

SUPLEMENTO

ADMINISTRATIVO N° 2

DIRECTORES: Francisco Javier Ferrer
Nicolás Diana

| 2024

AITA TAGLE (H.)
CORTI
FERRERO
FONROUGE ECHAGÜE
LÓPEZ ALFONSÍN
NÚÑEZ

PAREDES
QUEIROLO
RICCIERI
SALGAN RUIZ
SCHAFRIK

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 2250-432X
RNPI: 5075988

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

30 AÑOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DESDE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 A LA LEY BASES

Directores:

Francisco Javier Ferrer

Nicolás Diana

Autores:

Aita Tagle (h.) - Corti - Ferrero - Fonrouge Echagüe -
López Alfonsín - Núñez - Paredes - Queirolo - Riccieri -
Salgan Ruiz -Schafrik

Comité de Redacción:

Esteban Bogut Salcedo
Nicolás Bonina
Marcelo Adrián Bruno dos Santos
Darío Gabriel Ciminelli
Federico Egea
Gonzalo S. Kodelia
Karina Prieto

Guillermo Rizzi
Lucía M. Rozenberg
Fabio Sánchez
Mariana Urdampilleta
Anabella Valle Ruidiaz
Valeria Viltés
Jimena Zicavo

ÍNDICE

Una mirada generacional a modo de balance del proceso de la reforma constitucional de 1994 <i>Marcelo A. López Alfonsín</i>	1
Hacienda y Administración: una relación jurídica renovada <i>Horacio Corti</i>	7
La Auditoría General de la Nación a 30 años de la reforma constitucional <i>Fabiana Schafrik</i>	20
La contratación pública electrónica y la gobernanza digital: el caso del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires <i>Genoveva Ferrero</i>	27
¿De todo laberinto se sale por arriba? Contrataciones por tiempo determinado en la Administración pública nacional: indebido uso y respuesta jurisprudencial <i>Juan Manuel Núñez</i>	52
Impacto de la Ley Bases en la teoría del acto administrativo <i>Leandro G. Salgan Ruiz</i>	74
El ámbito de aplicación de la ley 19.549 y de su decreto reglamentario <i>Julio C. Fonrouge Echagüe</i>	91
La tutela administrativa efectiva en la Ley de Bases: algunos avances concretos <i>Tamara Paredes - Jorge José Aita Tagle (h.)</i>	98
Hacia una tutela judicial y administrativa efectiva: reflexiones desde la reforma constitucional de 1994 hasta la Ley Bases. Análisis de los presupuestos procesales de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa <i>Desirée Riccieri</i>	114
Luces y sombras del impacto de las modificaciones de la Ley de Bases al procedimiento tributario <i>Diana M. Queirolo</i>	122

Una mirada generacional a modo de balance del proceso de la reforma constitucional de 1994



Marcelo A. López Alfonsín (*)

Sumario: I. Introducción: los dictámenes del Consejo para la consolidación de la democracia (1987 y 1988).— II. El condicionamiento político en el ejercicio del poder constituyente derivado en 1993.— III. Primera aproximación al balance de la reforma.— IV. A modo de colofón.

I. Introducción: los dictámenes del Consejo para la consolidación de la democracia (1987 y 1988)

Es una verdad de Perogrullo para cualquier analista de la historia constitucional argentina del siglo pasado que los fracasos de los intentos reformistas de 1949 y 1957 estuvieron signados por la imposición de un sector de la sociedad sobre otro.

En el primer gobierno de Juan Domingo Perón, violentando los mecanismos procedimentales previstos en la cláusula del art. 30 CN, la mayoría parlamentaria del oficialismo de turno obligó a un proceso fuertemente resistido por los sectores contrarios al régimen político entonces imperante. Así, la Constitución de 1949 no cumplió siquiera una década de vigencia (1), y el revanchismo de los sectores

excluidos de dicho proceso hizo que esta fuera dejada sin efecto por un bando militar de la Revolución Libertadora de 1955. El proceso reformador de 1957 tuvo un vicio de origen en el gobierno de facto que efectuó la convocatoria a la Convención Constituyente de ese año, y alcanzó como escueto balance final el restablecimiento de la Constitución histórica de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y la incorporación del constitucionalismo social (art. 14 *bis* CN) al catálogo de derechos ya consagrado en el siglo XIX por el clásico constitucionalismo liberal.

Un hito en los aportes de la doctrina constitucional a la cuestión reformadora fue la enmienda constitucional de 1972. A mi entender, la redacción por un grupo de expertos convocados por el gobierno de facto de la llamada “Revolución argentina” sin mecanismos democráticos de validación política alguna, le agregó al vicio originario —convocatoria sin participación del Congreso de la Nación por estar clausurado— la casi nula vigencia sociológica, por lo que tuvo

(*) Doctor UBA, exasesor de la Convención Nacional Constituyente de 1994.

(1) Antonio Alberto Spota se refiere a la necesidad de cumplimiento por parte de al menos una generación, es decir, 30 años aproximadamente, para que un proceso constituyente reformador sea considerado válido. Cfr.

“Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

certificado de defunción con la caída del tercer gobierno peronista por el golpe de estado del 24 de marzo de 1976.

Sin pretender ahondar en las polémicas históricas de cada uno de estos episodios mencionados, vemos un común denominador en todos ellos: la falta de un elemento clave para el éxito de cualquier reforma constitucional, esto es el consenso (2). Este no es entendido como la imposición, sino como la construcción de un acuerdo político. A mi modo de ver, la mejor expresión de ese camino tuvo su génesis en la experiencia llevada a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia en su primer dictamen (1987), y profundizado en el segundo (1988) (3). La participación pluralista de todos los sectores de la sociedad —tanto políticos como sociales, religiosos y hasta militares—, coordinados por Carlos Santiago Nino, hizo que el resultado final de dicho trabajo fuese un destacado esfuerzo de actualización de nuestra carta constitucional a la luz del derecho comparado, agregándole la impronta de una necesaria atenuación del hiperpresidencialismo argentino como requisito indispensable para el afianzamiento de la democracia recuperada en 1983. Los debates de la propia Convención Constituyente de 1994 permiten destacar la trascendencia que ambos documentos tuvieron en la labor legislativa de sus protagonistas principales.

Desde esa mirada, propia de alguna manera de la generación del '83, es que abordaré el presente trabajo en homenaje al querido y respetado profesor Agustín Gordillo.

II. El condicionamiento político en el ejercicio del poder constituyente derivado en 1993

Con el antecedente señalado en el acápite anterior, desde mi perspectiva, el condicionamiento político que se dio en el ejercicio del poder constituyente derivado en nuestro último proceso reformador es imprescindible al momento de cualquier balance, más para quienes

aún nos encontramos comprendidos por la contemporaneidad de este.

El entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional impulsaba en el año 1993 una modificación del art. 77 de la Constitución de 1853/60 que le permitiera la posibilidad de su reelección en la renovación presidencial de 1995. Dicha pretensión se enmarcó en un proceso electoral de renovación parlamentaria que se llevó a cabo en octubre de 1993. Previo a dicho acto eleccionario, el Senado de la Nación había sancionado un proyecto de ley declarativo de la necesidad de la reforma constitucional, imponiendo el oficialismo la mayoría especial requerida por el art. 30 CN con el apoyo del senador nacional Leopoldo Bravo (Partido Bloquista - San Juan). En él, se establecía la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República. Dicho proyecto de ley fue rechazado por la minoría de la oposición del bloque de la Unión Cívica Radical y otras fuerzas parlamentarias.

El triunfo del oficialismo en las elecciones de renovación parlamentaria de 1993 fue entendido por la opinión pública como un virtual refrendo plebiscitario a la figura presidencial. El Poder Ejecutivo actuó, entonces, con extrema rapidez y convocó a una consulta popular sobre el tema. La Cámara de Diputados de la Nación, por su parte, se declaró “en sesión permanente” para el tratamiento de la sanción del proyecto de ley aprobado por el Senado, y su Comisión de Asuntos Constitucionales aprobó un dictamen interpretativo (4) del art. 30 CN que señalaba que la mayoría parlamentaria requerida en dicha norma no era las 2/3 partes del total de los miembros de ambas cámaras, sino de los miembros “presentes” (5), a iniciativa de un proyecto de ley del Diputado Francisco Durañona y Vedia (Ucedé - Provincia de Buenos Aires).

(4) Fue la primera vez que el Poder Legislativo se arrogaba dicha facultad en nuestra historia constitucional.

(5) Es muy interesante confrontar la influencia que estos hechos tuvieron en la decisión de avanzar hacia un acuerdo con el oficialismo por parte de Alfonsín en su obra *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

(2) Resultan muy esclarecedoras en este sentido las reflexiones de Alfonsín en su obra: *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas y Corregidor, 1996.

(3) Ambos se encuentran editados por EUDEBA.

Es en este contexto político donde se concreta en noviembre de 1993 el acuerdo político conocido como “Pacto de Olivos” entre Menem y Alfonsín como referentes del PJ y de la UCR, el cual fue refrendado *a posteriori* por los respectivos cuerpos orgánicos de ambos partidos. El eje de dicho acuerdo se centró en las coincidencias alcanzadas por el trabajo desarrollado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, tal como lo indican protagonistas de la redacción del denominado “Núcleo de coincidencias básicas” como Alberto García Lema (6).

Con posterioridad a dicho primer pacto, el acuerdo político se profundizó en una segunda etapa, que los medios de comunicación pública denominaron “Pacto de la Rosada” —firmado en la Casa de Gobierno el 13 de diciembre de 1993— por el cual se habilitaron para su tratamiento por la Convención Constituyente *ad hoc* una serie de temas para la modernización de ambas partes de nuestra Constitución, la dogmática y la orgánica, sin alterar el contenido de la primera parte.

Los acuerdos políticos alcanzados por ambos partidos, al que se sumaron otras fuerzas políticas, fueron posteriormente puestos a consideración del Congreso de la Nación, que sancionó así la ley 24.309 (7) que declaró la necesidad de la reforma en perfecto ejercicio de su poder preconstituyente, tal cual la tradición constitucional que concluyera con procesos reformadores exitosos en el siglo XIX, y rompiera el maleficio que al respecto pareció dominar el siglo XX hasta ese momento. La regla procedimental se impuso finalmente a las imposiciones de facto de simples mayorías coyunturales.

Mucho se ha escrito en la doctrina constitucional y se ha debatido en múltiples foros sobre los límites que los acuerdos políticos arriba indicados impusieron al ejercicio del poder constituyente reformador, en particular al momento de condicionar la aprobación del denominado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2º) en un solo acto refrendatario de la totalidad de su contenido bajo pena de nulidad (art. 5º). Esto es

lo que se conoció como “cláusula cerrojo”, impugnada judicialmente en el caso “Polino”. Cabe aclarar que esta cláusula procedimental sancionada por el Congreso de la Nación fue posteriormente adoptada por los miembros de la Convención Constituyente como propia de su reglamento interno (art. 129 de este), con las mayorías necesarias —las 2/3 partes del pleno— para esta instancia en el órgano reformador. La impugnación judicial de dicha decisión del cuerpo por parte de uno de los integrantes de la Convención —caso “Romero Feris”— corrió la misma suerte que la anterior pretensión indicada: la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó ambas. Estas decisiones de nuestro máximo tribunal, en un claro ejercicio de su rol como cabeza del Poder Judicial, convalidaron de ese modo —a mi entender— la totalidad del procedimiento seguido.

Más allá de esta postura adoptada por la propia Convención, es necesario destacar que no existieron condicionamientos prácticamente de ningún tipo en el tratamiento de los llamados “temas habilitados” (art. 3º, ley 24.309), y es en estos donde sin lugar a duda el debate y el aporte del proceso reformador de 1994 fueron más enriquecedores. Por ello, y sin rehuir las razonables críticas arriba señaladas, estimamos que la dinámica propia del ejercicio del poder constituyente reformador en los noventa días en que sesionó la Convención Constituyente a partir de su inauguración el 25 de mayo de 2004 hizo que los temores y los prejuicios originarios devinieran abstractos. La mejor evidencia de esto es que el texto final de la totalidad de las reformas introducidas fuera votado en forma unánime en la sesión del 22 de agosto de 1994 y jurado el 24 de agosto de 1994, poniendo así un digno broche final a la construcción del consenso político que aquí se destaca (8).

Estoy persuadido que el principal valor que tiene la reforma de 1994 es justamente su carácter consensual. Como hemos visto, nuestra

(6) En su libro *La reforma por dentro* publicado por la Editorial Corregidor se puede ampliar las alternativas políticas de dichos acuerdos.

(7) Publicada en el BO el 30/12/1993.

(8) En el mismo sentido: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional”, en SABSAY, Daniel A. - MANILI, Pablo L., “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I.

historia constitucional está plagada de intentos reformistas que pretendieron ser impuestos por un sector sobre otro de la sociedad sin el necesario debate previo. En el proceso de 1994, dos líderes políticos marcaron un hito que cualquier sociedad civilizada se da al momento de reformar sus instituciones fundamentales que es el acuerdo político. Resulta evidente que sin pacto o sin acuerdo político es imposible vivir en sociedad de manera civilizada. Reivindicar este carácter racional que debe tener la dinámica política para su posterior juridización es —y debe ser— uno de los elementos centrales del derecho constitucional.

Si el producto de la validación social de dicho acuerdo es el consenso, “lo político pasa a ser jurídico y se constitucionaliza”, tal como lo enseña el maestro Alberto Antonio Spota (9). He aquí una de las “claves de bóveda” de cualquier sistema institucional exitoso que esté basado en el Estado de Derecho como regla de convivencia.

III. Primera aproximación al balance de la reforma

No pretendo en esta oportunidad realizar un balance exhaustivo de la reforma de 1994, pero me interesa resaltar los resultados a partir de alguno de los ejes que se señalaron desde el inicio del proceso constituyente antes descripto.

III.1. La ampliación del garantismo constitucional

Transcurridos 30 años desde la entrada en vigencia de la reforma de 1994, queda claro para la inmensa mayoría de la doctrina que el aporte fundamental de la reforma analizada se dio claramente en el ensanchamiento del marco garantista de nuestra Ley Fundamental, tanto con la incorporación del capítulo de “Nuevos derechos y garantías” como con la ampliación del sistema de fuentes que se produce a partir de la jerarquía otorgada a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en concordancia con la ideología democrática y progresista de la mayoría de quienes integraron la Convención Constituyente de 1994. Por ello, estimo que nadie podrá desco-

nocer a partir de dicha premisa de qué manera cambió el ideario constitucional (10) de nuestra Carta Magna a partir del 24 de agosto de 1994.

La expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de las interpretaciones de las cláusulas convencionales por parte de los órganos internacionales de protección establecidos por los tratados ha aportado gran valor al reconocimiento de los derechos humanos. Ya sea que se adopte la teoría del “bloque de constitucionalidad” o se privilegie en la interpretación constitucional el clásico principio de supremacía como un elemento propio de los Estados nacionales, queda evidenciado que la doctrina del “margen de apreciación nacional” se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional. En aquellos casos, los tribunales regionales han entendido que las particularidades propias del país donde fue invocado el derecho juegan un papel trascendental al momento de interpretar el alcance de este. En este sentido, se tiene en cuenta el contexto social, económico y jurídico nacional, valorando el lugar de subsidiaridad que debe guardar el derecho internacional de los derechos humanos frente a la soberanía estatal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que este margen de apreciación no es absoluto, y se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del tratado del que es parte, como por la vigilancia que ejercen los organismos de control a partir de un estricto test de proporcionalidad. Además de ello, deberá tenerse en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate, siendo que debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación más flexible a los Estados sobre la forma de implementarlos, debido a la estrecha relación con el contexto político, económico y social del momento. No obstante, esta particularidad no lo deja exento de superar el test de razonabilidad. Es decir, con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con

(9) Cfr. nota 2. Cabe aclarar que dicho autor fue un ferreo crítico del proceso aquí analizado.

(10) Cfr.: DALLA VIA, Alberto R., “El ideario constitucional argentino”, La Ley, Buenos Aires, 1995.

frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Se observa hoy después de esta ampliación de fuentes en materia de derechos fundamentales el conflicto que existe entre la tendencia universalista de los derechos humanos como posiciones morales con pretensiones universales y el relativismo moral que de una manera u otra define a una determinada comunidad política. Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante que influye en la interpretación, delimitación, restricción y protección de un derecho convencional. Tal es así que en el repaso de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la propia Corte Interamericana es posible concluir que la defensa del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos constituyen los principales objetivos perseguidos al invocar el concepto del margen de apreciación nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido a antecedentes del mencionado Tribunal Europeo para hacer lugar al espacio discrecional que corresponde al Estado frente a sus obligaciones internacionales. Sin embargo, consideramos que el Alto Tribunal debiera adoptar una postura más progresista, acorde a los estándares establecidos por la jurisprudencia europea. Debe tenerse presente que el margen de apreciación nacional no da lugar a una reserva de inmunidad a favor de los Estados, sino que refleja el principio de subsidiariedad y permite que el Estado actúe para responder a su realidad. El margen de apreciación es, de esta forma, la deferencia a favor del Estado respecto a tensiones generadas por realidades jurídicas-sociales, una especie de contracara de la teoría de la “identidad constitucional” desarrollada por la Corte Constitucional italiana. La Corte Suprema —en su actual composición— “estrenó” la doctrina del margen de apreciación en el caso: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/

informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevèche y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” el 14 de febrero de 2017, en especial a partir del voto de Horacio Rosatti que en lo sustancial compartimos (11).

Entiendo que el buscado objetivo constituyente de ampliar los derechos y las garantías constitucionales es el punto más positivo de la reforma.

III.2. La atenuación del hiperpresidencialismo y la división de poderes como garantía per se

Mucho se ha escrito sobre los progresos y los retrocesos en materia del cuestionado hiperpresidencialismo argentino. Si pensamos que de las jefaturas que eran propias del Poder Ejecutivo se ha restado ni más ni menos que la designación del intendente de la Capital Federal con la consagración de la autonomía porteña (art. 129 CN), el cotejo entre el texto constitucional anterior y el vigente da palmariamente positivo. Ahora si ponemos el énfasis en el tratamiento dado por la reforma de 1994 a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia, entiendo que no hay casi nada que rescatar. La práctica política ha hecho que la lábil (o incorrecta) redacción de las normas que regulan estos institutos hagan hoy imposible determinar quién hace la ley, poniendo al borde del caos el *law making process* (12).

En este punto, afirmo que se ha producido una verdadera “contrarreforma”, distorsionando el espíritu de nuestra Carta Magna y manipulando su articulado, que ha otorgado a los presidentes argentinos la potestad de vetar parcial o totalmente proyectos de ley, emitir decretos-ley, y de arrogarse para sí facultades propias del Po-

(11) Cfr.: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “En defensa del margen de apreciación nacional en el control de convencionalidad”, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 8/05/2019.

(12) Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El law making process es el mayor déficit de la reforma de 1994”, Revista Debates de actualidad - Eje temático: Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo, año XXVII, nro. 205, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Buenos Aires, enero-diciembre de 2012.

der Legislativo. Se ha convertido lo que debería ser excepcional en algo ordinario (13).

Como explicara Guillermo O'Donnell, esta manera de concebir y ejercer el poder, esta lógica que entiende a la política como medio de acumulación de poder y no al poder como medio para hacer política, es una de las características más sobresalientes de la “democracia delegativa”, en la cual los líderes creen que los ciudadanos les delegan un poder absoluto y que todo control institucional es una injustificada traba. La reforma constitucional venía a sanear la larga tradición delegativa de nuestro país, reforzando no solo la *accountability vertical*, la cual está implicada a la rendición de cuentas que periódicamente los gobernantes experimentan en las urnas, sino incorporando en nuestra constitución la *accountability horizontal*, que opera mediante una red de poderes relativamente autónomos (es decir, instituciones) que pueden examinar, cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos.

Los constituyentes de 1994 tenían en claro que la representación y la *accountability* conforman la dimensión republicana de la democracia, sin la cual no existiría una clara distinción entre los intereses públicos y privados de los funcionarios, y avanzaron así hacia una “democracia representativa” dentro de un sistema presidencialista limitado. La contrarreforma a la que aludimos no solo ha resignificado la letra constitucional, sino que, además, la ha utilizado políticamente para el establecimiento de una “democracia delegativa” dentro de un sistema hiperpresidencialista (14).

(13) Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo - SCHNITMAN, Ariela, “Salvataje a la reforma constitucional de 1994”, ponencia al X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012.

(14) Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo - SCHNITMAN, Ariela, “Semipresidencialismo e hiperpre-

IV. A modo de colofón

Hoy, ya cumplido el requisito *spotiano* de la validez sociológica de la reforma que ya mencionamos *ab initio* (15), y después de este balance puntual de su contenido sobre dos de los objetivos perseguidos por el poder constituyente —el tercero fue el del fortalecimiento del federalismo (16)—, quiero dejar testimonio de una mirada personal, así en cumplimiento de un mandato que siempre nos imponía el maestro Gordillo en su cátedra de “Derechos Humanos y Garantías” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que tuve el honor de integrar.

Este brevísimo balance no pretende ser dogmático ni mucho menos, aunque sí una toma de posición personal frente a un proceso constituyente que marca mi mirada constitucional. Puede resultar comprensible la actitud crítica al acuerdo político que puso en marcha la regla del art. 30 CN, pero mantener a 30 años la voluntad de simplificar los alcances de la mencionada reforma al “Pacto de Olivos”, y negar en consecuencia esta evidente capacidad transformadora que tiene el derecho desde la propia fuerza normativa de la Constitución resulta un reduccionismo que obliga a los operadores jurídicos y políticos, pero sobre todo a los académicos, a un renovado esfuerzo de honestidad intelectual.

sidencialismo en la reforma constitucional de 1994”, ponencia al XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 8 al 11 de septiembre de 2014. “Resenha Eleitoral”, Revista Científica del Tribunal Eleitoral de Santa Catarina (Brasil), julio de 2016, vol. 20, nro. 1.

(15) Cfr. Nota 2.

(16) Analicé este tema en profundidad en otras publicaciones en ocasión de cumplirse los 25 años de la sanción de la reforma constitucional.

Hacienda y Administración: una relación jurídica renovada

Horacio Corti (*)



Sumario: I. Introducción.— II. Reflexión final.

I. Introducción

Las notas siguientes pretenden sintetizar, de una manera algo epigramática y, eso espero, también clara, cómo pensar hoy la relación entre Hacienda y Administración, para retomar aquí los conceptos usados por Villar Palasí en un ensayo clásico (1). O, en otros términos, entre derecho financiero y derecho administrativo.

Nuestro breve recorrido será el siguiente: hacemos una presentación de la plataforma teórica a partir de la cual intentaremos pensar la cuestión (*punto I.1.*); luego recordamos algunas definiciones fundamentales (*punto I.2.*); en tercer lugar proponemos nuestra manera de delimitar el derecho público financiero (*punto I.3.*); a partir de allí identificamos al derecho administrativo de contenido financiero (*punto I.4.*); realizamos algunas observaciones sobre algunas irradiaciones de nuestra perspectiva (*punto I.5.*), más una reflexión final (*punto II*).

(*) Profesor titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (UBA) y director de la Maestría y del Centro de Derecho Financiero y Tributario (UBA).

(1) VILLAR PALASÍ, José Luís, “Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública* 24, 1957, ps. 11-38.

I.1. La teoría general de la constitución financiera

Desde hace ya varios años se viene gestando un cambio de paradigma en el ámbito del derecho público financiero (2). En consonancia con colegas, tanto europeos como de nuestro continente, utilizamos como seña de identidad la

(2) La designación consagrada por el uso es “derecho financiero y tributario”, expresión equívoca, pues “lo tributario” es parte de “lo financiero”. Una curiosa expresión equivalente, en otras ramas, sería “derecho civil y de las obligaciones”. Claro, el derecho de las obligaciones es parte del derecho civil. De igual manera, el derecho tributario es parte del derecho financiero. Aquí optamos por la expresión “derecho público financiero” o “derecho financiero público”. Podríamos emplear, tal como hacia Giuliani Fonrouge, la expresión “derecho financiero”, pero no queda claro si se trata de derecho público o de derecho privado (derecho financiero privado, referido al sistema bancario, mercado de capitales, etc.). De ahí el aditamento de “público”. En cambio, tenemos aún dudas sobre cuál de las dos fórmulas aporta una mayor precisión: derecho público financiero (donde lo público se predica de derecho) o derecho financiero público (donde lo público se predica respecto de lo financiero). La fórmula “derecho financiero público” es usada por ejemplo por Rémi Pellet, aunque con un alcance cuya discusión dejo para otra oportunidad. Ver: PELLET, Rémi, *Droit financier public*, PUF, París, 2014 (cito el primer volumen referido a moneda, bancos centrales y deuda pública; el segundo volumen, referido a finanzas públicas, presupuesto y controles financieros, fue editado posteriormente, en 2021).

expresión “teoría general de la constitución financiera” (3). Ella pone de resalto varios aspectos básicos decisivos.

Primero, estamos ante una “teoría”. Con ello queremos decir una visión, un marco de referencia a partir del cual abordar el derecho positivo.

Ciertamente, el derecho es objeto de una pre-comprensión por parte de sus destinatarios. En mayor o menor medida se produce un fenómeno de comunicación social que permite la recepción eficaz (o relativamente eficaz) del derecho. Sin embargo, hay un salto entre la pre-comprensión y dos situaciones, que resulta posible distinguir.

Por un lado, la comprensión propiamente dicha, entendida como la captación del senti-

do cultural y político del fenómeno jurídico en cuanto hecho social total (según la pertinente expresión acuñada por Marcel Mauss). Obtener dicha comprensión es el objetivo (reflexivo y consciente) de las ciencias humanas y sociales, que dilucidan el sentido de las prácticas sociales (de ahí su faz hermenéutica o interpretativa) y, a la vez, pretenden poner de relieve su funcionamiento (de ahí, paralelamente, su faz explicativa).

Por otro lado, la comprensión específicamente jurídica, que es el resultado de una tarea técnica, específica, llevada a cabo por la ciencia del derecho (o doctrina, en el vocabulario corriente).

Un ejemplo puede mostrar con sencillez lo que queremos decir. Con diferentes grados de profundidad es socialmente sabido que en nuestras sociedades el derecho prohíbe matar a otro. No obstante, se requiere pasar por las ciencias humanas y sociales para comprender la significación y funcionamiento colectivo del delito en cierta sociedad. Cada cual, claro, tiene intuiciones, sentido común, una peculiar conjunción de juicios y prejuicios, pero todo ello es puesto en crisis, problematizado, por las ciencias humanas y sociales al realizar su doble tarea de interpretación y explicación, o triple tarea, si sumamos la narración que es necesario hacer para exponer la historicidad de los fenómenos sociales. Paralelamente, se requiere pasar por la doctrina jurídica para poner de resalto las complejas estructuras simbólicas y normativas involucradas en la práctica del derecho penal (y del derecho procesal penal). Hay una brecha entre el conocimiento usual de la existencia de una norma que prohíbe matar a otro y las múltiples disquisiciones técnicas características del derecho actual, donde ya el más básico concepto de “acción humana” es objeto de debates y controversias (4).

Dado la referida complejidad el abordaje de los problemas jurídicos requiere de una visión (expresa, articulada) que permita la elaboración de respuestas técnicas precisas sobre la base de

(3) Para evitar continuas referencias, remito en esta nota a algunos de los ensayos que venimos publicando en estos últimos años, luego de nuestro texto *Financiar la Constitución*, Buenos Aires, Eudeba, 2020: a) “Introducción a la teoría general de la Constitución Financiera. Notas sobre la metodología del Derecho Financiero”, *Revista Constitución Financiera*, N° 2, marzo de 2021, ps. 202-261; b) “La política fiscal, los objetivos del desarrollo sostenible y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: un enfoque integrado” en Enrique Ortiz Calle y María Luisa González Cuellar-Serrano (directores), *La transición energética en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible y la justicia fiscal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, ps. 25-46; c) “Hacia un Derecho Internacional Financiero y Tributario” en *Derecho Internacional Tributario*, *Revista Debates de derecho tributario y financiero*, año II, N° 4, septiembre de 2022, ps. 9-26; d) “La Constitución financiera en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: los fundamentos de la ley 70” en Fabiana Schafrik y Lidia Goday, *Estudios sobre la administración financiera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Jusbaire, 2022, ps. 17-34; e) “El derecho tributario sustantivo en contexto: un abordaje constitucional” en *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, junio 2023, Año III, N° 7, pp. 6-27; f) “Derecho constitucional financiero y derecho internacional de los derechos humanos: diálogo de fuentes y consolidación de principios” en *Principios de Derechos Humanos y Política Fiscal*, *Revista Debates de derecho tributario y financiero*, abril de 2024, año IV, N° 10, T. I, ps. 6-20; g) “El fenómeno financiero público: conversando con Dino Jarach”, en *Revista Constitución Financiera*, abril 2024, N° 5, año 5; h) “El derecho financiero y tributario: fundamento constitucional, implementación administrativa y protección penal”, en *Revista Debates de derecho tributario y financiero*, junio 2024, año IV, N.º 11, ps. 5-24.

