadas nuevamente mediante las Leyes 25.813 (B.O. 1-12-2003) y 25.824 (B.O. 9-12-2003), respectivamente.

14 Pablo O. Cabral esquematiza el proceso de creación de las universidades nacionales establecido en la LES de la siguiente forma: "Etapa 01: Creación por Ley Nacional (art. 48 LES); Etapa 02: Designación de rector organizador (art. 49 LES); Etapa 03: Proceso de formulación del proyecto institucional y proyecto del estatuto provisorio (art. 49 LES); Etapa 04: Aprobación del proyecto institucional del estatuto provisorio por parte del Ministerio de Cultura y Educación (art. 49 LES); Etapa 05: Autorización de la puesta en marcha de la nueva institución por resolución del Ministerio de Cultura y Educación (art. 49 LES); Etapa 06: Proceso de normalización, en un plazo máximo de 4 años a partir de su creación (art. 49 LES); Etapa 07: Primera asamblea universitaria: Finalización de la normalización y adquisición de la autonomía universitaria" (CABRAL, Pablo O., "Trámite legal para la creación de las universidades nacionales en la República Argentina. A propósito de la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 45/2024 del Ministerio de Capital Humano de la Nación", TR LA LEY AR/DOC/2763/2024).

nacionales, pero es una derivación directa de la potestad del Congreso de dictar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la autonomía universitaria. Resulta útil reparar en el significado de la palabra "asegurar" para vislumbrar que la autonomía y la autarquía operan como una garantía a favor de las universidades nacionales. El diccionario de la Real Academia Española contiene tres (3) acepciones sobre el término[15]:

1. tr. Hacer que alguien o algo queden seguros o firmes.
4. tr. Preservar o resguardar de daño a alguien o algo.
5. tr. Hacer que algo quede seguro o garantizado.

Con el objeto de garantizar la autonomía universitaria la LES regula el procedimiento y los motivos de intervención de las universidades nacionales. El art. 30 dice:

"Las instituciones universitarias nacionales solo pueden ser intervenidas por el Honorable Congreso de la Nación, o durante su receso y *ad referendum* del mismo, por el Poder Ejecutivo nacional por plazo determinado –no superior a los seis meses– y sólo por alguna de las siguientes causales:

a) Conflicto insoluble del o de la institución que haga imposible su normal funcionamiento;
b) Grave alteración del orden público;
c) Manifiesto incumplimiento de la presente ley.

La intervención nunca podrá menoscabar la autonomía académica.

En retroalimentación con el principio reserva universitaria, la LES dispone que las universidades nacionales solo pueden ser intervenidas por el Congreso. Sin embargo, vaticina una excepción. Durante el receso legislativo, el Presidente puede ejercer esa facultad ad referéndum del Congreso y por un plazo que no supere los seis meses. En cualquier escenario, la autonomía académica debería estar a salvo.

Las hipótesis de intervención buscan garantizar la autonomía universitaria. Desde la Reforma Constitucional de 1994 y la vigencia de la LES, no se registran intervenciones del gobierno federal sobre universidades nacionales. A continuación, conjeturas y especulaciones teóricas sobre las causales de una intervención.

La primera (inc. *a*), procede ante la parálisis total de la institución y el agotamiento de las vías de solución del conflicto. Los problemas pueden ser internos o externos. En cualquier caso, solo las autoridades universitarias podrían requerir el auxilio federal, ya que son las únicas en condiciones de dar por terminadas las negociaciones amistosas.

La segunda (inc. *b*), supone una seria afectación del orden público que debería configurar un daño, potencial o efectivo, a derechos o bienes de terceros o de la institución universitaria. Encuentra relación con el art. 31 de la LES que

15 https://dle.rae.es/asegurar.

dispone: "La fuerza pública no puede ingresar en las instituciones universitarias nacionales si no media orden escrita previa y fundada de juez competente o solicitud expresa de la autoridad universitaria legítimamente constituida". En esta hipótesis de caos público, la intervención podría implicar la actuación de la fuerza pública, pero validada por el juez competente o a requerimiento de la autoridad universitaria.

La tercera (inc. *c*), importa la defensa del imperio de la LES. Aquí, hay que descartar la intervención en el caso de que los estatutos universitarios contradigan a la LES, ya que pueden ser impugnados por la cartera educativa del Presidente ante el fuero federal luego de su aprobación definitiva o de su modificación (art. 34 LES).

El aseguramiento de la autonomía universitaria es una tarea encomendada por la CN al Congreso. En tiempos de normalidad, el Presidente sólo puede expedir reglamentos para la ejecución de las leyes (99 inc. 2º CN). En épocas de excepcionalidad, la emergencia pública o la necesidad y la urgencia no dan lugar para que el Congreso delegue o el Presidente se apodere de la atribución legislativa de asegurar la autonomía universitaria.

En suma, no advierto habilitaciones normativas o presupuestos fácticos para la delegación legislativa y para el dictado DNU.

Por esta razón, tanto en la normalidad como en la excepcionalidad, la LES no podría ser sustituida o modificada por obra del Presidente. Además, el artículo 99 de la CN al definir las atribuciones presidenciales no explicita ninguna en materia de educación universitaria. El principio de reserva universitario se incorpora al catálogo conformado por las materias penal, tributaria, electoral y de partidos políticos.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1. *La anterior regulación*

La Ley de Bases modificó la LPA y reconfiguró el ámbito de aplicación de sus disposiciones (Capítulo III, Título II). La anterior redacción del art. 1º de la LPA, establecía: "Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley..."[16]. Desde entonces, ante la ausencia de regulación específica, la LPA rigió supletoriamente en los procedimientos sustanciados ante

16 En cuanto a la comprensión de la Administración Pública Nacional, Tomás Hutchinson explica: "Cuando la ley habla de Administración pública centralizada comprende los órganos que dependen *jerárquicamente* del Poder Ejecutivo –ministerios, secretarías de Estado, subsecretarías, direcciones generales, etc.–; al referirse a los entes descentralizados incluye los entes públicos estatales: entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades con participación estatal mayoritaria". (HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 52).

las universidades nacionales. En efecto, la LPA expandió su complementariedad a la totalidad de los procedimientos especiales coexistentes (art. 2º).

El alcance supletorio de la LPA para las universidades nacionales fue corroborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En "Budano" sostuvo: "En el ámbito de los procedimientos universitarios, la Ley 19.549 resulta aplicable con carácter supletorio, habida cuenta de que por virtud de lo establecido en el art. 1º, inc. 20 del Decreto 9101/72 con arreglo a lo dispuesto en el art. 2º de la propia Ley 19.549, el Poder Ejecutivo ratificó la vigencia del régimen de procedimientos propio de las universidades"[17]. El art. 2º de la LPA, establecía un plazo para que el Presidente determinara la suerte de los procedimientos especiales, con miras a su adaptación paulatina a la nueva reglamentación. A la vez, dispuso la supletoriedad de las normas de procedimiento para las tramitaciones administrativas de los regímenes especiales subsistentes. El art. 1º del Decreto 9101/72, reafirmó la supletoriedad de la LPA y estableció la vigencia de diversos procedimientos. El inc. 20, estipulaba la actualidad de un conjunto de normas destinadas a las universidades nacionales, en los siguientes términos: "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".

En igual sentido, en "Riccomi", la CSJN dijo en relación con los supuestos de nulidad del acto administrativo: "El art. 14 de la Ley 19.549 resulta de aplicación supletoria en el ámbito universitario, toda vez que no existe, en las leyes especiales destinadas a regir los procedimientos en las universidades, disposición alguna que lo contradiga o que se refiera a las causales de nulidad de los actos administrativos de su jurisdicción"[18]. En fin, las universidades nacionales no integran la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, pero utilizan supletoriamente la LPA.

4.2. *La nueva regulación*

La Ley de Bases modificó el art. 1º de la LPA expandiendo el catálogo de sujetos implicados. Las universidades nacionales no se encuentran mencionadas en la nómina que define la esfera de aplicabilidad de la LPA. La nueva redacción estipula:

"Artículo 24.- Sustitúyese el artículo 1º de la Ley 19.549 por el siguiente:

Artículo 1º: Ámbito de aplicación.

a) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a:

17 CSJN, Fallos: 310:1045, "Budano, Raúl Alberto c/ Fac. Arquitectura", sentencia del 9/6/1987. Voto unánime de Caballero, Belluscio, Fayt y Bacqué, que adhiere al dictamen de la PGN (Gauna).

18 CSJN, Fallos: 312:779, "Riccomi, Humberto Alfredo s/ art. 40 ley 22.140", sentencia del 6/6/1989. Voto unánime de Caballero, Belluscio, Fayt y Bacqué, que adhiere al dictamen de la PGN (Reiriz).

(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[19].

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.

El inciso *b*) estipula la supletoriedad de los títulos I, II y III de la LPA respecto de los entes públicos no estatales, las personas de derecho público no estatales y las personas privadas, por lo que cabría preguntarse si las universidades nacionales se subsumen en alguna de esas categorías. Más allá de la duda sobre el

19 Miguel S. Marienhoff explicaba que la función administrativa puede clasificarse desde dos puntos de vista: el material, substancial u objetivo y el orgánico o subjetivo. En cuanto al criterio material: "... considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad *administrativa*, *stricto sensu*, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos legislativo y judicial". (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. I, p. 85). Es evidente que las universidades nacionales realizan, cotidianamente, funciones materialmente administrativas.

encuadre teórico, la LPA irradia su supletoriedad a las universidades nacionales. Así lo afirma Pablo O. Cabral: "Todas las decisiones que adopten los órganos de una universidad nacional se encuentran alcanzados por la norma de procedimientos administrativos nacional (Decreto Ley 19.549, recientemente modificado por la Ley de Bases) y gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad , adquieren estabilidad, por lo que, su impugnación debe realizarse mediante un recurso directo ante el Poder Judicial federal , según lo establecido en la ley procedimental, y en el caso, en el art. 32 de la Ley de Educación Superior"[20].

El escenario se presenta como una oportunidad propicia, aunque futura, para reflexionar sobre categorías o terminologías clásicas, en torno a la organización administrativa y del Estado, empleadas en la Ley de Bases, la LPA y la LAF[21] con relación a la autonomía constitucional de las universidades públicas. La LES establece que las universidades nacionales son personas jurídicas de derecho público (art. 48)[22] y a lo largo de su articulado las alude con la siguiente fórmula: "instituciones de educación superior universitaria de gestión estatal".

5. EL CONTROL DE LA AUTARQUÍA UNIVERSITARIA

5.1. *La autarquía en la LES*

La LES regula la autarquía económica y financiera de las universidades nacionales. El art. 29.c atribuye la capacidad a las universidades nacionales de: "Administrar sus bienes y recursos, conforme a sus estatutos y las leyes que regulan la materia". El art. 59 explicita las facultades autárquicas:

"a) Administrar su patrimonio y aprobar su presupuesto. Los recursos no utilizados al cierre de cada ejercicio se transferirán automáticamente al siguiente;

b) Fijar su régimen salarial y de administración de personal;

20 CABRAL, Pablo O., "Trámite legal para la creación de las universidades nacionales en la República Argentina. A propósito de la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 45/2024 del Ministerio de Capital Humano de la Nación", TR LA LEY AR/DOC/2763/2024.

21 El art. 9 de la LAF también distingue entre entidades y jurisdicciones (institucionales y administrativo-financieras).

22 El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, B.O. 8-10-2014) establece dos clases de personas jurídicas: las públicas y las privadas (art. 145). Las públicas son (art. 146): "a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica". Las universidades nacionales no se encuentran mencionadas entre las personas jurídicas públicas. El inc. *a*) incluye a las entidades autárquicas y las universidades nacionales lo son, pero resulta forzado inferir que el legislador las incorporó bajo esa terminología. Tampoco la fórmula "demás organizaciones" ampara a las universidades nacionales.

c) Podrán dictar normas relativas a la generación de recursos adicionales a los aportes del Tesoro nacional, mediante la venta de bienes, productos, derechos o servicios, subsidios, contribuciones, herencias, derechos o tasas por los servicios que presten, así como todo otro recurso que pudiera corresponderles por cualquier título o actividad.

Los recursos adicionales que provinieren de contribuciones deberán destinarse prioritariamente a becas, préstamos, subsidios o créditos u otro tipo de ayuda estudiantil y apoyo didáctico; estos recursos adicionales no podrán utilizarse para financiar gastos corrientes.

Los sistemas de becas, préstamos u otro tipo de ayuda estarán fundamentalmente destinados a aquellos estudiantes que por razones económicas no pudieran acceder o continuar los estudios universitarios, de forma tal que nadie se vea imposibilitado por ese motivo de cursar tales estudios;

d) Garantizar el normal desenvolvimiento de sus unidades asistenciales, asegurándoles el manejo descentralizado de los fondos que ellas generen, con acuerdo a las normas que dicten sus consejos superiores y a la legislación vigente;

e) Constituir personas jurídicas de derecho público o privado, o participar en ellas, no requiriéndose adoptar una forma jurídica diferente para acceder a los beneficios de la Ley 23.877, de promoción y fomento de la innovación tecnológica;

f) Aplicar el régimen general de contrataciones, de responsabilidad patrimonial y de gestión de bienes reales, con las excepciones que establezca la reglamentación. El rector y los miembros del Consejo Superior de las Instituciones Universitarias Nacionales serán responsables de su administración según su participación, debiendo responder en los términos y con los alcances previstos en los artículos 130 y 131 de la Ley 24.156. En ningún caso el Estado nacional responderá por las obligaciones asumidas por las instituciones universitarias que importen un perjuicio para el Tesoro nacional".

De acuerdo a la LES, la autarquía de las universidades nacionales opera dentro del marco de la LAF y de los sistemas de control del sector Público Nacional (art. 59). La Ley de Bases aspira, en el marco de la reorganización administrativa, a asegurar la transparencia en la administración de las finanzas públicas mediante el efectivo control interno de la Administración pública nacional (art. 2º *c*).

5.2. *El control interno y externo*

La LAF instaura un sistema de contralor interno y externo del sector público nacional. El interno se encuentra a cargo de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y el externo al mando de la Auditoria General de la Nación (AGN). La SIGEN y la AGN son los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente (art. 7º).

Según la LAF, la SIGEN es el órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional (art. 96) y depende del Presidente de la Nación (art. 97). Tiene competencia de contralor respecto de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional, como así también, sobre los organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado que de él dependen (art. 98). Asimismo, es el órgano normativo, de supervisión y coordinación, estando conformado por las unidades de auditoría interna que son creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional (art. 100).