(4) Por cierto, la excesiva sofisticación del discurso jurídico tiene también efectos de desconocimiento y de opacidad.

una lectura de los textos que expresan (con palabras y silencios) el derecho positivo.

En el ejemplo precedente se trata de una “teoría del delito”. En nuestro caso, de una “teoría general de la constitución financiera”.

No es lugar este para reflexionar sobre el estatus epistemológico de las referidas teorías, habitualmente referidas a instituciones en particular (“teoría de la responsabilidad civil”) o, con mayor amplitud, a áreas completas del ordenamiento (“teoría de la constitución”). Solo destaco que una de las dificultades, si no la mayor, consiste en la pluralidad de saberes que son movilizados por los juristas al momento de exponer dichas teorías, pues, por lo menos, se requiere tener en cuenta:

a) dilucidaciones con respecto a los conceptos usados o a usar (una tarea típicamente filosófica, habitualmente designada, con cierta estrechez, como “análisis filosófico” o “análisis conceptual”);

b) las mencionadas ciencias humanas y sociales, que permiten la interpretación, explicación e inmersión histórica de los fenómenos, pero también, en fin,

c) dado que el derecho expresa formas ideales de vida social, una filosofía política de carácter normativo, dedicada justamente a proponer y/o debatir sobre los modelos políticos, y luego jurídicos, de carácter ideal.

Creo que en esta pluralidad (y heterogeneidad) de saberes convocados al momento de construir y exponer una teoría (saberes filosóficos y científicos; pero también, desde otra óptica, que pone el acento en los tipos de discurso: conceptuales, interpretativos, explicativos, narrativos y normativos) se encuentra la mayor dificultad a la hora de hacer una reflexión epistemológica sobre ellas.

En segundo lugar, calificamos a la teoría de “general”. Aquí seguimos a la tradición, particularmente a Dino Jarach, quien designó a su propuesta en términos de una “teoría general”, conforme el subtítulo de su texto canónico sobre el hecho imponible. El predicado tiene varios significados que aprovechamos. Ante todo,

transmitir la idea de que no se trata de concentrarse en un derecho positivo en particular, sino en un conjunto de ordenamientos, que comparten parecidos de familia. En nuestro caso hemos privilegiado un rasgo filosófico-político como ser el de pertenecer a la tradición constitucionalista, ampliamente entendida.

En tercer lugar, la expresión incluye la fórmula “constitución financiera”. Con ello ponemos de manifiesto dos aspectos centrales de nuestra visión, que consideramos, claro, que es la más adecuada para abordar con la mayor precisión posible el derecho contemporáneo.

Por un lado, el término “constitución” revela que para ingresar al territorio del derecho financiero y tributario es preciso pasar por el portal del derecho constitucional. Entendemos que se trata de una exigencia que nos viene impuesta por el propio desarrollo de la práctica jurídica moderna y contemporánea.

Por otro lado, el término “financiero”, que pone en primer plano que aquello que se regula (el ámbito de la realidad concernida) es de carácter “financiero” y, es necesario mostrar el término polémico para apreciar el sentido estratégico del asunto, no de carácter “tributario”.

Desde nuestra perspectiva, que retoma ideas básicas enunciadas por la escuela de Pavía, hay un hilo rojo financiero que enlaza las diferentes dimensiones en juego:

a) consideramos que hay razones para identificar un fenómeno social de carácter “financiero” y no meramente “tributario” (dimensión de la identificación conceptual de los fenómenos involucrados);

b) luego ese fenómeno unitario es estructurado de forma también unitaria por los ordenamientos jurídicos contemporáneos en términos de un “derecho financiero” y, en fin,

c) es ese mismo fenómeno unitariamente entendido el que da lugar a un modelo político ideal, es decir, a una “teoría de la justicia financiera”.

Un fenómeno único identificado en la vida social (el *fenómeno financiero público*); un sector específico de los ordenamientos jurídicos con-

temporáneos (*el derecho público financiero*) que da lugar a un trabajo doctrinario específico (el también llamado “derecho público financiero”), y una *teoría de la justicia financiera* que también piensa al fenómeno (y al derecho) financiero público de manera unificada, a fin de proponer un modelo político ideal.

Es curioso advertir el contraste que hallamos entre, por un lado, lo laborioso que resulta construir y exponer una visión jurídica integral sobre el derecho público financiero (dada la incidencia que aún hoy tiene la teoría general basada en la autonomía del derecho tributario) y, por otro, la *evidencia* política y social del carácter indisociable del proceso ingreso / gasto público.

Veamos tan solo los debates actuales en nuestra sociedad sobre el “déficit fiscal”. Según una proposición hoy difundida en la opinión pública es necesario eliminar por completo el déficit fiscal. No es mi intención debatir sobre la pertinencia, justificación o racionalidad de dicho juicio, sino ponerlo de resalto en tanto se trata de una evaluación política que tiene como objeto una realidad llamada “déficit fiscal”. Ahora bien, resulta evidente que solo podemos advertir, considerar y evaluar las implicancias jurídicas del déficit fiscal, y de sus técnicas de eliminación, si enfocamos el derecho público financiero como tal. Si nos dedicáramos a observar de forma autónoma el derecho tributario nada podríamos siquiera afirmar sobre dicho déficit.

El asunto requiere un enfoque global (de conjunto) e interconectado (sistemático) de la integridad del régimen jurídico del fenómeno público financiero. Más aún, creo que obtendríamos una visión distorsionada si primero analizamos las instituciones tributarias en su autonomía, para luego conectarlas con las instituciones financieras no tributarias y así llegar, por esta vía de pasos sucesivos, al concepto de déficit fiscal. Se ve lo artificioso del rodeo.

En suma, tanto en la realidad social (en su multidimensionalidad política, económica y cultural), como en su estructuración y regulación jurídica, aquello que enfrentamos es una problemática financiera integrada.

1.2. Definiciones básicas: el fenómeno financiero público, el poder financiero y la constitución financiera

En favor de la claridad, permítanme comparar algunas definiciones.

En primer lugar, es preciso identificar al fenómeno financiero público en cuanto tal. Aquí hay varias designaciones posibles, cada una con sus matices: actividad financiera pública o poder financiero público.

Hemos propuesto sucesivas definiciones preliminares (*prima facie*) y alternativas de la actividad financiera pública. Menciono dos:

a) conjunto de acciones, protagonizadas por el Estado, a través de las cuales se obtienen, conservan y asignan los fondos públicos (los fondos del tesoro, en el léxico del texto constitucional; o la renta pública, de acuerdo con el vocabulario usado por la Corte Suprema en sus sentencias), o

b) proceso ingreso / gasto público involucrado en la práctica política que pretende cumplir con los fines estatales.

Ambas definiciones ponen de relieve sub-dos estructuras que se conjugan: la subestructura financiera y la subestructura estatal. La primera permite calificar al fenómeno de “financiero” y la segunda de “público”.

Por su parte, el poder financiero puede definirse, también de forma preliminar, como la capacidad fáctica de los estados para hacer frente a los desafíos financieros fundamentales, es decir: aquellos que requieren responder por medio de qué mecanismos o técnicas se financiarán, a través de qué diseño institucional lo harán y, eventualmente, bajo qué estándares, condiciones o parámetros.

Estas definiciones nos permiten aprehender, aun de forma provisoria, el ámbito material que será el objeto de las disposiciones jurídicas: aquello que será estructurado y regulado.

La siguiente definición se refiere al concepto central de la teoría, que por tal razón figura en la expresión que la designa: constitución financiera.

Llamamos “constitución financiera” al subsector de las constituciones modernas y contemporáneas que, en lo esencial, regula cómo debe ser financiada la efectividad de dichas constituciones.

De acuerdo con una definición alternativa se trata del subsector de las constituciones modernas y contemporáneas que, en lo esencial, regula cómo debe ser ejercido el poder financiero del Estado para lograr la efectividad de dichas constituciones.

Es mucho el trabajo que nos queda por hacer respecto a estas definiciones, pero aquí, creo, son suficientes estas breves líneas introductorias.

Como venimos proponiendo, las constituciones financieras pueden ser objeto de un doble enfoque funcional y estructural.

El enfoque funcional pone de relieve las relaciones que se entablan entre la constitución financiera y el resto de las instituciones y/o sectores constitucionales.

Al menos hemos detectado dos relaciones fundamentales: la relación de *instrumentalidad* (según la cual las instituciones financieras deben ser un medio para obtener la efectividad de las constituciones) y la relación de *dependencia causal* (según la cual las instituciones constitucionales requieren, para ser existir en los hechos y ser efectivas, de la asignación de fondos públicos). Se aprecia que se trata de los dos lados de una misma medalla.

Por su parte, el enfoque estructural pone de manifiesto los elementos internos, la trama de instituciones que, coordinadas y sistematizadas, componen las constituciones financieras. De acuerdo con nuestras últimas disquisiciones identificamos las instituciones habituales siguientes: a) los fondos del tesoro, b) una serie de técnicas específicas para la obtención y asignación de aquellos fondos, c) un conjunto de principios generales, d) el deber de contribuir sobre la base de la capacidad contributiva, e) un diseño institucional (competencias, procedimientos y órganos específicos), y f) la moneda.

1.3. El derecho público financiero

Con estas piezas ya podemos delimitar el ámbito objetivo del sector de los ordenamientos jurídicos que calificamos de derecho público financiero: es el conjunto de disposiciones infraconstitucionales (convencionales, legales y reglamentarias) que desarrollan la faz sustantiva de las instituciones que componen la constitución financiera. Es decir, la faz sustantiva de los fondos del tesoro, de las técnicas financieras específicas y de la moneda en la medida en que pueda ser usada como técnica financiera. También forman parte del derecho financiero público las formas infraconstitucionales de explicitación de los principios generales.

Delimitamos una rama del derecho sobre la base de razones constitucionales, no a partir de justificaciones “interiores” al sector jurídico concernido.

Con estos elementos podemos distinguir el derecho constitucional de contenido financiero y el derecho público financiero.

El primero reconstruye la específica constitución financiera que se encuentra plasmada en una constitución en particular. Es la parte del “derecho constitucional” que reconstruye su subsector financiero. Desde esta óptica, la constitución no es fuente del derecho público financiero, sino, dicho de manera redundante, del derecho constitucional y, por ende, del derecho constitucional financiero.

El segundo, como indicamos, reconstruye el conjunto de disposiciones inferiores que desarrollan la constitución financiera. Luego, las fuentes son las formas jurídicas a través de la cual se plasman las disposiciones materialmente financieras, entre ellas: convenciones internacionales, leyes, reglamentos, leyes-convenio, pactos fiscales de carácter intrafederal, convenciones interprovinciales, decretos de necesidad y urgencia, decretos que plasman delegaciones legislativas (y no incluimos en esta enumeración a las constituciones).

El derecho público financiero puede dividirse, por razones de sistematicidad y como sucede en otras ramas del derecho, en un nivel general y otro especial.

El “derecho público financiero general” está conformado por el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan, de forma justamente general, las instituciones constitucionales financieras, mientras que el “derecho público financiero especial” regula cada una de las plasmas específicas de las instituciones financieras.

Veamos un ejemplo doble: tributos y presupuesto. Se trata de dos técnicas financieras específicas contenidas en todas las constituciones financieras. Más aún, como venimos enfatizando, siguiendo en esto clásicas reflexiones de Álvaro Rodríguez Bereijo, el presupuesto público es la “institución vertebradora” de las constituciones financieras. Ello, por una pluralidad de razones concatenadas: gracias a las características de su estructura normativa vincula gastos (que se autorizan) y recursos (que se calculan o proyectan); permite visualizar la totalidad de la estructura financiera (por su contenido y por los documentos complementarios); plasma la reserva de ley con respecto a los gastos públicos; permite el control del manejo de los fondos públicos; es un instrumento que expresa la dirección política del gobierno; es la base de la planificación de la economía pública y, eventualmente, del ordenamiento económico de la sociedad sobre la base del interés general (allí donde se prevén “planes de desarrollo”, así el caso del texto constitucional colombiano). El tributo, por su parte, es la principal fuente de recursos de los estados contemporáneos.

El “derecho presupuestario general” está compuesto por el conjunto de disposiciones que regulan, de forma general, al presupuesto público. Así, por ejemplo, las reglas que figuran en la ley de administración financiera que regulan el contenido qué debe contener el presupuesto público. Complementariamente, el “derecho presupuestario especial” está compuesto por cada una de las leyes de presupuesto que cada año se dicta (o por los decretos que se dictan en caso de no haberse aprobado una ley de presupuesto para dicho ejercicio financiero).

Mientras que el derecho presupuestario general se compone de disposiciones permanentes, el derecho presupuestario especial contiene cada una de las aplicaciones específicas (con su ámbito acotado de validez temporal, un año de

acuerdo con las habituales reglas constitucionales) de aquellas disposiciones generales.

El “derecho tributario general”, por su parte, está compuesto por el conjunto de disposiciones generales referidas a los tributos, mientras que el “derecho tributario especial” está integrado por cada uno de los tributos específicos que forman parte del ordenamiento.

Es interesante notar el diferente funcionamiento que caracteriza a cada dupla. El derecho presupuestario especial materializa, por medio de cada ley de presupuesto, las reglas presupuestarias generales. En cambio, las disposiciones generales tributarias se integran con las disposiciones especiales para configurar cada uno de los tributos en particular: el impuesto a las ganancias o el impuesto al valor agregado. En gran parte las disposiciones generales estructuran los diferentes aspectos del aspecto obligacional de los tributos, así sus formas de extinción, mientras que cada regulación tributaria especial detalla los diferentes aspectos (y complejidades) de los hechos imponible. De tal forma, la estructura jurídica que llamamos, por ejemplo, impuesto a las ganancias, requiere integrar las disposiciones generales referidas al momento obligacional con las disposiciones específicas referidas a los hechos imponible.

Es decir, la relación general / especial tiene matices con respecto a cada una de las instituciones y/o técnicas específicas financieras. *Aplicación* de lo general al crear lo especial (el caso del presupuesto); *integración* de lo general y lo especial (el caso de los tributos). De ahí que, en el primer caso, se plantee la problemática de la “preferencia de ley”, cuestión que tratamos, de forma sistemática, en nuestro texto sobre el derecho constitucional presupuestario, donde dejamos constancia de las posiciones contrapuestas de la Cámara Federal en lo contencioso-administrativo (cuyos términos compartimos e intentamos profundizar) y de la Corte Suprema de Justicia (cuyos términos, a la vez, son a nuestro juicio divergentes de la racionalidad del Estado de Derecho y la seguridad jurídica), al momento de interpretar los alcances del art. 20, LAF.

De una u otra forma, el “derecho financiero público general” y el “derecho financiero públi-

co especial” agotan el ámbito del “derecho público financiero” o, si se quiere, el ámbito del “derecho financiero público sustantivo”. Sin embargo, esta última designación, que sirve para enfatizar que el derecho financiero es un despliegue del aspecto sustantivo de las instituciones constitucionales financieras, puede generar el equívoco siguiente: creer que, de forma complementaria, existiría un “derecho público financiero formal o adjetivo”. Pero este es solo un espejismo causado por un siempre presente anhelo de simetría, que lleva a buscar un área formal que complemente a un área sustancial. Me da la impresión de que dicho equívoco se encuentra en algunos tramos de los textos de Dino Jarach cuando ellos se refieren a un supuesto “derecho tributario formal”. Pero el propio Jarach, como sabemos, hizo las aclaraciones del caso, pues dicho supuesto “derecho tributario formal” en rigor no existe. En todo caso, como veremos a continuación, el contenido de dicha área está integrado por disposiciones de carácter justamente administrativo.

1.4. El derecho administrativo de contenido financiero

El ordenamiento jurídico financiero es puramente estático. Allí encontramos el desarrollo, general y especial, de las instituciones financieras. Pero para que las técnicas financieras permitan la obtención y asignación de los fondos del tesoro ellas tienen que ponerse en movimiento. Dicho de otra forma, es preciso pasar de lo estático a lo dinámico. Dicha tarea, sin embargo, no puede ser realizada por el propio derecho financiero. Se requiere de otra rama del derecho para ello. Aquí hace su entrada el derecho administrativo.

Una aclaración previa. Cuando el área de referencia era el derecho tributario, bajo la suposición de su particularismo, las diferentes materias jurídicas convocadas también se presentaban de manera unilateral.

Quiero decir: en vez de proponerse sistematizar un “derecho constitucional financiero” se pensaba en la existencia de un reducido “derecho constitucional tributario”.

De ahí que, por ejemplo, no sea habitual referirse a un principio de legalidad financiera, sino

que se exponga un principio de legalidad tributario, y así sucesivamente. Incluso la mirada unilateral se proyecta a las investigaciones históricas. Para continuar con el ejemplo: se piensa que hay una concatenación aislable de hechos referidos a la legalidad tributaria, sin conexión con una historia, más rica y compleja, de la legalidad financiera como tal.

Lo mismo sucede con las otras áreas jurídicas, así el derecho administrativo, que es enfocado, limitadamente, en términos de un “derecho administrativo tributario” o, de acuerdo con una expresión aún más equívoca, de “procedimiento tributario”.

Regresemos a nuestra exposición. El pasaje de las técnicas financieras estáticas a la movilidad de la actividad financiera pública se produce mediante la intervención de las técnicas que aporta el derecho administrativo. Se delimita así, al interior del derecho administrativo, un “derecho administrativo de contenido financiero”. Las técnicas son administrativas, los contenidos que se vehiculizan financieros (así como, en otros casos, esos contenidos se refieren a otra institución que también es administrativa, como sucede con el empleo público o los servicios públicos). Enumeremos algunas de dichas técnicas.

En primer lugar, el establecimiento de una trama de órganos administrativos, con sus respectivas finalidades (que le dan sentido), competencias (que delimitan su ámbito de actuación) y potestades (que especifican sus cursos de acción): la administración federal de ingresos públicos (AFIP), la oficina nacional de presupuesto, la oficina nacional de crédito público, la tesorería, la sindicatura general (SIGEN), el banco central, etc.

Dos: los órganos administrativos actúan mediante el despliegue de procedimientos administrativos, en el caso: procedimientos administrativos de carácter financiero. Aquí, otra vez, un examen conjunto o unificado permite advertir semejanzas y diferencias entre cada uno de los procedimientos administrativos. Sigamos con nuestra dupla paradigmática: tributos y presupuesto. Con respecto a los tributos, el ordenamiento contiene una serie de reglas específicas que regulan los diferentes procedimien-

tos administrativos de contenido tributario: procedimientos de comprobación, fiscalización y determinación de oficio. Estos procedimientos tienen un contenido exclusivamente tributario (sin perjuicio, como se sabe, de los paralelos procedimientos administrativos de contenido sancionador). Más compleja es la situación de los procedimientos administrativos de contenido presupuestario (a través de los cuales se produce la ejecución administrativa de la ley de presupuesto), pues ellos se encuentran imbricados con los procedimientos administrativos sustantivos a los cuales se les da sustento financiero. Por ejemplo: en un procedimiento de designación de personal, a la vez que se siguen los pasos sustantivos requeridos por el régimen de empleo público, se deben cumplir una serie de recaudos de contenido presupuestario, que generan a su vez registros contables. Todo ello se materializa, en la práctica cotidiana, en un único expediente material en el cual se incorporan tanto trámites sustantivos como presupuestarios. Ello confluye, luego, en un acto administrativo de designación, que genera, en cabeza de la autoridad administrativa, una obligación de dar una suma de dinero en concepto de salario, que se resuelve a su vez en un gasto público. Dado el carácter periódico de la obligación salarial también de forma periódica se realizarán actuaciones presupuestarias de verificación de fondos, liquidación del salario y transferencia de recursos (por ejemplo, a una entidad bancaria), todas actuaciones administrativas de contenido presupuestario realizadas habitualmente de forma masiva (es decir: se verifica la existencia efectiva de recursos para toda la masa salarial, se liquida el conjunto de los salarios y así sucesivamente).

En tercer lugar, los procedimientos administrativos confluyen en el dictado de actos y/o contratos administrativos de contenido financiero.

Cuarto, los actos administrativos son susceptibles de recursos administrativos, exigidos habitualmente como paso previo para acceder a una instancia judicial (agotamiento de la instancia administrativa como condición de admisibilidad de la acción contenciosa).

Quinto, ya desde un inicio la estructuración de la actividad administrativa está signada por la idea de “control”. No se trata de una instan-

cia añadida, sino que la idea de control permea cada uno de los momentos de la organización y actividad administrativas. Así, el control le es inherente a la estructuración jerárquica de la Administración, pero también está presente en la textura misma de los procedimientos administrativos. Esta es una dimensión clave en la administración financiera, al estar involucrada la manipulación de los fondos públicos.

En sexto lugar, la gestión administrativa involucra la posibilidad de constatar la comisión de infracciones y de aplicar las consiguientes sanciones, de ahí la presencia de un derecho administrativo sancionador de contenido financiero.

Por medio del accionar simultáneo y concatenado de órganos, competencias, potestades, procedimientos, actos y/o contratos, recursos, mecanismos de control, infracciones y sanciones administrativas se produce la actividad financiera pública. Mientras que el derecho público financiero plasma el régimen jurídico de la faz sustantiva de las instituciones y técnicas constitucionales financieras, el derecho administrativo estructura y regula la actividad financiera pública.

Nuestra propuesta incluye una invitación a reconstruir de forma sistemática el conjunto de las técnicas administrativas movilizadas para la aplicación del conjunto de las instituciones y técnicas financieras. Estática financiera (técnicas), dinámica administrativa (actividad) y, de forma subyacente, fundamento y finalidad constitucionales.

Estas disquisiciones refuerzan su importancia cuando advertimos el carácter caótico de las regulaciones existentes. La expresión “laberinto” empleada habitualmente con referencia al régimen financiero de coparticipación federal puede extenderse a todas las regulaciones jurídicas sustantivas y complementarias referidas al financiamiento público. Digamos que nuestro ordenamiento jurídico se ha desarrollado en dirección contraria a la idea racionalista de codificación, aun cuando en muchas ocasiones la legislación abuse de términos como “sistema”, referencias más nominales que efectivas.

Así, por ejemplo, al nivel de la regulación federal, contamos con una ley llamada de ad-

ministración financiera. Según su texto, “la administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado” (art. 2°, ley 24.156 o LAF). Sin embargo, hay tres observaciones mínimas para realizar que enturbian, para decirlo de algún modo, la claridad de este texto, así como sus ambiciones.

En primer lugar, la ley contiene tanto disposiciones de carácter financiero sustantivo, por ejemplo, el art. 19 que establece cuál debe ser el contenido de la ley de presupuesto como disposiciones específicamente administrativas de contenido financiero. Sin duda, la claridad de la distinción al nivel conceptual (aquí lo sustantivo, allí lo administrativo) no significa que sea sencilla su operación práctica. Fundamentalmente, como ha señalado Julio Maier en sus votos (como magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires) referidos a la prescripción en materia tributaria, no solo hay instituciones que es difícil categorizar (justamente la prescripción), sino que entre lo sustantivo y lo aplicativo (en el caso lo administrativo) no hay una línea nítida sino una frontera. Esta circunstancia refuerza la necesidad de distinciones claras.

La cuestión tiene un indudable efecto pragmático, básicamente porque el diseño constitucional presupone distinciones, que utiliza para distribuir competencias entre los poderes. Así, por ejemplo, se encuentra permitida la delegación legislativa en materia de administración (dejo de lado el segundo supuesto: situaciones de emergencia, donde la letra constitucional no distingue materias). Digamos, un poco rápidamente, en cuestiones regidas por el derecho administrativo (art. 76, CN). Por ende, las cuestiones financieras sustantivas (tributarias, presupuestarias, etc.) no son susceptibles de ser delegadas, a diferencia de lo que sucede con las cuestiones administrativas de contenido financiero (otra vez: tributarias, presupuestarias, etc.). Sin perjuicio de los casos claros, tendremos una serie de casos difíciles ubicados en la frontera que se extiende entre lo sustantivo financiero (no delegable) y lo administrativo financiero (que sí lo es). De ahí la importancia de distinguir, por ejemplo, al interior de la ley de

administración financiera, qué responde a cada área del ordenamiento.

En segundo lugar, aun cuando pretenda ser un texto sistemático, él no contiene todas las regulaciones referidas a la administración financiera. Contrastemos la extensión implicada en el antes citado art. 2°, LAF, con lo dispuesto por su art. 5°: “la administración financiera estará integrada por los siguientes sistemas, que deberán estar interrelacionados entre sí: sistema presupuestario; sistema de crédito público; sistema de tesorería; sistema de contabilidad”. Recordemos que de acuerdo con el art. 2° la administración financiera comprende todos los sistemas que hacen posible la obtención de los recursos públicos. Ahora bien, el art. 5° no contiene ninguna referencia al sistema que hace posible el principal recurso público: el tributario. En rigor, la enumeración solo considera un único recurso público: el crédito público. Paralelamente, toda la administración referida a los tributos se encuentra en otros cuerpos jurídicos, así el decreto 618/1997 de “organización y competencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos” y la ley 11.683 de “procedimiento tributario”.

Más complejo aún. Tampoco la ley, con su pretendida sistematicidad, contiene todas las disposiciones referidas a la administración financiera no tributaria, pues ella convive con la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto; la ley 24.629, normas complementarias para la ejecución del presupuesto de la administración nacional; la ley 25.152, de administración de los recursos públicos, o la ley 25.917, régimen federal de responsabilidad fiscal, donde pueden encontrarse textos similares, superpuestos o redundantes.

Función suplementaria, entonces, de un esquema clarificador, que es el que eventualmente puede permitir una codificación sistemática y exhaustiva, de redacción precisa, sin cláusulas contradictorias, equívocas o redundantes, susceptible de plasmar, con la mayor claridad posible, las disposiciones financieras sustantivas generales y, complementariamente, las disposiciones administrativas de contenido financiero.

Es decir, las teorías jurídicas son una vía para la racionalización consciente del ordenamiento, tarea que tiene, como expresión máxima, justa-

mente la codificación, paradigma de concreción de la seguridad jurídica como ideal político.

1.5. Algunas observaciones sobre el entramado constitucional, financiero y administrativo

Como puede apreciarse, la propuesta, aquí simplemente esbozada, implica un programa completo de investigación, que al menos incluye:

a) una dilucidación conceptual del fenómeno financiero como hecho social;

b) la puesta de manifiesto de la Teoría de la Justicia Financiera encarnada en el texto constitucional (filosofía política financiera);

c) la reconstrucción de las constituciones financieras concretas en términos de un “derecho constitucional financiero”, fundamento del derecho público financiero;

d) la delimitación de una rama jurídica específica, sobre la base de razones constitucionales: el “derecho público financiero”;

e) la clasificación interna de las disposiciones financieras en generales (“derecho público financiero general”) y especiales (“derecho público financiero especial”);

f) la identificación de un subsector al interior del derecho administrativo, recortado por su contenido financiero: el “derecho administrativo de contenido financiero”;

g) la consideración de las restantes técnicas jurídicas convocadas por la práctica jurídica financiera, también identificadas y agrupadas en términos financieros.

Así, podemos detectar:

g1) la protección penal de los fondos del tesoro como bien jurídico protegido (o Hacienda Pública, entendida en un sentido material): el “derecho penal financiero público” (cuya extensión es mayor que el habitual “derecho penal tributario”);

g2) los mecanismos procesales vinculados a la protección del conjunto de derechos e intereses involucrados en la práctica jurídica finan-

ciera: el “derecho procesal financiero público” (ámbito mucho más amplio que el referido a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes), y

g3) el derecho internacional que, en analogía con la situación doméstica, también da lugar a un “derecho internacional público financiero” (donde la realidad ha desbordado de forma múltiple la red de “convenios para evitar la doble imposición”).