Conforme a la CN (art. 85)[23], la AGN es el organismo de asistencia técnica del Congreso en el control externo (patrimonial, económico, financiero y operativo) del sector público nacional. Goza de autonomía funcional y posee competencia de contralor sobre toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada (cualquiera fuera su modalidad de organización). La LAF complementa la norma constitucional, a pesar de que es anterior a la Reforma de 1994.

Con relación a las universidades nacionales, la LES dispone que el Estado nacional sea el responsable de financiar, supervisar y fiscalizar a las universidades nacionales (art. 2). A tales fines, regula mecanismos de control específicos. La auditoría externa la detenta, en forma directa e indelegable, la AGN y la interna la realizan, por sus propios medios, las universidades nacionales. Así lo estipula el art. 59 *bis* de la LES[24]:

23 "Art. 85 CN. El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos".

Nótese que encuentran anclaje constitucional las categorías: sector público nacional, organismo, administración pública centralizada y descentralizada.

24 El artículo 59 *bis* LES fue incorporado por la Ley 27.204 (B.O. 11-11-2015). Aquí, hay que considerar que hasta la inclusión del art. 59 bis de la LES, regía con total plenitud el Decreto 1344/07 (B.O. 5-10-2007) que unificó la reglamentación de la LAF. El art. 8º del Decreto 1344/07 dice: "Se consideran incluidos en la Administración Central el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como el Ministerio Público. Para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control, las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de

El control administrativo externo de las instituciones de educación superior universitarias de gestión estatal es competencia directa e indelegable de la Auditoría General de la Nación que, a tales efectos, dispondrá de un área específica con los recursos humanos y materiales adecuados para llevar a cabo esta tarea. Todas las instituciones de educación superior universitarias de gestión estatal deben generar mecanismos de auditoría interna que garanticen transparencia en el uso de los bienes y recursos.

En este punto, es necesario remarcar la amplitud de la competencia otorgada por la CN a la AGN. La norma constitucional hace referencia a la administración pública centralizada y descentralizada, aclarando respecto de ambas: "cualquiera fuera su modalidad de organización". La fórmula encomillada pulveriza cualquier discusión en torno al alcance de la competencia de la AGN. Por esta razón, en virtud de que la autonomía y la autarquía universitaria constituyen formas de descentralización, resulta atinada la decisión legislativa plasmada en el art. 59 *bis* de la LES. Adicionalmente, hay que tener presente la estrecha relación entre el Congreso con la AGN, en su calidad de órgano de asistencia técnica, y con las universidades nacionales, a través de las leyes dictada en cumplimiento del art. 75 inc. 19 de la CN.

El artículo de la LES que confiere competencia a la AGN no requiere de esfuerzos interpretativos generados por una fallida técnica legislativa[25]. Asigna con claridad responsables en las tareas de control externo e interno de las universidades nacionales, dentro de los cuales no se encuentra mencionada la SIGEN. Sin embargo, en los últimos años, el rol de la SIGEN o la aplicabilidad del sistema de control interno de la LAF ha sido merecedor de interpretaciones antagónicas por parte de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN).

Frente a la especificidad del art. 59 *bis* de la LES, la SIGEN carece de competencia para efectuar el control interno de las universidades nacionales. Es que la omisión de la SIGEN en una norma particular dedicada a definir mecanismos

---

este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional".

25 Fabiana Haydeé Schafrik explica que hay dos criterios de diseño normativo para definir el ámbito en el que se despliega el control: el subjetivo y el objeto. En el subjetivo, la norma elabora un catálogo de órganos y entidades que serán objeto de control. En el objetivo, la norma no menciona los destinatarios del control, por lo que la utilización de fondos públicos lo hace aplicable. Advierte que cuando la norma adopta el criterio subjetivo se corre el riesgo de que la enumeración sea incompleta y queden sectores sin fiscalizar. (SCHAFRIK, Fabiana Haydeé, "La Auditoría General de la Nación en la Constitución de la República Argentina", San José de Costa Rica, *Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Contraloría General de la República*, V. 9, 2017, pp. 91 y 92, https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/09/revista-derecho-09.pdf).

de contralor que no son generales, impide realizar una interpretación supletoria de la LAF e inclusiva de la SIGEN.

Ello responde a que la autonomía y la autarquía encuentran entre sus propósitos la preservación de las universidades nacionales de la injerencia del Presidente. La CSJN, en un pleito entre una universidad nacional y una entidad autárquica, sostuvo "... quedó demostrado que el régimen vigente sustrae en forma notoria del ámbito académico las intervenciones del Poder Ejecutivo en las actividades que les son propias, lo que incluye, naturalmente, su accionar de índole financiera, que puede dar lugar a reclamos pecuniarios...". Afirmó que no resultaba aplicable el régimen de resolución de conflictos interadministrativos (Decreto Ley 19.983, B.O. 5-12-1972) para reclamos pecuniarios entre organismos administrativos del Estado Nacional, centralizados o descentralizados (incluidas las entidades autárquicas), en donde el conflicto es sometido a la decisión de la PTN o del Presidente[26].

5.3. *El control interno según la doctrina de la PTN*

En 2022, el procurador del tesoro Carlos Alberto Zaninni (Dictamen 323:407) concluyó que el control externo de las universidades nacionales continuaba a cargo de la AGN y que no resultaban aplicables las previsiones en materia de control interno en cabeza de la SIGEN. En 2024, el procurador del tesoro Rodolfo Carlos Barra (Dictamen 331:33) remató que la SIGEN podía realizar el control interno de las universidades nacionales. Ambos dictámenes discurren acerca de la significación de la autonomía y de la autarquía universitaria.

El eje central de las opiniones de la PTN versa sobre la interpretación del art. 129 de la Ley 27.591 (Ley de Presupuesto para el ejercicio 2021)[27]. La norma dice:

26 CSJN, Fallos: 326:1355, "Universidad Nacional de Mar del Plata c/ Banco Nación Argentina s/ daños y perjuicios", sentencia del 24/4/2003, Voto unánime de Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, López, Vázquez y Maqueda, que adhiere al dictamen de la PGN (Becerra).

27 Ley 27.591 (B.O. 14-12-2020). Secundariamente, estaban presentes en el debate los alcances del artículo 8º del Decreto 1344/07 (transcripto anteriormente) y, su modificatorio, el Decreto 72/18 (B.O. 24-1-2018) relativo a los auditores internos. En el dictamen Zaninni, bajo el título "El alcance de la prohibición de regular materias no presupuestarias en las leyes de presupuesto", se analizó el art. 20 de la LAF en la parte que dice: "Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos". La conclusión, en la visión de Zaninni, es que la ley particular y anual de presupuesto puede modificar a la ley general presupuestaria. Ello, bajo el paraguas del principio que indica que la ley posterior deroga a la ley anterior. En mis palabras, una ley no puede maniatar a otra ley. Así lo sostuve en: Martínez, Leandro Abel, "Reflexiones sobre la jerarquía normativa de las diferentes

"Artículo 129.— Incorpórase como artículo sin número de la Ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014) y sus modificaciones, a continuación del incorporado por el artículo 21 de la Ley 27.561, el siguiente:

Artículo...:- El criterio establecido en el artículo anterior respecto del control que corresponde al Honorable Congreso de la Nación y a la Auditoría General de la Nación conforme con el artículo 85 de la Constitución Nacional, y los Capítulos I y II del Título VII de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones será igualmente aplicable para las Universidades Nacionales"[28].

A simple vista, la norma dispone que el control de las universidades nacionales le corresponde al Congreso y a la AGN. La remisión al artículo anterior, hace necesaria la transcripción de la parte involucrada:

"Artículo 128.— Sustitúyese el artículo sin número de la Ley 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014) y sus modificaciones, incorporado por el artículo 21 de la Ley 27.561, por el siguiente:

Artículo.— Las empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur Sociedad Anónima y sus controladas se rigen por las normas y principios de derecho privado, y en particular en cuanto a su naturaleza, por los términos del capítulo II, sección V, de la Ley General de Sociedades 19.550, t.o. 1984 y sus modificaciones, sin perjuicio del control que corresponde al Honorable Congreso de la Nación y a la Auditoría General de la Nación conforme con el artículo 85 de la Constitución Nacional, y los capítulos I y II del título VII de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificaciones; y del control que corresponde a la Sindicatura General de la Nación, y de las atribuciones de los restantes órganos rectores de Administración Financiera en el marco de la mencionada ley ...".

El art. 128, tiene como epicentro a las líneas aéreas comerciales del Estado, permitiéndoles funcionar bajo la idiosincrasia del Derecho Privado, pero sometidas a un esquema de controles estatales. Aquí, a diferencia del artículo 129, es incluido el control de la SIGEN junto al del Congreso y de la AGN.

Por un lado, el dictamen Zaninni argumenta: "... como surge del debate parlamentario, la clara finalidad del legislador, plasmada en el artículo 129 de la Ley 27.591, fue la de considerar aplicable a las universidades nacionales exclusivamente el control que corresponde al Congreso de la Nación y a la AGN, pero no así el control interno que el PEN realiza a través de la SIGEN" (10.2.3.5).

---

leyes del Congreso. A propósito de la ley de expropiación de YPF y el fallo Zofracor", en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 201-212.

28 El Título VII de la LAF se titula Del control externo. El capítulo I está destinado a la Auditoria General de la Nación y el capítulo II a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas.

Por otro lado, el dictamen Barra esgrime en torno al art. 129 de la Ley 27.591: "... no resulta razonable sostener que la no mención del control de la SIGEN pudiera implicar la tácita modificación del conjunto normativo que vertebra el sistema de administración y control y, en última instancia, que procura a una mayor transparencia en el uso de los fondos públicos" (19.1). Curiosamente, para Barra la autonomía de las universidades nacionales es funcional (académica) y de gobierno (21.1).

Desde la Reforma Constitucional de 1994 hasta el dictamen Barra, la PTN ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas oportunidades y con miradas diferentes en torno a la naturaleza constitucional de las universidades nacionales. La falta de uniformidad conceptual se ve reflejada en la doctrina invocada en los dictámenes de Zaninni[29] y de Barra[30]. A continuación un breve repaso, con el objeto de evidenciar las disparidades de criterio, sobre la doctrina de la PTN citada.

En el Dictamen 224:187 ("Saulquin", 1998), entendió que era improcedente la interposición de un recurso administrativo, por parte del rector de la Universidad Nacional de la Rioja, contra las asignaciones presupuestarias dispuestas por el Ministerio de Cultura y Educación. Sucintamente, opinó que las universidades nacionales, en cuanto entidades autárquicas, siguen ligadas a la Administración Central que ejerce sobre ellas el control de tutela y que continúan sujetas al control de la SIGEN. En la misma línea, en el Dictamen 227:229 ("Stafforini", 1998), en un caso de rendición de cuentas de la Universidad Nacional de Formosa, sostuvo que el Ministerio de Cultura y Educación tenía a su cargo el control de tutela. Idéntico criterio se replicó en el Dictamen 232:180 ("Marcer", 2000). En el Dictamen 239:062 ("Marcer", 2001), afirmó que en el plano presupuestario las universidades nacionales constituyen entidades autárquicas, por lo que un diferendo económico con la AFIP debía encuadrarse en el régimen de resolución de los conflictos interadministrativos (Ley 19.983)[31].

En materia disciplinaria, en el Dictamen 231:315 ("Erdozain", 1999) dijo que la Universidad Nacional de Mar del Plata podía fijar un régimen propio de

29 En el apartado "La doctrina de esta Casa sobre la autonomía y autarquía universitarias, previamente a la sanción de la Ley 27.591", Zaninni cita los siguientes Dictámenes: 224:187 ("Saulquin", 1998), 231:315 ("Erdozain", 1999), 242: 647 ("Testoni", 2002), 249:74 ("Rosatti", 2004), 253:108 ("Guglielmino", 2005) y 260:068 ("Guglielmino", 2007).

30 En el aparatado "La Doctrina de este Organismo Asesor sobre la Autonomía y Autarquía de las Universidades Nacionales", Barra cita los siguientes Dictámenes: 224:187 ("Saulquin", 1998), 227:229 ("Stafforini", 1998), 231:315 ("Erdozain", 1999), 232:180 ("Marcer", 2000), 239:062 ("Marcer", 2001) y 242:647 ("Testoni", 2002).

31 En sentido contrario, Carlos F. Balbín explica "... es claro que en el modelo estructural de nuestro país no existen entes independientes sino autónomos. Así, el ente es autónomo, pero ¿respecto de quién? Básicamente del Poder Ejecutivo y de su poder regulatorio reglamentario y de control. Cabe aclarar que, en nuestra práctica institucional, es así en el caso de las universidades públicas, pero no en el de los entes reguladores". (BALBÍN, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 262).

investigaciones administrativas respecto de un funcionario o aplicar el Decreto 467/99 (Reglamento de Investigaciones Administrativas). Ello por cuanto, la designación y remoción de las autoridades, del personal docente y no docente constituye una atribución estrictamente universitaria derivada de su ya mencionada naturaleza jurídica. En el Dictamen 242: 647 ("Testoni", 2002), interpretó el art. 57 de la LES, concluyendo que correspondía al Consejo Superior de la Universidad Nacional de Río Cuarto establecer el procedimiento disciplinario del personal docente.

En el Dictamen 249:74 ("Rosatti", 2004), al ser consultada sobre un anteproyecto de convenio marco entre la PTN y el CIN, manifestó que no resultaba aplicable a las universidades nacionales el procedimiento previsto para la resolución de conflictos interadministrativos (Ley 19.983) y que no era procedente la mediación de la PTN en los conflictos entre las universidades nacionales y la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada. Aquí, el procurador Rosatti aseveró: "... en lo que respecta a la relación con los restantes organismos del Estado, inclusive el Poder Ejecutivo, el legislador ha querido que las universidades también cuenten con autonomía, posicionándolas en una situación privilegiada respecto de las demás entidades descentralizadas, toda vez que se mantienen fuera del alcance del control del Presidente de la Nación y preservadas de toda intrusión del Poder gubernamental".

En los Dictámenes 253:108 ("Guglielmino", 2005) y 260:068 ("Guglielmino", 2007), afirmó que no resultaba aplicable a las universidades nacionales el régimen sobre acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional (Decreto 894/01, modificatorio del Decreto 8566/61). En el primer dictamen, expresó: "... la incompatibilidad prevista en el Decreto Nº 894/01 no resulta aplicable a las Universidades Nacionales por tratarse de instituciones independientes del Poder Ejecutivo Nacional". En el segundo Dictamen, opinó que era compatible la percepción del sueldo correspondiente al cargo de rector-organizador de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires conjuntamente con un haber jubilatorio, en cuanto: "... el funcionario que ejerce el cargo en cuestión, en atención a la autonomía universitaria consagrada en la Constitución Nacional a partir de la Reforma de 1994, no se encuentra sujeto a las normas que rigen al personal perteneciente al ámbito del Poder Ejecutivo Nacional".