Esto es, el derecho público financiero tiene un fundamento constitucional (el derecho constitucional financiero), una implementación administrativa (derecho administrativo de contenido financiero), una protección penal y procesal (derecho penal financiero público o derecho penal de la hacienda pública y derecho procesal financiero público) y una proyección internacional (derecho internacional público financiero).

En cada caso se abren numerosas vías de reflexión y de replanteamiento de los problemas. Hago a continuación algunas brevísimas menciones en lo referido al derecho administrativo de contenido financiero.

a) Señalamos, al pasar, que el análisis funcional de la constitución financiera pone de relieve las relaciones que se establecen entre aquella y las restantes instituciones constitucionales. También mencionamos la relación de instrumentalidad (término clásico de la doctrina, que aquí recuperamos) según la cual la constitución financiera debe ser un medio para la realización efectiva del ordenamiento constitucional.

El análisis de esta relación permite profundizar en las concatenaciones de técnicas jurídicas, que se encadenan entre sí como pasos intermedios para la consecución de fines constitucionales.

Dado que las técnicas jurídicas son “polifuncionales” (es decir, además de sus finalidades específicas, nada impide que cumplan otras fi-

nalidades en la medida en que se encuentren constitucionalmente justificadas), los mecanismos financieros pueden coadyuvar al cumplimiento directo de fines constitucionales (5).

Venimos trabajando, así (en este punto, como en muchos otros, sobre la base de sugerencias realizadas por Benvenuto Griziotti), en un esquema de “grados de relación entre técnicas y fines”. Lo interesante para ver, en este contexto, es que esas técnicas son tanto financieras como administrativas.

Así, por ejemplo, un tributo puede cumplir un fin constitucional de manera directa, tal el caso de un derecho de importación que actúa para limitar la competencia económica internacional y proteger actividades económicas nacionales (un grado de relación). Un tributo puede generar fondos el tesoro, que serán luego asignados por el régimen presupuestario en términos de gastos de transferencia, tal el caso del cumplimiento de una obligación de la seguridad social (dos grados de relación). Un tributo, luego, puede generar fondos, que luego serán asignados para el financiamiento de órganos administrativos, cuya actividad a su vez cumple una finalidad constitucional (tres grados de relación). Este último caso es aquí de interés pues concatena dos medios financieros, un medio administrativo y una finalidad constitucional. Por cierto, también hay finalidades constitucionales susceptibles de cumplir como consecuencia del accionar conjunto de las técnicas financieras y, por ende, del derecho administrativo de contenido financiero. Esto sucede cuando, al hacerse conscientes los efectos económicos de la dinámica financiera (por ejemplo, sus efectos sobre la distribución del ingreso), se los tiene en cuenta para que esa distribución se realice en cierto sentido preciso (así: progresividad del sistema financiero público).

Este breve esquema es solo un punto de partida que permite, por un lado, repensar y reformular la tradicional distinción entre fines

fiscales y extrafiscales de la tributación (categorías que suponen el particularismo del derecho tributario) y, por otro, describir con detalle las complejas concatenaciones que la práctica real anuda entre instituciones financieras, técnicas administrativas y fines constitucionales.

b) También tiene sus derivaciones administrativas la otra relación que también mencionamos al pasar, la relación de dependencia causal. Aquí ya no se trata de una relación normativa (como sucede con la instrumentalidad) sino una que está basada en una constatación empírica (de ahí el uso del término “causal”): la efectividad de las instituciones constitucionales (cualesquiera sean estas: derechos, garantías, principios, autoridades) requiere, en mayor o menor medida según los casos, de la movilización de recursos públicos.

La consciencia de las implicancias de esta dependencia ha dado lugar a la formulación de un principio general de protección institucional: el principio general de suficiencia, derivación, según entendemos, de las exigencias racionales inherentes a los estados de derecho, en los cuales, como recaudo mínimo, todas las manifestaciones del poder público se encuentran jurídicamente estructuradas.

De acuerdo con dicho principio general: quienes generan de forma progresiva el ordenamiento jurídico creando un órgano (institución artificial del derecho: estructuras simbólicas o reglas constitutivas) y asignándole fines y funciones a cumplir, *también* deben asignarle los medios (de todo tipo) que posibiliten aquel cumplimiento. Estos medios son en algunos casos jurídicos (potestades que habilitan llevar a cabo cursos de acción, así verificar, inspeccionar, prevenir, etc.), pero también materiales.

Se ve que se trata de una cuestión de coherencia, pero no entre normas (que la transgreden cuando declaran que una conducta es a la vez permitida y prohibida) sino entre fines orgánicos y medios disponibles establecidos por el ordenamiento. De ahí que hayamos propuesto la expresión, algo singular, de “coherencia pragmática”.

De aquí se deriva una especificación con respecto a nuestra materia, es decir, un principio

(5) Paralelamente, técnicas específicas de otras ramas del derecho pueden, eventualmente, generar recursos financieros que, en consecuencia, serán tenidos en cuenta en los cálculos presupuestarios de recursos. Tal es el caso de las sanciones de carácter patrimonial, que implican el ingreso de una suma de dinero.

general de suficiencia financiera. Según este principio, deben obtenerse y asignarse recursos financieros suficientes para que los órganos públicos puedan cumplir con los fines y funciones establecidos por el propio ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el principio de suficiencia incide directamente en la realidad administrativa en la medida en que esta tiene uno de sus soportes principales en la organización administrativa o, también, en la complejísima trama orgánica que estructura a las administraciones públicas.

Tal como lo revela la relación de dependencia causal, la organización administrativa requiere de la asignación de recursos públicos y, a la vez, para proteger dicha situación, actúa el principio de suficiencia. Dicho de otra forma: los órganos, procedimientos y productos administrativos tienen un costo financiero.

Aquí, otra vez, se abren numerosas perspectivas. Solo menciono una: los desafíos que plantea la serie siguiente:

a) asignación insuficiente de recursos a un órgano administrativo;

b) imposibilidad de cumplir (o de cumplir adecuadamente) con sus fines y funciones como consecuencia directa de dicha asignación insuficiente, y

c) eventual afectación del contenido esencial de un derecho, derivada de la inactividad administrativa (o de la actividad administrativa inadecuada).

Vemos que, en este último punto, nos encontramos ante la violación del principio de razonabilidad (art. 28, CN).

Se aprecia la serie en juego: lesión del principio de suficiencia, perturbación del accionar administrativo (que en el caso extremo incurre en una omisión), lesión del principio de razonabilidad.

c) Una tercera y última observación. La consideración integral de las instituciones y técnicas financieras públicas, en vinculación con el accionar de las técnicas administrativas, sobre la base de fundamentos constitucionales, permite

visiones de conjunto, que de lo contrario no se manifestarían con tanta nitidez.

Un ejemplo. El ordenamiento administrativo financiero puede establecer como regla general que los tributos sean aplicados, en una primera instancia, por los propios destinatarios legales, digamos rápidamente, por los contribuyentes (art. 11, ley 11.683). Esto implica, paralelamente, su sujeción a una serie de deberes administrativos: deber de inscribirse en un impuesto, deber de presentar declaraciones juradas, deber de liquidar el impuesto resultante. Todo ello se coagula en un acto (el pago) por medio del cual se pretende extinguir la obligación tributaria (art. 20, ley 11.683). Dicho pago (que se mueve en el nivel conceptual de lo financiero sustantivo) implica, simultáneamente, un ingreso monetario para la administración financiera, que puede ser objeto de un registro contable (art. 32, LAF) y que da lugar, como primer paso, a un flujo administrativo de fondos financieros. Allí comienza la obligación de custodia de los fondos públicos (art. 72, LAF) y su necesidad de protección (de ahí el principio general que declara inembargables los fondos públicos, conforme ley 11.672, artículos 165 y siguientes). Dichos fondos, ya integrados con otros, originados en otras fuentes, serán luego incididos por los diferentes pasos de los procedimientos administrativos de ejecución del presupuesto (arts. 29 y ss., LAF). La conclusión de dichos procedimientos da lugar a una salida, erogación o gasto que, en otro plano, implica el cumplimiento de algún régimen jurídico sustantivo, por ejemplo, la cancelación de una obligación surgida de la incorporación de una persona a un régimen de subsidios, por ejemplo, alimentarios. Encontramos aquí a un beneficiario de un gasto público y, a la vez, la satisfacción de un derecho, en el caso un derecho social.

Observamos en este sencillo, y muy simplificado ejemplo (donde podrían variarse las formas de ingreso y los tipos de gasto), una clara conexión entre los contribuyentes, los diferentes sectores de la organización administrativa y los beneficiarios del gasto público.

II. Reflexión final

Cierro aquí estas notas iniciales, que pretenden invitar a una reflexión renovada sobre las

intricadas conexiones que el ordenamiento jurídico establece entre las técnicas financieras y administrativas, sobre la base de un paradigma al que venimos denominando “teoría general de la constitución financiera”.

En el horizonte de investigación hay un desafío que ya planteamos hace unos años y el paso del tiempo muestra lo dificultoso del asunto. En su momento planteamos la cuestión en términos de un estudio sistemático de las “potestades públicas”. Hoy, más genéricamente, podemos decir que se trata de volver a poner en el centro de la escena una visión sistemática y articulada del “derecho público”.

Sin duda, consideramos clave efectuar distinciones y separaciones. Pero con el objetivo,

implícito, de colaborar en un programa, necesariamente colectivo, de rehabilitar un derecho público que pueda integrar en su seno tanto al derecho financiero público como al derecho administrativo, todo ello sobre la base del derecho constitucional, hoy incidido a su vez por el derecho internacional de los derechos humanos.

Dicha tarea tiene hoy en día un significado suplementario, dada la furia, o el odio, que se expresa frente a la estatalidad (y su soberanía), como si fuese la causa de todos los males de la sociedad. Es notorio que desde esa perspectiva el derecho público no tiene un futuro promisorio, salvo bajo las formas de su progresiva autodisolución.

La Auditoría General de la Nación a 30 años de la reforma constitucional



Fabiana Schafrik^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Andar el camino.— III. La necesidad de pensar una ley básica de control externo nacional.— IV. Un punteo de algunas adecuaciones que se proponen.— V. Conclusión.

I. Introducción

La conmemoración de los treinta años de la reforma constitucional de 1994 nos encuentra con una deuda pendiente en el ámbito del control externo de la aplicación de fondos públicos y eficiencia y eficacia de la organización estatal: la falta de sanción de la ley complementaria que regule el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación (AGN), tal como lo establece el artículo 85 de nuestra Ley Fundamental. Esta omisión legislativa representa un obstáculo para la consolidación institucional de este sistema de control.

Más allá de la existencia de normas básicas dictadas por la propia entidad a lo largo del

tiempo y una experiencia de trabajo de más de 31 años, llama la atención la poca preocupación por este tema, a diferencia de otras deudas constitucionales en las que aparecen más visibilizadas las dificultades para la concreción de una regla normativa.

Nuestro país tiene una deuda con el control desde distintos ángulos; las dificultades para la designación del Defensor del Pueblo de la Nación, que implica una vacancia en el cargo que lleva quince años aproximadamente, las dificultades y cambios normativos que atravesara la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, actual Procuraduría de Investigaciones Administrativas (1); la falta de adaptación de la norma de creación del Defensor del Pueblo que obstaculiza su participación en los procesos ju-

(*) Abogada (UBA), especialista en Derecho Tributario (UBA) y doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional (UBA). Jueza de la Sala I de la CCATyRC de la CABA. Exconsejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora titular de Cátedra por concurso en la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” de la Facultad de Derecho de la UBA, profesora de la Maestría en Derecho Tributario y Financiero de la Facultad de Derecho de la UBA, y docente en otras universidades del país. Autora de trabajos sobre derecho público.

(1) “Siempre es difícil investigar al poder, que no solo es el político, es también y fundamentalmente el económico. Por eso, para investigar estos entramados resulta fundamental tener autonomía, independencia, contar con recursos calificados y una estructura legislativa robusta que brinde las herramientas necesarias” (Procuraduría de Investigaciones Administrativas, informe anual 2023), <https://www.mpf.gob.ar/pia/files/2024/03/Informe-anual-2023.pdf>.

diciales (2), son algunas expresiones de esta situación; aunque no puede obviarse de lo dicho hasta aquí, que es falaz asumir que la sanción de una ley específica por más perfecta que resulte, sea suficiente. Tendríamos una visión parcializada del tema, si no consideraremos, en este contexto, el esfuerzo de quienes trabajan día a día en los distintos órganos de control poniendo a disposición de la sociedad sus mejores esfuerzos.

Un espíritu que considero debe tener la ley es la facilitación del control social, preservando un lugar para las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y la ciudadanía en la propuesta de planes de auditoría (3).

II. Andar el camino

La inclusión de la Auditoría General de la Nación en la reforma parcial de la Constitución nacional de 1994 le dio un anclaje institucional a la entidad que se sumó al reconocimiento constitucional que muchas provincias, desde hace mucho tiempo atrás, ya habían dado a sus organismos de control externo presupuestario.

Si bien a nivel nacional con el dictado del decreto-ley de Contabilidad (4), se estableció por primera vez, a nivel nacional, un organismo específico con la atribución de ejercer el control externo del gasto público con el establecimiento del Tribunal de Cuentas de la Nación, la consti-

tucionalización de la institución le dio un mayor blindaje, en atención a la mayor dificultad que implica llevar adelante una reforma constitucional que los tiempos y la mayoría en lograr una reforma normativa (5) y el consiguiente resguardo en el ejercicio de sus funciones.

Al tiempo de la reforma parcial de nuestra Constitución nacional, la Auditoría General de la Nación llevaba un poco más de un año desde su irrupción en un país con una larga tradición de Tribunales de Cuentas. Su inserción dio paso a un nuevo modelo de estructuración del control que implicó asumir otro concepto y dimensión en la materia.