5.4. *El control de la autarquía plasmada en los estatutos universitarios*

La LES prevé que los estatutos universitarios contengan las pautas de administración económico-financieras (art. 34). En el proceso de creación de las universidades nacionales hay que distinguir dos momentos de contralor. En ambos, el control se vincula con el respeto de los estatutos hacia la LES.

En primer lugar, los estatutos provisorios de las nuevas universidades nacionales son analizados por el Ministerio de Cultura y Educación (actualmente

Ministerio de Capital Humano) y, luego, aprobados por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). En esta etapa (art. 49)[32], se verifica la adecuación del proyecto de estatuto a la LES.

En segundo lugar, el proceso de normalización de las nuevas universidades nacionales finaliza con la reunión de la asamblea universitaria que dicta el estatuto definitivo. La pieza final, como así también, las modificaciones estatutarias posteriores, deben ser comunicados a la cartera educativa del Presidente. En esta fase (art. 34)[33], se constata una vez más la compatibilidad del estatuto aprobado por la asamblea a la LES. Aquí, la rama ejecutiva tiene dos posibilidades. En el caso, de que el estatuto supere el test ordena su publicación. En el supuesto contrario, debe plantear las observaciones ante la Cámara Federal de Apelaciones competente.

Leandro Abel Martínez

Es Abogado y Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación de Docentes, Profesor Adjunto (i) de Derecho Constitucional y Subdirector de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo: lamartinez@derecho.uba.ar

32 "Art. 49, LES. Creada una institución universitaria, el Ministerio de Cultura y Educación designara un rector-organizador, con las atribuciones propias del cargo y las que normalmente corresponden al Consejo Superior. El rector-organizador conducirá el proceso de formulación del proyecto institucional y del proyecto de estatuto provisorio y los pondrá a consideración del Ministerio de Cultura y Educación, en el primer caso para su análisis y remisión a la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, y en el segundo, a los fines de su aprobación y posterior publicación Producido el informe de la Comisión, y adecuándose el proyecto de estatuto a las normas de la presente ley, procederá el Ministerio de Cultura y Educación a autorizar la puesta en marcha de la nueva institución, la que deberá quedar normalizada en un plazo no superior a los cuatro (4) años a partir de su creación".

33 "Art. 34, LES. Los estatutos, así como sus modificaciones, entraran en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, debiendo ser comunicados al Ministerio de Cultura y Educación a efectos de verificar su adecuación a la presente ley y ordenar, en su caso, dicha publicación. Si el Ministerio considerara que los mismos no se ajustan a la presente ley, deberá plantear sus observaciones, dentro de los diez días a contar de la comunicación oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones, la que decidirá en un plazo de veinte días, sin más trámite que una vista a la institución universitaria. Si el Ministerio no planteara observaciones en la forma indicada dentro del plazo establecido, los estatutos se considerarán aprobados y deberán ser publicados. Los estatutos deben prever explícitamente: su sede principal, los objetivos de la institución, su estructura organizativa, la integración y funciones de los distintos órganos de gobierno, así como el régimen de la docencia y de la investigación y pautas de administración económico-financiera".

EL FRACASO DE LA LEY - EL DEFENSOR DEL PUEBLO

GIMENA OLMOS SONNTAG
Profesora Adjunta, Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Funcionaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. El Defensor del Pueblo. 4. Las funciones asignadas al Defensor del Pueblo de la Nación. 5. El comienzo de una verdadera debilidad institucional. 6. Impacto de la falta de nombramiento del Defensor del Pueblo sobre la vigencia de los derechos humanos en Argentina. 7. Omisión inconstitucional imputable al Poder Legislativo. 8. La exhortación de la Justicia. 9. Lo que en realidad pasa. 10. Omisión inconstitucional de un deber jurídico a modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En lo que a autoridades administrativas independientes se refiere, las distintas posiciones de la doctrina, en orden a su denominación y características, denotan que no hay consenso con relación a su existencia.

Una descentralización aún mayor que la descentralización la encontramos en la figura de las autoridades administrativas independientes.

Están previstas en la Constitución Nacional y son creadas por ley con expresa imposición de cometidos administrativos y además funcionan al margen del control por parte del Poder Ejecutivo y en ese orden, resultan entes que sólo se encuentran sometidos a la ley y al control del Poder Judicial.

Esencialmente, son creados por la Constitución y están enmarcados en alguno de los tres poderes del Estado sin interferencia en sus decisiones por parte del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, el problema se suscita en orden al verdadero alcance de la garantía de independencia –que las caracteriza– a la hora de analizar su organización interna: integración, procedimiento de designación y remoción de sus máximas autoridades, duración de sus mandatos, posibilidad de reelección, las incompatibilidades y los requisitos de idoneidad; estos ítem resultan determinantes a la hora de analizar el grado de independencia del ente y resultan esclarecedores y determinantes para garantizar alguna cuota de independencia.

Y en este sentido, la figura del Defensor del Pueblo se aleja del espíritu propio de esta autoridad administrativa independiente.

Un claro ejemplo es el procedimiento de designación del Defensor del Pueblo, en el cual el Poder Legislativo tiene así una injerencia que se proyecta en la facultad de ordenar la actividad del ente y acá es donde voy a centrar el análisis de esta Autoridad administrativa, pues el desarrollo de las funciones propias del Defensor del Pueblo se halla perturbado por la omisión inconstitucional del Poder Legislativo.

Es necesario neutralizar la influencia política del Poder Ejecutivo en sus decisiones cuando se expanden a la falta de consenso en el ámbito parlamentario.

2. DEFINICIÓN

Las autoridades administrativas independientes son aquellos entes estatales que ejercen función administrativa en un grado máximo de descentralización, esto es, forman parte de la estructura que ejerce el poder político como titular originario.

Su creación es de fuente constitucional o legal y quedan regidos, prioritariamente, por el Derecho Público. Poseen autonomía para definirse normativamente en el orden interno (organización, funcionamiento y administración) y capacidad normativa externa para regular respecto al campo de actuación adjudicado: económico, social o industrial mediante disposiciones generales vinculantes para terceros ajenos al ente pero que interactúan en su radio de acción, dentro del cual pueden asumir funciones materialmente judiciales. Ejercen el conjunto de sus competencias sin injerencias externas, ya sean previas, concomitantes o posteriores a su decisión[1].

3. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

La figura del Defensor del Pueblo se encuentra prevista en la Constitución Nacional[2] y una ley especial prevé su nombramiento, cese y condiciones, régimen

1 KODELIA, Gonzalo S., *Autoridades Administrativas Independientes: entre la técnica y la política. Historia, Justificación y Crítica*, 1° ed., José C. Paz, EDUNPAZ Editorial Universitaria, 2023, pág. 243.

2 "Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial".

de incompatibilidades, sustitución, prerrogativas, designación de defensores adjuntos, competencia. Iniciación y contenido de la investigación. Tramitación de la queja. Obligación de colaboración. Régimen de responsabilidad. Resoluciones. Alcances. Comunicaciones. Informes. Recursos humanos y materiales.

Todo ello se encuentra regulado en la Ley 24.284, (modificada por la Ley 24.379) dictada en diciembre de 1983, es decir, con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, que crea, en el ámbito del Poder Legislativo la Defensoría del Pueblo sin recibir instrucciones de ninguna autoridad y precisa que su objetivo es proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública Nacional[3].

Está definido como un "órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (art. 86, CN). En este sentido, la norma indica las funciones de este organismo –sin personalidad jurídica–, el modo de designación de su titular y las garantías para su funcionamiento al tiempo que remite a una ley especial para regular aspectos relativos a su organización y funcionamiento.

A su vez, en el art. 2º agrega que estará a cargo del Defensor del Pueblo el que será elegido por el Congreso a través de la Comisión Bicameral Permanente [4]

El mencionado artículo constitucional dispone que el defensor del pueblo "... es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad".

La opción del legislador es compatible con la Constitución en tanto establece que son autónomas e independientes –autoridades administrativas independientes– lo

3 "Artículo 1º, Ley 24.284.- Se crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Defensoría del Pueblo, la cual ejerce las funciones que establece la presente ley, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14".

4 "Artículo 2º, Ley 24.284.- Titular. Forma de elección. Es titular de ese organismo un funcionario denominado Defensor del Pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación de acuerdo con el siguiente procedimiento: *a*) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo. *b*) En un plazo no mayor de treinta (30) días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la Presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de Defensor del pueblo. Las decisiones de la comisión bicameral se adoptan por mayoría simple. *c*) Dentro de los treinta (30) días siguientes al pronunciamiento de la comisión bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos. *d*) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse. *e*) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso *d*) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella".

cual suponen un grado de descentralización mayor, pues no habría controles del Poder Ejecutivo sobre el Defensor del Pueblo. Quiere decir, está asegurada la autonomía respecto del Poder Ejecutivo sin perjuicio de que sus actos sean objeto de control de legitimidad o razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Ahora bien, si bien se ha dicho que esta figura goza de autonomía e independencia funcional y esto lleva a considerarla como una autoridad administrativa independiente y con ello una descentralización mayor, lo cierto es que no está garantizada la autonomía e independencia desde lo político con lo cual se diluye la independencia y autonomía funcional, máxime que, para su reelección, el defensor del pueblo deberá negociar esta circunstancia con el Congreso para obtener los 2/3 de cada una de las cámaras.

Acá ponemos la primera luz de alerta ya que el solo hecho de requerir semejante mayoría calificada para la designación del defensor nos ha llevado a que pasen muchos años (desde el año 2009) sin que tengamos un defensor del pueblo legalmente designado y este hecho termina de disolver lo que la Constitución Nacional intentó lograr con la creación de la figura de control que se instituye en el Defensor del Pueblo, cuestión que abordaré más profundamente más adelante.

En cuanto a su legitimación, el texto constitucional se limita a señalar lo siguiente: "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal" y, al respecto, a pesar de que la Corte Suprema finalmente le reconoció legitimación procesal para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva[5], desde el año 2009 el cargo de defensor del pueblo se encuentra vacante.

Ante esta situación, la Corte Suprema ha exhortado al Poder Legislativo a que proceda a su designación. En efecto, en el precedente "CEPIS"[6] el máximo tribunal advirtió que "el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encontraba vacante, circunstancia que repercutía negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios de servicios públicos. Por lo tanto, teniendo en cuenta las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, exhortó al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado". En ese mismo orden de ideas, se pronunció en el marco de la causa "Mendoza"[7], en materia del derecho al ambiente, sólo para recordar algunas.

5 CSJN, 26/06/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo", Fallos: 330:2800.

6 CSJN, 18/08/2016, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo", Fallos: 339:1077.

7 CSJN, 01/11/2016, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)", Fallos: 339:1562.

4. Las funciones asignadas al Defensor del Pueblo de la Nación

Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas (art. 86 CN).

Si función central está definida en la Constitución y en la citada Ley 24.284, y consiste en la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses respecto de los actos, hechos u omisiones de la Administración en el ejercicio de su función administrativa.

Su competencia es amplia, comprensiva de la defensa de todo tipo de derechos, garantías e intereses constitucionales y legales e incluso aquellos contemplados en los tratados internacionales (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) y quedan comprendidas aquellos supuestos en los que se afecten derechos y garantías por acción u omisión de la administración centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, con participación estatal mayoritaria y todo otro organismo estatal cualquiera fuese su denominación y las personas jurídicas y privadas prestadoras de servicios públicos (arts. 14, 16 y 17, de la Ley 24.284).

5. El comienzo de una verdadera debilidad institucional

En el año 2009 el Dr. Eduardo René Mondino presentó la renuncia, este fue el último Defensor del Pueblo constitucionalmente designado, y desde entonces, el Congreso no activó ningún proceso de designación, no obstante, la Comisión Bicameral prorrogó en sus cargos a los Defensores Adjuntos hasta diciembre de 2013.

Desde su creación constitucional, Jorge Luis Maiorano cubrió el cargo en el período 16/6/1994-10/12/1999 el que fue sucedido por Mondino, durante el período 28/12/1999- 22/12/2004; 22/12/2004-6/4/2009.

El cargo quedó vacante y fue designado como reemplazante el Defensor del Pueblo Adjunto, Anselmo Sella durante el período (2009-2013), soslayándose el mecanismo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional.

En efecto, el adjunto es un reemplazante contemplado legalmente para supuestos provisorios, específicos y determinados tales como cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal (art. 13, de la Ley 24.284).

Frente a estos supuestos, se prevé la posibilidad de designar a un reemplazante a los efectos de que continúe con el alto cometido constitucional, pero en modo alguno ello importa una designación permanente lo cual vulnera el mandato constitucional.

6. IMPACTO DE LA FALTA DE NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO SOBRE LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA

En el informe presentado en el 153º periodo de sesiones de la CIDH[8], se expuso que la omisión del Estado Argentino de no contar con un Defensor del Pueblo desde el año 2009 –en tanto la Comisión Bicameral Permanente encargada de su nombramiento no había iniciado el procedimiento de selección– tenía un impacto negativo en la protección de los derechos de la sociedad argentina en especial las personas en situación de *vulnerabilidad*, con lo cual tras insistir en el importante rol que desempeñan los Defensores del Pueblo en la protección de los derechos humanos y recordar que su establecimiento constituye un avance en la consolidación de las instituciones democráticas, la Comisión instó al Estado a adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se inicie el proceso de selección del Defensor del Pueblo impuesto por la Constitución Nacional.

7. OMISIÓN INCONSTITUCIONAL IMPUTABLE AL PODER LEGISLATIVO

Se trata del comportamiento omisivo frente a una disposición constitucional que ordena expresamente la realización de una conducta a los fines de la designación del Defensor del Pueblo (art. 86 de la CN), según el procedimiento que ha sido reglamentado a través de la Ley 24.284, sin que exista margen de opción en su realización.

Es decir, no surge ni de la letra, ni de la finalidad de la norma que sea facultativo para el Congreso de la Nación designar –o no hacerlo– al titular de la Defensoría del Pueblo.

Desidia, falta de acuerdo político, ausencia de consensos entre el oficialismo y la oposición, inconveniencia en el control de las funciones administrativas públicas, todas ellas importan un manto de silencio y una omisión en la obligación que impone la Constitución Nacional.