Durante el trámite legislativo del proyecto de ley que derivó en la sanción de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la República Argentina (6), se intuye una búsqueda de incorporar una visión distinta de control, pudiendo observarse las diferentes ideas que se barajaron hasta llegar al modelo de control sancionado. En efecto, en el proyecto de ley de administración financiera elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional el nombre que se le iba a dar al organismo de control externo era Contraloría General de la Nación; que fue posteriormente, modificado por el primer dictamen por mayoría de la Cámara de Diputados de la Nación, por el de Auditoría General de la Nación; luego, “el proyecto sancionado por la Cámara baja denominó al organismo Auditoría y Contraloría General de la Nación. Fue en ocasión del tratamiento del proyecto de ley en la Cámara de Senadores de la Nación que se cambió su denominación por la de Auditoría General de la Nación” (7).

III. La necesidad de pensar una ley básica de control externo nacional

La ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Públi-

(2) La figura del Defensor del Pueblo fue creada primero en el ámbito del PEN por decreto 1786/1993, que fuera derogado por decreto 2579 del mismo año, a finales del cual se promulgó la ley 24.284 modificada por la ley 24.379, luego de la reforma constitucional. En dicha oportunidad no se reformó la parte del art. 21 inc. b) de la ley que señala: “...Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención...” Ello se ha erigido en un obstáculo para el reconocimiento de su legitimación procesal activa.

(3) PERUZZOTTI, Enrique - SMULOVITZ Catalina (eds.) “Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Democracias Latinoamericanas” (Grupo Editorial, Temas, Buenos Aires, 2002) Accountability social: La otra cara del control, Revista de Ciencia Política, 2003, volumen XXIII, N.º 2, pp. 287-288.

(4) Decreto ley 23.354 de 1956, ratificado en su vigencia por ley 14.467. Publicado en el BO del 08 de enero de 1957.

(5) SCHAFFRIK, Fabiana, “La creación de la Auditoría General de la Nación y su incidencia en el mejoramiento del control externo del presupuesto”, Eudeba, año 2012. ISBN 9789502319957.

(6) Publicada en el BO el 29 de octubre de 1992.

(7) SCHAFFRIK, Fabiana, “La creación de la Auditoría General de la Nación y su incidencia en el mejoramiento del control externo del presupuesto”, Eudeba, año 2012. ISBN 9789502319957.

co Nacional, que actualmente rige el funcionamiento de la AGN, requiere de adaptaciones a partir de la reforma parcial de la Constitución nacional y vacíos legales que deben ser subsanados. La experiencia acumulada a lo largo de estos años ha demostrado la necesidad de adecuar la normativa a la realidad institucional y a los mandatos constitucionales, con el objetivo de fortalecer el control del gasto público y garantizar la transparencia en la gestión estatal.

Los años de experiencia de la entidad serían una oportunidad para que esta reforma sea pensada a partir de la visión del propio organismo de control.

Estas reformas deberían estar enmarcadas en un cuerpo legal autónomo, que complemente la ley 24.156 y se ajuste a los principios y mandatos establecidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales; además asumir las herramientas necesarias más acorde al modelo de control adoptado por nuestra Ley Fundamental.

IV. Un punteo de algunas adecuaciones que se proponen

IV.1. Circuito de responsabilidad

Sería deseable poner en la mesa si resulta necesario un diseño legislativo que cierre el circuito de responsabilidad del órgano de control, porque el control que no es seguido de un examen de responsabilidad debilita al órgano controlante.

La rendición de cuentas no ha logrado afirmarse. En el marco normativo actual, no se aclara cómo la ley ha delineado el examen de responsabilidad; tampoco le ha otorgado legitimación procesal activa para instar, como entidad, procesos judiciales; más allá del reconocimiento pretoriano que se comenta en el apartado siguiente (8).

(8) En el dictamen por la mayoría elaborado por la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, en ocasión del inicio del tratamiento del proyecto que posteriormente se convirtió en la ley 24.156 de administración financiera, se contempló en el art. 121 inc. j) como función de la AGN la de “promover las investigaciones y acciones judiciales de contenido patrimonial en los casos que corresponda” y más adelante

El control y la responsabilidad son dos caras de una misma moneda. Para que el control sea efectivo, es necesario que exista un circuito que permita detectar las irregularidades, sancionar a los responsables y reparar el daño causado. Este circuito debe estar integrado por diferentes actores institucionales, cada uno con roles y responsabilidades específicas.

La rendición de cuentas es un principio fundamental de la democracia. Los funcionarios públicos tienen la obligación de informar, dar cuentas sobre su gestión y de justificar el uso de los recursos públicos. La rendición de cuentas no es un mero trámite burocrático, sino un ejercicio de transparencia y responsabilidad que fortalece la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

IV.2. Pedido de documentación

También, resulta fundamental dotarlo de herramientas para que su labor resulte más eficaz. Por ejemplo, el art. 119 inciso b) de la ley 24.156 dispone que la AGN puede exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, que están obligadas a suministrar datos; sin embargo, la norma no prevé en este punto ninguna consecuencia ante la falta de colaboración del organismo auditado en la entrega de la documentación. La solución a este entuerto se dio de forma pretoriana. En efecto, en una serie de fallos se reconoció la legitimación procesal de la AGN para requerir documentación a los organismos auditados para posibilitar la realización de su trabajo (9). Obsérvese que el

la de “denunciar ante el Poder Judicial, los presuntos hechos ilícitos que, pudiendo constituir delito se detectaren durante el proceso de auditoría” (art. 122 inc. f). Ello tuvo como antecedente el proyecto de ley que presentara el Poder Ejecutivo Nacional, que sobre el particular establecía en el art. 122 inc. b’) como deber de la Contraloría General: “denunciar fundamentalmente, ante la justicia, los hechos y actos presuntamente ilícitos o irregulares que afecten al patrimonio nacional, de los que tuviere conocimiento en el desempeño de sus funciones”. En el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación se mantuvo esta atribución, que desapareció en el dictamen elaborado por las Comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Administrativos y Municipales de la Cámara de Senadores de la Nación.

(9) En el precedente “Auditoría General de la Nación c. EN — M. de Planificación — ST s/amparo por mora” que tramitó en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Admi-

art. 25 de la ley que regula la figura del Defensor del Pueblo, prevé una alternativa en el caso de

obstaculización del control, sin entrar a juzgar su efectividad o los tiempos que su utilización puede conllevar.

nistrativo Federal N° 11, Secretaría 21, le fue reconocida legitimación activa para actuar en juicio al mentado órgano de control para requerir información pública solicitada a la demandada en el marco de una auditoría prevista en su programación anual. En el mes de abril de 2011 la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo Federal, en autos “AGN c. EN - SIGEN (dec. 1172/2003) s/amparo por mora” se expidió en una causa instada por la Auditoría General de la Nación tendiente a que la Sindicatura General de la Nación le remitiera la totalidad de los informes emitidos durante el ejercicio 2009, respecto de los organismos y entidades que conforman el sector público nacional. Es importante resaltar que la sentencia de Cámara, que revocó la anterior, en cuanto consideró que la demandada —SIGEN— no había cumplido totalmente con la remisión de los informes solicitados, admitió la legitimación procesal activa de la AGN. La mayoría de las causas devienen abstractas por cumplimiento de los requerimientos (Las causas abstractas fueron: Juz. 11 - 55493/2019 Auditoría General de la Nación c. EN-M. Transporte de la Nación-DNV s/Amparo Ley 16.986 Buenos Aires, de diciembre de 2020.- MMC; Juz. 11 - 66964/2019, Auditoría General de la Nación c. EN-M. Transporte de la Nación-DNV s/Amparo Ley 16.986 Buenos Aires, de marzo de 2020), pero es posible destacar la siguiente del 2019: Sala III- Causa N.º 30.986/2019: “Auditoría General de la Nación c/ EN-M. Justicia Oficina Anticorrupción s/ Amparo por mora” Buenos Aires, 7 de noviembre de 2019. En el caso, la sala III confirmó la sentencia del juez de primera instancia en cuanto condenó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -Oficina Anticorrupción a proporcionar la información requerida que motivó la presente causa en el plazo de quince [15] días contados a partir de la notificación de la sentencia, con costas. La Sala III, entendió que, en el caso, la parte demandada no había formulado una crítica concreta y razonada que autorizara a apartarse de las conclusiones sostenidas en la instancia anterior y confirmó el pronunciamiento de grado. En este último, se había puesto de resalto que de las constancias de la causa se desprendía “...que la información requerida por la Auditoría General de la Nación resultaba relevante a fin de llevar a cabo la labor de control externo del sector público nacional, impuesta a ese organismo en la Carta Magna” y que, en ese orden, su denegación “...importaba restringir la manda constitucional que le correspondía ejercer, respecto al examen de legalidad y de gestión de los organismos bajo su control. Consideró que esa cuestión encontraba fundamento en normas superiores como son la Constitución Nacional y en la ley 24.156”. Asimismo, destacó que la información requerida “...no podía estar sujeta a condicionamiento alguno por parte del organismo auditado, y que la reticencia en suministrarla obstruía el desenvolvimiento de las tareas de auditoría constitucionalmente otorgadas al órgano de control, más aún teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el primer requerimiento”.

Aunque el control judicial es una herramienta importante, creo que debe pensarse en soluciones más rápidas para evitar estas situaciones. Recurrir al órgano judicial para obtener documentación para a partir de ahí, comenzar su tarea de verificación y fiscalización, hace perder un tiempo valiosísimo al organismo.

Un tema para tener en cuenta es la digitalización de la información de la administración pública, entidades que tienen que ver con lo público y privadas, que debe jugar a favor a un acceso más rápido a la documentación existente en espacios digitales.

IV.3. Momento del control

Si bien es de la naturaleza de la auditoría gubernamental la realización del control ex post, es importante destacar que la Constitución nacional no fija ningún momento para el ejercicio del control; ello hace que sea perfectamente viable conjugar el control posterior con otros controles que colaboren en pos de una gestión más eficiente.

La elección legislativa del control posterior —que en oportunidad de su consagración legislativa se consideró acorde a los tiempos modernos— también ha sido criticada. Se ha llegado a señalar que la AGN tiene que auditar “en tiempo real”, se dijo que “los informes de auditoría envejecían antes de ser tomados en cuenta” y que la tarea de los auditores no debería ser una “autopsia” (10).

Por su parte, Pedro Aberastury señaló: “si bien es importante el control ex post facto de los órganos de gobierno, este siempre se transforma-

(10) Palabras de Leandro DESPOUY a modo de síntesis de las Jornadas sobre El Control Público en la República Argentina, organizadas por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de las Administración Nacional y la Auditoría General de la Nación. Auspiciada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Buenos Aires 3, 4 y 5 de diciembre de 2002, en línea, www.agn.gov.ar en el link opiniones del presidente. citado el 14/07/2006. V. “El control público en la Argentina. Jornadas 2002”, ob. cit., p. 14.

rá en tardío y jamás se podrá paralizar o enervar un acto ilegítimo que genere un perjuicio al Estado Nacional. Es evidente que el control posterior con amplias facultades, si bien es útil, deviene tardío precisamente por falta de control interno...” (11).

Como se puede observar, todo mecanismo de control tiene sus ventajas y sus desventajas y no existe un modelo de contralor que garantice el éxito. No se debe olvidar que, durante el tratamiento de la incorporación del órgano de control en la Constitución, durante el debate se discutió sobre la posibilidad que la ley complementaria de la reforma atendiera al control previo para situaciones de gran trascendencia, ya sea por su magnitud económica o por su impacto social (12).

En las “Primeras Jornadas sobre organismos de control en Argentina” (13) la entonces diputada nacional Marcela Rodríguez señaló que existía un proyecto de ley que incorporaba el control previo para actos de gran significación económica. En todo caso, debe cuidarse que una herramienta de este tenor no entorpezca la gestión de gobierno, pudiendo conjugarse con la atribución de observar el acto por parte de la entidad de control, y la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, siga, bajo su responsabilidad, adelante con su política, de insistir con su realización, estando siempre expedita la posibilidad de ser citado para explicar su decisión al Congreso nacional. Además, sería prudente fijar unidades fijas que eviten la desvalorización por

la inflación de la intervención (14) de la entidad de control.

Además de su intervención concomitante en actos de gran significación económica, puede sumarse al examen de la ejecución, en el marco de sus competencias, de las políticas públicas que revistan actos de trascendencia institucional que pudieran modificar sustancialmente la estructura o ser estatal, como ser: los procesos de privatización o de estatización, financiación de las universidades nacionales y recursos de la

(14) Expediente 0659-D-2006, T.P. 11, proyecto de las Diputadas Rodríguez Marcela y Carrió Elisa María Avelina. El texto del proyecto disponía: “Artículo 15°.- Sustitúyese el artículo 117 de la Ley N° 24.156, por el siguiente: Artículo 117. Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, fondos fiduciarios del sector público y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. Asimismo, la Auditoría General de la Nación ejercerá un control previo y concomitante sobre los contratos u otro tipo de operaciones que impliquen erogaciones o transferencia de fondos presupuestarios o extrapresupuestarios que sean superiores a los quinientos mil pesos (\$ 500.000). A tales efectos, será requisito esencial la Resolución del Colegio de Auditores que deberá ser dictada dentro de los 15 días de remitido el expediente con el proyecto de acto administrativo. En caso de formularse observaciones, se suspenderá el trámite de aprobación del acto. El responsable de la entidad o jurisdicción podrá optar por cumplir con las observaciones formuladas, o remitir los antecedentes para que el Poder Ejecutivo Nacional autorice bajo su responsabilidad la suscripción del acto observado. El control de la gestión de los funcionarios referidos en el Art. 45 de la Constitución Nacional será siempre global y ejercida, exclusivamente, por las Cámaras del Congreso de la Nación. El control externo previo y concomitante, de conformidad con la modalidad prevista en la presente ley, y posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la Auditoría General de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación dispondrán, dentro de sus respectivas jurisdicciones, sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público. A los efectos del control externo previo, concomitante y posterior, acordarán la intervención de la Auditoría General de la Nación, quien deberá prestar su colaboración”.

(11) ABERASTURY, Pedro, “El control de legalidad en el anteproyecto de ley de administración financiera y control de gestión del sector público nacional”, LA LEY, T. 1991-D, Sección Doctrina, pp. 1278 a 1283 (la cita se extrajo de la p. 1281).

(12) BAUM, Daniel, 21ª Reunión - 3ª Sesión ordinaria (continuación), del 1º de agosto de 1994: tratamiento por la Comisión de Redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas, “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, pp. 2578/2581 <http://infoleg.mecon.gov.ar> consulta: 23/08/2006.

(13) Desarrolladas el 6 de junio de 2006 en la Cámara de Diputados de la Nación con el auspicio de la AGN y la Oficina Anticorrupción.

seguridad social, todos ellos, temas de gran actualidad e importancia.

La intervención previa del organismo debería tener un plazo acotado en el tiempo, que no entorpezca la actividad del Poder Ejecutivo Nacional, sin que su ejercicio implique una renuncia al control posterior del acto.

De hecho, en los arts. 13 y 14 de la ley 27.742, dada en llamar “ley bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos” se prevé el control concomitante y posterior (con delimitación temporal) del órgano de control en el proceso de privatización que describe la norma.

En líneas generales, se puede afirmar, que no existe óbice constitucional para que los órganos de control desplieguen su actuación en forma previa, concomitante o posterior.

El control concomitante va de la mano con la idea constitucional que la primera oposición del Congreso presida el órgano de control. El control posterior debe entenderse, en ese contexto, como posterior, durante el ejercicio del mandato presidencial opositor.

El actual presidente del organismo, Juan Manuel Olmos, se ha preguntado sobre la eficacia de auditar lo que ha ocurrido cinco años atrás en un organismo estatal, seguramente en otra gestión porque cuando llegue a conocimiento del auditado el dictamen, las autoridades con mandato a ese momento, no se van a sentir obligadas moralmente a su cumplimiento (15).

Otro aspecto interesante para abordar como tarea ordinaria de la AGN tiene que ver con el control de la ejecución de los empréstitos asumidos por el país. Así, como es atribución nacional del Congreso nacional autorizar la suscripción de dichos instrumentos, a pesar de la delegación prevista en la ley 24.156, con la excepción recientemente sancionada para los suscriptos con el FMI, sería interesante indagar la posibilidad de concederle expresamente la manda de examinar por sí o en colaboración

con la Oficina de Presupuesto del Congreso, un control concomitante, a fin que sus conclusiones regulares actúen como insumo de los legisladores, que son quienes en definitiva, deberían aprobar su suscripción.

IV.4. Publicidad de los dictámenes

La publicidad de los actos de gobierno es un principio fundamental en un Estado de derecho. Desde sus inicios, la AGN ha adoptado como práctica la publicidad en su página de los informes emitidos por la AGN, inmediatamente después de ser puestos en conocimiento de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas del Congreso de la Nación (16).

El art. 119, segundo párrafo inciso f) dispone que deberá darse a publicidad todo el material que compone su memoria, con excepción de aquel que por decisión de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas deba permanecer reservado.

Uno de los valores de nuestra reforma constitucional es la publicidad de los actos de gobierno. Esta norma tiende a la transparencia en la gestión pública. La norma en cuestión fue introducida a instancias de la Cámara de Senadores durante el tratamiento del proyecto de ley 24.156 y va en desmedro del derecho de la ciudadanía a conocer el manejo de los fondos públicos.

Esto último, relegaría la publicidad de los actos de la AGN a la ciudadanía, a la vez que no señala qué destino tendrán los actos que la CPMRC considere reservados.

Se observa que la ley 24.156 es más amplia cuando trata el destino de los informes de los Síndicos Generales. En efecto, el art. 107 de la ley dispone que la Sindicatura General de la Nación deberá informar: a) al presidente de la Nación; b) a la Auditoría General de la Nación, y c) a la opinión pública en forma periódica.

Contribuye a la publicidad la utilización de un lenguaje asequible a la ciudadanía toda, por lo

(15) Exposición del presidente del organismo en ocasión del “Primer Encuentro de las Cátedras de Finanzas Públicas y Derecho Tributario Schafrik-Corti, sobre Control Externo de la actividad estatal”, 10/09/2024, Facultad de Derecho, UBA.

(16) SCHAFFRIK, Fabiana, “¿Agoniza el control de las cuentas públicas? Una breve reflexión acerca del funcionamiento de la Auditoría General de la Nación”, La Ley, Columna de Opinión, 24 de febrero de 2009.

que sin perder la precisión que el informe de auditoría debe contener, es un aspecto importante de los organismos públicos lograr comunicarse de modo sencillo y claro.

IV.5. Seguimiento y cumplimiento de los dictámenes

La Constitución Nacional señala que “...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...” y se refiere a la AGN como órgano de asistencia técnica del Congreso.

Sin embargo, se observa que no hay sanción alguna por parte del auditado en caso de incumplimiento de las recomendaciones de la auditoría gubernamental, ni tampoco una instancia prevista legislativamente para poder recurrir la decisión del organismo de control.

Por lo que se concluye que deben establecer mecanismos claros y efectivos para el seguimiento de las recomendaciones formuladas por la AGN, asegurando su cumplimiento por parte de los organismos auditados. También debe preverse un plazo para el cumplimiento de las recomendaciones.

Creo en este punto, que ayudaría como incentivo que el Poder Legislativo al momento de sancionar la ley de presupuesto fije un sistema de premios al órgano auditado cumplidor.

IV.6. La legitimación procesal activa: una herramienta para la defensa de los derechos

La legitimación procesal activa es la capacidad de una persona o entidad para iniciar un proceso judicial en defensa de sus derechos. En el caso de la AGN, la legitimación procesal activa es fundamental para que pueda acudir a la justicia en caso de que se vulneren sus derechos o se obstaculice su labor de control.

La ley complementaria de la AGN debe establecer de manera clara y precisa la legitimación procesal activa de la AGN, garantizando su derecho a acudir a la justicia en defensa de sus competencias y atribuciones. Esto permitirá a la

AGN ejercer un control más efectivo y contribuir a la construcción de un Estado de derecho más sólido y transparente.

La sanción de la ley complementaria de la AGN es una deuda pendiente que debe ser saldada de manera urgente. No se trata solo de cumplir con un mandato constitucional, sino de fortalecer una institución clave para el control del gasto público, la transparencia en la gestión estatal y la consolidación de nuestra democracia. Es hora de avanzar hacia un Estado más justo, equitativo y democrático, en el que la ciudadanía sea protagonista y el control del gasto público una herramienta al servicio del bien común.

IV.7. Por un control de mejora de la administración

La reciente reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos recoge en forma explícita los principios de simplificación administrativa, buena administración y la eficiencia burocrática. Estos principios, además de ser exigibles administrativa y judicialmente por los ciudadanos, es otro punto en que el organismo de control puede hacer un buen aporte. De algún modo, podemos vincular el control de gestión que refiere el art. 85 de la CN como objetivo del organismo, con estos principios afincados en una idea más moderna de administración, sobre todo luego de la irrupción de la tecnología en nuestra realidad.

V. Conclusión

La conmemoración de los treinta años de la reforma constitucional nos invita a reflexionar sobre los avances y desafíos pendientes en la consolidación de nuestra democracia.

La sanción de la ley complementaria de la AGN es una oportunidad para saldar una deuda histórica y fortalecer las instituciones que garantizan el control del poder y la transparencia en la gestión pública; ello en pos de avanzar hacia un Estado más justo, equitativo y democrático, en el que la ciudadanía sea protagonista y el control de las cuentas públicas, una herramienta al servicio del bien común.

La contratación pública electrónica y la gobernanza digital: el caso del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Genoveva Ferrero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El gobierno electrónico.— III. La gobernanza digital.— IV. La contratación pública digital.— V. La contratación pública digital en el Gobierno nacional. Decreto delegado 1023/2001.— VI. Los principios de la contratación pública.— VII. La ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— VIII. La ley 6647 de Sustentabilidad Social de las Contrataciones Públicas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IX. La plataforma “Buenos Aires Compra - BAC y Buenos Aires Obras - BACO”.— X. El sistema “Justicia Compra - JUC y Justicia Contratación de Obras - JUCO” en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (excluido el TSJ y el Ministerio Público).— XI. Conclusión.

I. Introducción

Desde la última parte del siglo XX la incorporación de las tecnologías de la información y la

comunicación —TIC— en los gobiernos han convertido a internet en un gran facilitador de las

(*) Abogada (UCA). Doctora en Economía y Gobierno (Universidad International Menéndez Pelayo, España). Master of Law - LL.M. in Government Procurement Law (George Washington University, Estados Unidos). Máster en Gestión de Crisis, Emergencias y Seguridad (Universidad Rey Juan Carlos, España). Diplomada en Contratos Públicos del Estado e Infraestructura Pública (Universidad Austral, Argentina). Programme Human Rights Lawyering, Gender, Sexuality and International Human Rights Law (University of Oxford Faculty of Law, George Washington University Law School and Bonavero Institute of Human Rights). Actualmente es secretaria de Administración General y Presupuesto del Poder Judicial de la CABA. Se desempeñó como secretaria de Administración, Justicia y Soporte Operativo de Seguridad del Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la CABA, vicepresidenta 1° del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la

CABA, secretaria general del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina, secretaria de Administración General y Presupuesto del Poder Judicial de la CABA, secretaria de Administración de las Fuerzas de Seguridad, directora general de Suministros de la Policía Metropolitana de la CABA. Ejerció como diputada de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es docente de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública, de Contrataciones Públicas Electrónicas y JTP de Contrataciones Públicas en UBA-Derecho; de Contabilidad Gubernamental y Control de Gestión en UBA-Económicas; de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en IU-SE-CABA, de la Diplomatura en Contrataciones Públicas (UNSO - San Isidro), de la Diplomatura en Discapacidad y Derechos Humanos (CFJ-TSJ de la CABA) y del Programa de Especialización en Abogacía Estatal, Local y Federal de la Procuración General del Gobierno de la CABA. Es autora de varios libros y artículos de su especialidad.

compras y las contrataciones del sector público y los Estados han avanzado en el desarrollo de la gobernanza electrónica, la cual posee, entre sus múltiples aristas, su utilización para efectuar las adquisiciones estatales, originando la modalidad de la contratación pública electrónica (1).

Las compras estatales conforman un aporte innovador para cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS 2030— (2) de las Naciones Unidas, ya que se encuentran vinculados con indudables mejoras en las tres dimensiones de la sostenibilidad: ambiental, social y económica, incorporando al mismo tiempo aspectos de democratización, gestión, innovación y gobernanza, que se ven reforzados por el alto volumen que representa la contratación pública; la cual en la Argentina alcanza el 8% del PBI y se acerca al 17% del gasto público (3).

Las plataformas virtuales tienen la característica de constituir el lugar donde se concentran las transacciones de la contratación pública electrónica y contribuyen decididamente a la transparencia, la desmaterialización, la agilización, la simplificación y la desburocratización de los procesos de compras estatales (4).

(1) NASER, Alejandra - CONCHA, Gastón, "Rol de las TIC en la gestión pública y en la planificación para un desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe", Naciones Unidas, Cepal, Serie Gestión Pública N° 79, Santiago de Chile, 2014, p. 8. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/e181d994-7388-42cf-8719-d847a5a07868/content>.

(2) ODS-2030, los Objetivos de Desarrollo Sostenible fueron adoptados por las Naciones Unidas en 2015, <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>.

(3) OEA-RICG, Directiva Modelo para la Promoción de Compras Públicas Sostenibles impulsada por Organización de los Estados Americanos, OEA, publicado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo y el Banco Interamericano de Desarrollo, Documentos Oficiales; OEA/Ser. D/XXVII.9. 2021, p. 4 <https://ricg.org/wp-content/uploads/2021/12/Directiva-Modelo-RICG-para-la-implementacion-de-compras-publicas-sostenibles.pdf>.

(4) CORRÁ, María Inés, "La contratación pública electrónica", en CASSAGNE, Juan Carlos, "Tratado General de los Contratos Públicos", La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1018 y ss.

El profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz (5), en relación con las contrataciones públicas afirma que la administración estatal debe "...poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad con el más elevado compromiso social". De este marco conceptual se colige que no es posible que la contratación pública se reduzca a una mera técnica de provisión de bienes, obras y servicios para la Administración pública, con destino a cumplimentar las responsabilidades de los gobiernos, ya que pueden contribuir al necesario y valioso funcionamiento de los mercados en los que actúan los proveedores y proporcionar impactos socialmente beneficiosos en el marco de la contratación pública socialmente estratégica.

La OCDE (6), con relación a la temática en análisis, recomienda asegurar un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las etapas de la contratación, conservar la integridad del sistema de contratación mediante normas generales y salvaguardas específicas, facilitar la concurrencia a la contratación pública por parte de los potenciales competidores indiferentemente de su tamaño, fomentar la participación efectiva de las partes interesadas, impulsar la eficiencia a lo largo de todo el proceso de contratación, aprovechar las tecnologías digitales por medio de la contratación electrónica, incorporar personal capacitado y contar con mecanismos de evaluación de la eficacia del sistema y de control que promuevan la rendición de cuentas.

En la Ciudad de Buenos Aires desde, su autonomía, se viene consolidando su derecho público y desarrollando una moderna legislación sobre contrataciones estatales, destacándose especialmente el sistema informático "Buenos Aires Compra - BAC" y "BAC - Obras" del Poder Ejecutivo y el desarrollo que se ha implementado en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la plataforma virtual "Justicia Compra - JUC y Justicia Contratación de Obra - JUCO", en el proceso de digitalización de la administración del Poder Judicial.

(5) RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, "La contratación pública: una relevante política pública", <https://www.austral.edu.ar/derecho/2019/02/05/la-contratacion-publica-una-relevante-politica-publica/>.

(6) OCDE <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

II. El gobierno electrónico

Desde finales del siglo XX y, principalmente, en este siglo XXI, la irrupción de la tecnología ha revolucionado el funcionamiento de todo el Estado, que requiere mayor eficiencia y cercanía a los ciudadanos avanzado en la utilización de las nuevas técnicas de dirección y de gestión para optimizar los mecanismos de toma de decisiones.

Las TIC han reinventado la forma en que las administraciones públicas llevan a cabo sus procesos y alcanzan sus fines, ampliando los canales de comunicación entre las empresas, los ciudadanos y las autoridades, sin dejar de lado el necesario control y el respeto de los derechos de los administrados.