Esto es, el incumplimiento de la Comisión Bicameral de impulsar en el menor tiempo posible el procedimiento de designación de un nuevo Defensor del Pueblo cualquiera sea el supuesto de cese del anterior (art. 86 CN y art. 2º, 11 y 13 de la Ley 24.284, modificada por la Ley 24.379).

Frente a la situación de acefalía, la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo autorizó al Secretario General del organismo (Carlos Guillermo Haquim) a ejercer el cargo, soslayando por completo el procedimiento de designación establecido en el artículo 86 de la CN y en la Ley 24.284 (art. 2º), que solo facultan al Congreso Nacional a designar al Defensor del Pueblo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras, en base a la propuesta de candidatos efectuada por la Comisión Bicameral Permanente.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington, 28/10/2014.

En diciembre del 2013, el presidente de la Comisión Bicameral junto a los presidentes de los bloques de la Unión Cívica Radical y Frente para la Victoria firmaron un documento autorizando al Secretario General de la defensoría a realizar todos los actos conservatorios y/o administrativos permitidos en el marco legal vigente, Ley 24.284, tendientes a lograr la persecución de las funciones propias de la Defensoría.

Luego, la Comisión Bicameral ratificó aquella autorización mediante la Resolución 001/2014, del 23 de abril de 2014, facultándolo a ejercer las atribuciones propias establecidas por la citada Ley 24.284, y su modificatoria hasta tanto el Congreso de la Nación proceda a la designación del Defensor del Pueblo.

Es que, estas normas prevén únicamente que, ante el caso de ausencia temporal, el titular del organismo sea reemplazado *provisoriamente* por los Defensores Adjuntos que se hubieran designado conforme al procedimiento legal establecido (conf. art. 13, Ley 24.284), por esa razón el organismo se encuentra actualmente a cargo de su Subsecretario General, pero ello, no se compadece con los requerimientos constitucionales y legales que regulan la institución.

Esta "designación permanente" efectuada por la Comisión a través de una autorización, se encuentra en franca oposición al mandato constitucional y legal y, por tanto, es irregular la actuación en su consecuencia. Carece, en esos términos, de legitimación para intervenir en los procesos judiciales, con lo cual sus facultades quedaron reducidas a las imprescindibles a los fines de evitar que la institución quedara acéfala o impedida de funcionar. Es así como le fueron concedidas funciones meramente administrativas al Secretario General de la Defensoría del Pueblo, quien se encontraba a cargo de las funciones propias de la Institución. Esta precisión en las facultades conferidas por la Comisión Bicameral impide que el Organismo cumpla acabadamente con el rol que la Constitución le ha asignado a su titular al otorgarle legitimación procesal, quedando el organismo reducido a una simple agencia administrativa, careciendo de la facultad de control sobre la actividad de la administración y así garantizar la efectiva vigencia de los derechos (art. 86 CN).

Actualmente la Defensoría puede continuar emitiendo resoluciones, elaborando informes, investigaciones y recomendaciones, pero se encuentra inhabilitada para presentarse como parte en procesos contenciosos. Su falta de legitimación le impide el acceso a la justicia y con ello, cumplir con su función: la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

8. La exhortación de la Justicia

La Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga y no

hay zona alguna de reserva que el Ejecutivo, el Congreso o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan[9].

En este sentido, la Constitución impone que el Defensor del Pueblo sea "... designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras...".

Quiere decir, la inobservancia de esta obligación constitucional de *hacer* por parte del Poder Legislativo, configura una omisión lesiva que contradice una exigencia de acción constitucional: esto es, la designación del Defensor del Pueblo de la Nación.

Esta omisión trae aparejado otro problema, en el ámbito internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2010) ha reconocido a la Defensoría como la única Institución Nacional de Derechos Humanos de Argentina.

Posteriormente, en el año 2014, la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), instó al Estado Argentino a iniciar el proceso de selección del Defensor del Pueblo de la Nación.

También el Comité de Derechos Humanos de la ONU[10] destacó, como aspecto negativo, la ausencia de un Defensor del Pueblo en nuestro país.

Del mismo modo se sostuvo que la omisión legislativa viola el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos). En las Observaciones finales sobre Argentina, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó su preocupación por la demora en la designación del Defensor del Pueblo de la Nación y recomendó al Estado la modificación del procedimiento de nombramiento. Entiende que si entre las obligaciones asumidas por el Estado se encuentra la de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º PIDESC[11]) y las Defensorías del Pueblo cumple un rol fundamental en dicha protección y promoción de derechos humanos, es posible concluir que la ausencia de Defensor del Pueblo vulnera los derechos fundamentales reconocidos a nivel local e internacional.

Y, en el ámbito interno, el incumplimiento del mandato constitucional dio lugar a que el Poder Judicial exhorte al Poder Legislativo.

9 BIDART CAMPOS, Germán, "Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales", en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 23.

10 "Observaciones finales sobre el Quinto informe periódico de Argentina", Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2016.

11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en agosto de 2016, con motivo del régimen de tarifas del servicio de gas[12], solicitó al Congreso que proceda a designar al Defensor del Pueblo de acuerdo a la establecido en el art. 86 CN, indicando en el consid. 44 que "no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios".

En noviembre de 2016, en el marco de la causa "Mendoza"[13], nuevamente el máximo Tribunal señaló que el Defensor del Pueblo es un órgano unipersonal cuyo reemplazo únicamente puede ser provisorio y debe ser cumplido por los defensores adjuntos designados por la Comisión Bicameral conforme a los arts. 11 y 13 de la Ley 24.284, siendo el Defensor y el Adjunto los únicos que cuentan con legitimación procesal. Sobre esa base, y en atención a la prolongada vacancia en la institución, resolvió exhortar nuevamente a ambas Cámaras del Congreso para que, en un plazo razonable, cumplan con su deber constitucional[14].

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal[15], en una causa , promovida ante la omisión del Poder Legislativo de dar cumplimiento con el art. 86 de la Constitución Nacional, resolvió hacer lugar a la acción de amparo por haber incurrido la parte demandada en una omisión inconstitucional, exhortando al Congreso de la Nación al cumplimiento de la obligación de designar Defensor del Pueblo según lo previsto en el art. 86 de la Constitución Nacional, e impuso el deber de informar en la instancia anterior sobre el cumplimiento de las pautas fijadas en el procedimiento establecido por el art. 2º de la Ley 24.284, a cuyos fines ya ha sido designada la Comisión Bicameral.

Para así resolver, el Tribunal sostuvo que "...desde el año 2009, la Defensoría del Pueblo de la Nación se encuentra vacante, en tanto hecho de público conocimiento, que afecta el derecho constitucional de toda la comunidad y, en especial, de los grupos más vulnerables, de contar con un órgano que defienda y proteja sus derechos (conf. art.86 y Ley 24.284), configurando una omisión inconstitucional

12 CSJN, Fallos: 339-1077. "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo", 18/8/2016.

13 "Mendoza", cit., (2008), la CSJN asignó al Defensor del Pueblo el rol de coordinador del cuerpo colegiado (encargado de supervisar el plan de saneamiento), dijo: "El estado de acefalia impide el normal funcionamiento de dicho cuerpo colegiado" (Conf. Consids. 5ºy 6º).

14 CSJN, Fallos: 1569-2004. "Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo", 1/11/2016.

15 CNac.Cont.Adm.Fed., Sala III, Causa 1.774/2015, in re: "Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ en- Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ amparo Ley 16.986", del 18 de agosto de 2016.

del Poder Legislativo"; y asimismo, consideró verificada "... la existencia de una omisión antijurídica de autoridad pública de carácter manifiesta en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, por haberse excedido todo plazo razonable para el cumplimiento del mandato constitucional, que lesiona y restringe en forma actual derechos y garantías reconocidas en su propio texto".

9. LO QUE EN REALIDAD PASA

La Constitución creó esta autoridad administrativa independiente y dispuso que sea designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Asimismo, delegó su organización y funcionamiento las que serán reguladas por una ley especial. Esto es la Ley 24.284 (modificada por la Ley 24.379).

Y acá es donde puede advertirse la engañosa independencia de la que goza el Defensor del Pueblo.

El procedimiento establecido para la designación en el cargo, se encuentra reglamentado por la Ley 24.284 (modificada por la Ley 24.379) y no se cumple desde el año 2009.

En este orden el mandato constitucional se encuentra incumplido ante la omisión del Poder Legislativo en la designación con las formalidades previstas en la Ley 24.284 que busca garantizar su actuación como órgano independiente en el ámbito del Congreso de la Nación, con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

Sus fines son la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, en los términos del art. 86 de la Constitución Nacional.

En el caso, se trata de la inconstitucionalidad por omisión de uno de los tres Poderes del Estado y no puede considerarse atinente al desarrollo natural de los procesos políticos y parlamentarios. Se trata de una omisión a un deber jurídico impuesto por la Constitución Nacional a los legisladores.

Hay una mora y una omisión lesiva de derechos frente a un mandato claro y expreso impuesto en la Constitución que configura una transgresión a la Constitución por omisión de los órganos de poder y, por ende, una inconstitucionalidad que sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo y se abstiene de cumplirlo.

10. OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y NECESIDAD DE REFORMA, A MODO DE CONCLUSIÓN

La inconstitucionalidad por omisión, que se configura cuando el comportamiento institucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta, es de diversas clases: la que alude al comportamiento omisivo de actos individuales

y la que se refiere a la falta de emisión de normas generales por parte de quien debe pronunciarlas[16].

En esta perspectiva, la omisión no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado. Ante la presencia de un deber jurídico de legislar, la conducta pasiva resulta jurídicamente incompatible, por lo que puede ser calificada de omisión o inactividad legislativa y no se trata de una conducta irrelevante, meramente política, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el ejercicio del Poder Legislativo[17].

El fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional. Y, el control jurisdiccional es, en particular, el cauce más adecuado para realizarlo, pues son los órganos jurisdiccionales los llamados a preservar la supremacía de la Constitución y a hacer valer la jerarquía normativa frente a los restantes sujetos y actos del ordenamiento jurídico.

En el orden de ideas que se expone, el control de los silencios del legislador no es sino un problema de supremacía constitucional y de jerarquía normativa. Además, las especiales características del objeto de control no modifican la función que desempeñan los órganos que realizan su control jurisdiccional, cuando de lo que se trata es restablecer el derecho vulnerado.

Este incumplimiento reprochable importa negar la existencia del perjuicio que provoca la ausencia de un titular de la Defensoría del Pueblo. Desconoce el carácter de órgano independiente con el que se halla investido, como así también el objetivo de la propia institución que –según lo dispuesto por el art. 86 de la Constitución Nacional y el art. 1º de la Ley 24.284– es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Es que, la ausencia de nombramiento –en sí misma– atenta contra la institución del Defensor del Pueblo de la Nación, por no encontrarse el organismo a cargo de una autoridad revestida de las inmunidades que conlleva su nombramiento y que, según lo previsto en el art. 12 de la Ley 24.284, son las que se hallan "... establecidas por la Constitución Nacional para los miembros del Congreso", como forma de garantizar independencia y autonomía funcional reconocida por el art. 86 de la Constitución Nacional. A esto se suma la consecuente repercusión negativa que su vacancia provoca en el acceso a la justicia, dada su amplia legitimación activa en la tutela de los derechos de incidencia colectiva (conf. arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional).

16 Sagüés, Néstor P., "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control Judicial", *ED* 124- 950 y ss.

17 Gómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, pág. 19 y ss.

De este modo permitir que durante un período tan extenso no se regularice el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo de la Nación, importa –en los hechos– consentir que el organismo esté a cargo de un funcionario administrativo, lo cual es contrario al diseño constitucional y, por ende, contrario al mecanismo de protección de los derechos fundamentales que se procuran tutelar a través de esta institución en los términos del art. 86 de la Constitución Nacional.

Desde el 2009, no existe ni Defensor del Pueblo titular, ni Defensores Adjuntos que cumplan con la misión constitucional de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes, ante hechos, actos y omisiones de la Administración, así como controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas. Sostiene que la omisión de iniciar el proceso de designación del Defensor del Pueblo configura la violación del art. 86 de la Constitución Nacional.

Frente a esta omisión inconstitucional se encuentra la responsabilidad del presidente, en tanto el Poder Ejecutivo es el responsable político de la Administración general del país (art. 99, inc. 1º CN).

Es que el Poder Ejecutivo debe responder ante el Congreso por el funcionamiento de toda la Administración, en la medida en que puede nombrar a los distintos cargos superiores y puede remover a sus titulares, en la mayoría de los casos *por sí sólo* (art. 99, inc. 7º CN).

Ninguna duda puede caber respecto de este organismo que el constituyente previó en la órbita del Poder Legislativo cuya autonomía está garantizada en la Constitución.

Y por todo lo que hasta ahora vengo señalando concluyo que debe haber un cambio en la legislación urgente (ya que una reforma constitucional es impensada en el corto plazo) donde el mecanismo de designación del Defensor del Pueblo sea más ágil y el de su remoción igual de rígido.

Para ello se puede acudir a mecanismos donde sea la Comisión Bicameral la que, previo concurso, proponga al pleno de ambas cámaras al nuevo Defensor del Pueblo, cámaras que tendrán un plazo perentorio de treinta (30) días hábiles de ingresada la propuesta con dictamen de la comisión bicameral para rechazarla y caso contrario se confirmara por el acuerdo de la mayoría simple o bien tácitamente ante el silencio de alguna o ambas cámaras del Congreso de la Nación. Otro mecanismo atendible sería el de habilitar a la Comisión Bicameral a la designación, previo concurso, del Defensor del pueblo, pudiendo ser rechazado expresamente y por mayoría simple de algunas de las cámaras, es decir, no se requeriría la venia del pleno para la designación, sino que solo operaria la intervención del pleno de ambas cámaras para rechazar la designación realizada por la comisión.

La parálisis que sufre seguidamente por carencia de amplias mayorías hace absurdos los requisitos de mayorías agravadas como la de 2/3 para cualquier

designación y esto lo demuestra no solo la designación del Defensor del Pueblo, sino la del Procurador General de la Nación, haciendo notar que la ley viene errando en ese sentido y amerita un cambio urgente a fin de honrar la manda constitucional.

Gimena Olmos Sonntag

Es Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho Judicial por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) –tesina pendiente de aprobación–; Maestranda en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de José Clemente Paz; Profesora Adjunta de la materia Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesora Asociada en las materias Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo II y Práctica Procesal Administrativa en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Funcionaria de Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal.

Compuesto, armado, impreso y encuadernado
en los talleres de Gráfica Sur Editora S.R.L.
México 1448 C1097ABD Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Febrero de 2025

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

LAJOUANE®

ISBN 978-987-46364-3-0