Esencialmente, el gobierno electrónico consiste en la transformación de toda la Administración pública con un cambio de paradigma, donde esta se fusiona e inmiscuye con la utilización intensiva de las TIC, con nuevas modalidades de gestión, planificación y administración como una nueva forma de gobierno (7).

Las Naciones Unidas (8) definen al gobierno electrónico como la utilización de internet para proveer servicios e información a los ciudadanos. El Banco Mundial (9) lo conceptualiza como el uso que los gobiernos y las entidades públicas hacen de las tecnologías de la información y la comunicación, las cuales tienen el potencial para transformar sus relaciones con los ciudadanos, las empresas y otros campos de acción del gobierno. Por su parte, la OCDE (10)

entiende que el gobierno electrónico es el uso de las TIC, particularmente internet, como una herramienta para alcanzar un mejor gobierno.

Hacia finales de la década de 1990 este instrumento de gestión comenzó a utilizarse como un novedoso sistema para la Administración pública, que se caracteriza por el uso intensivo de las TIC, obteniendo como resultado mayor eficiencia, eficacia, modernización, transparencia y un alto acercamiento a la ciudadanía, ya que con estas tecnologías todos los trámites se efectúan on-line (11).

La utilización masiva de internet no solo ha innovado en la forma en que las personas se interrelacionan, hacen negocios, se comunican y gestionan sus intereses particulares desde lugares remotos, sino que ha transformado la forma de gestión de los asuntos públicos (12).

El gobierno electrónico forma parte de una nueva dimensión de la gestión estatal y no es una mera respuesta a las ofertas tecnológicas del mercado (13). La idea motivadora es instalar una nueva estrategia de lo público y un salto a la modernidad.

El derecho administrativo y la gestión pública se encuentran sumergidos en una tendencia general marcada por las profundas transformaciones motivadas por las TIC, que derivan en nuevos procesos de modernización del Estado y entre ellas, de la contratación pública; que optimiza la calidad de la información para la toma

government/digital-government-review-of-colombia-9789264291867-en.htm.

(7) CEPAL, El Gobierno Electrónico en la Gestión Pública, NASER, Alejandra - CONCHA, Gastón, ILPES, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2011 https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7330/S1100145_es.pdf.

(8) ONU, Department of Economic and Social Affairs, The Future of Digital Government, United Nations, New York, ONY, 2022 <https://desapublications.un.org/sites/default/files/publications/2022-11/Web%20version%20E-Government%202022%20November%2010.pdf>.

(9) The E-Government Handbook for Developing Countries, noviembre 2022 www.worldbank.org/egov.

(10) OCDE, Digital Government Review of Colombia, Towards a Citizen-Driven Public Sector, publicado en mayo de 2018 <https://www.oecd.org/gov/digital->

(11) MARTELLI, Eduardo N., "Gestión documental electrónica. Una transformación de raíz hacia el Gobierno Electrónico en la Ciudad de Buenos Aires 2009-2014", Eduardo Nicolás Martelli; Pablo Clusellas; María José Martelo, CABA, Secretaría de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 2014, 1ª ed., ISBN 978-987-98095-6-3, https://www.boletinoficial.gob.ar/files/gde_version_online_0_1.pdf.

(12) OEA, Alianza TIC 2030 Américas, 14/06/2016 <https://www.citel.oas.org/en/SiteAssets/About-Citel/Next-Meetings/>.

(13) Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, "Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico", 31 de mayo y 1º de junio de 2007, p. 7 <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view>.

de decisiones, agiliza los plazos para procesar y entregar bienes y servicios, disminuye las cargas administrativas impuestas a la sociedad, fortalece las capacidades de control estatal, facilita la rendición de cuentas e incentiva la transparencia al incrementar la participación ciudadana.

Los organismos multilaterales desde hace años vienen acompañando y sirviendo de guía en el proceso de desarrollo del gobierno electrónico a través de la realización de foros, conferencias, documentos e incluso la creación de lineamientos internacionales. Así, ONU, la Unión Europea, la OCDE, el Banco Mundial y la CEPAL, entre otros organismos se han preocupado por estudiar, analizar y proponer nuevas formas de gestión desarrollando distintas acciones.

En América Latina se debe tener presente la “Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico” (14), adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, realizada en Santiago de Chile en 2007, en la cual se estableció un plan de acción para el fortalecimiento de las instituciones públicas y la modernización de sus mecanismos de gestión, teniendo en cuenta que la eficiencia de los organismos públicos es fundamental para el desarrollo, la igualdad de oportunidades y el bienestar social.

La mencionada Carta Iberoamericana afirma que se habla de gobierno electrónico cuando las TIC son incorporadas a la Administración pública, no solo para brindar información, sino cuando se avanza en el desarrollo de sistemas y plataformas digitales que permiten la interacción entre los habitantes y la administración y cuando se adecúan los procedimientos administrativos a su uso y se adaptan las normas para dar validez.

(14) Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007. Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno. Res. N° 18 “Declaración de Santiago”, <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electronico.pdf>.

En la Argentina la ley 27.078 (15), en el inc. g) del art. 6°, define a los “Servicios de TIC”, diciendo que “...son aquellos que tienen por objeto transportar y distribuir señales o datos, como voz, texto, video e imágenes, facilitados o solicitados por los terceros usuarios, a través de redes de telecomunicaciones. Cada servicio estará sujeto a su marco regulatorio específico”. En tanto, el inciso i) del art. 6°, se afirma, que las TIC son “...el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros”.

Íntimamente relacionado con lo expuesto en los párrafos anteriores se resalta el concepto de “Gobierno Abierto”, que es una idea que contiene al gobierno electrónico, pero que va más allá en sus objetivos. Esencialmente, busca instaurar un paradigma de la gestión pública con centro en el ciudadano, tratando de empoderarlo a través de la disponibilidad de información y de canales de comunicación efectivos para la toma de decisiones, la búsqueda de resolución de problemas y la satisfacción de sus necesidades. La Alianza para el Gobierno Abierto (16) sostiene que la “OGP” busca de manera sostenida que los gobiernos sean más transparentes, rindan cuentas y mejoren la capacidad de respuesta hacia los ciudadanos, con el objetivo final de mejorar la calidad del gobierno. Esto requiere un cambio de normas y cultura para garantizar el diálogo y la colaboración genuina entre las Administraciones públicas y sociedad civil.

Tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde el año 2009, como a nivel nacional, desde el año 2016, se instrumentaron profundas reformas administrativas y un cambio estructural para informatizar la gestión documental, que consistió en la implementación de planes para la despapelización y modernización integral de

(15) Ley 27.078, art. 6°, incs. g) e i) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/texto.act.htm#:~:text=Principio.,%20a%20homologaci%C3%B3n%20y%20certificaci%C3%B3n>.

(16) OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP, Estrategia 2023-2028, 2023 <https://www.opengovpartnership.org/estrategia-de-ogp-2023-2028/>.

las gestiones de ambos gobiernos. Todo ello con el objeto de instalar una nueva cultura organizacional, modernizar los procesos administrativos y maximizar la eficiencia de los gobiernos (17).

III. La gobernanza digital

La gobernanza digital hace referencia a la aplicación de las TIC en la gestión y el gobierno de las organizaciones públicas. Es un enfoque que busca mejorar la eficiencia y la transparencia de los procesos gubernamentales mediante la utilización de herramientas y soluciones digitales, además de establecer estructuras y procesos que garanticen que la estrategia de gobierno digital se encamina al logro de los objetivos públicos. La gobernanza digital implica la integración y articulación de las TIC en la prestación de servicios públicos, la transparencia y en la participación ciudadana en la toma de decisiones.

Alejandra Naser (18) en “Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental” afirma que la gobernanza digital “...es la articulación y concreción de políticas de interés público con los diversos actores involucrados (Estado, Sociedad Civil y Sector Privado), con la finalidad de alcanzar competencias y cooperación para crear valor público y la optimización de los recursos de los involucrados, mediante el uso de tecnologías digitales”.

Por su parte, Barros, Campero y Cabello (19) en el “Estudio para una gobernanza digital en Chile” refieren que gobernanza digital de pue-

de definir como la “...organización y reglas presentes en un gobierno para conducir su política y estrategia de digitalización con el objetivo de mejorar su gestión y brindar servicios a los ciudadanos y las empresas”.

El gobierno digital tiene como esencia el nuevo modelo de gestión de la información basada en datos abiertos, que consiste en el acceso y uso de la información pública por parte de personas ajenas al Estado para entregar nuevos servicios a los ciudadanos. Se trata de poner a disposición de la sociedad, de manera libre, gran cantidad de datos procedentes de diferentes organizaciones del ámbito de la administración pública o de aquellos proyectos que han sido financiados con dinero público. El objetivo de abrirlos a la sociedad es que esta pueda sacar provecho de ellos ya que las organizaciones que los ofrecen no pueden, no quieren o simplemente no tienen la capacidad de analizarlos o de procesarlos. Ponerlos a disposición de la sociedad hace que cualquier persona u organización pueda construir sobre ellos una nueva idea que resulte en nuevos datos, conocimientos o incluso servicios (20).

La OCDE en 2019 en “Digital Government Index” (21) pone de resalto la interrelación existente entre la gobernanza digital y el desarrollo de una estrategia de gobierno para lograr la transformación digital de la Administración pública. Las estrategias nacionales de gobierno digital deben poseer como objetivo constituirse en herramientas de gobernanza de la transformación del sector público. Los gobiernos deben utilizar los datos y las tecnologías digitales para ir más allá: fomentar nuevas formas de gestión, que sean más participativas, innovadoras y ágiles. El gobierno digital implica la digitalización total del sector público, posibilitando un mayor nivel de integración en la prestación de servicios a los ciudadanos y las empresas. La

(17) CLUSELLAS, P. - MARTELLI, E. - MARTELO, M. J., “Gestión Documental Electrónica: Una transformación de raíz hacia el gobierno electrónico en la Ciudad de Buenos Aires 2009-2014”, Secretaría de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, https://www.boletinoficial.gob.ar/bundles/boraboraweb/files/gde_version_online_0_1.pdf.

(18) NASER, Alejandra (coord.), “Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental: una guía para su implementación”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/80), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021, p. 14 <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dc3-4cba-830a-99f038835423/content>.

(19) BARROS, A. — CAMPERO, T. - CABELLO, P. “Estudio para una gobernanza digital en Chile”, Ministerio de Hacienda/Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, Santiago de Chile, 2016 <https://repositorio.>

[cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dc3-4cba-830a-99f038835423/content](https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dc3-4cba-830a-99f038835423/content).

(20) FERRERO, Genoveva, “La contratación pública electrónica y la gobernanza digital: La implementación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Editorial La Ley, libro digital, 2022, p. 23.

(21) OCDE, Digital Government Index, 2019 https://www.oecd.org/en/publications/digital-government-index_4de9f5bb-en.html.

digitalización gubernamental facilita la transformación de los servicios y la colaboración entre las organizaciones sectoriales para hacerlas más abiertas, orientadas al usuario y proactivas. El establecimiento del gobierno digital ayuda a que las Administraciones públicas sean más resilientes y receptivas, cualidades que se vuelven sumamente importantes en estos tiempos.

La OCDE en “El Manual de E-Leaders sobre la Gobernanza del Gobierno Digital” (22) hace referencia a la transformación digital de los sectores públicos, las economías y las sociedades; generando desafíos y oportunidades para los gobiernos. Se necesita una gobernanza pública sólida para responder a estos retos, cosechar los beneficios del gobierno digital y fomentar una transformación holística y sistémica. Entre las recomendaciones que efectúa el Consejo de la OCDE, en el Informe 2014, sobre las “Estrategias de gobierno digital” (23), afirma: “El uso de las tecnologías digitales como parte integral de las estrategias de modernización de los gobiernos con el fin de crear valor público. Esto se basa en un ecosistema de gobierno digital constituido por los actores estatales, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones de ciudadanos y personas encargadas de la producción y acceso a los datos, servicios y contenidos a través de interacciones con el gobierno”.

El BID en “El ABC de la interoperabilidad de los servicios sociales: marco conceptual y metodológico” (24) señala como prerrequisito para la gobernanza digital es que se cumpla el Principio de Legalidad, afirmado: “Se deben respetar los marcos jurídicos y todas las disposiciones le-

gales y regulatorias relacionadas con el acceso a datos, identificación de ciudadanos interesados, datos abiertos y acceso digital. Las garantías jurídicas que rigen para los trámites físicos (tales como firmas, sellos, anotaciones en libros y otros) deberán ser tomadas en cuenta por los responsables de la implementación [...] para asegurar que los actos realizados por su intermedio mantengan esa validez legal. Esto podría conducir a cambios en las normas, regulaciones o leyes mediante instrumentos que deberán aprobarse como son, por ejemplo, la firma electrónica, la identidad digital, los registros electrónicos u otros que confieran garantía jurídica a dichos actos”. Además, señala: “La estructura de gobernanza consiste en aquellos mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales los actores articulan sus intereses, ejercen sus derechos, cumplen con sus obligaciones, median sus diferencias y supervisan el funcionamiento...”; “La gobernanza es la herramienta que deberá utilizarse para lograr las definiciones estratégicas, los indicadores de éxito y los órganos necesarios para crear el andamiaje y remover las barreras que se vayan presentando” (25).

Con el gobierno digital se crea valor público en el marco de un ecosistema de gobierno compuesto por actores gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones de ciudadanos y personas que acceden a los datos, utilizan los servicios e interactúan en forma transparente con los gobiernos (26).

Varios gobiernos han avanzado en sus estrategias digitales a través de políticas centradas en el ciudadano, las cuales se orientaron hacia la utilización de herramientas como: el *big data*, la inteligencia artificial, el *blockchain* y el inter-

(22) OCDE, The E-Leaders Handbook on the Governance of Digital Government, OECD Digital Government Studies, OECD Publishing, Paris, 2021, <https://doi.org/10.1787/ac7f2531-en>.

(23) OCDE, Recommendation of the Council on Digital Government Strategies, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2014, p. 6 www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf.

(24) BID, El ABC de la interoperabilidad de los servicios sociales: marco conceptual y metodológico, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, p. 22 <https://publications.iadb.org/es/el-abc-de-la-interoperabilidadde-los-servicios-sociales-marco-conceptual-y-metodologico>.

(25) BID, El ABC de la interoperabilidad de los servicios sociales: marco conceptual y metodológico, Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, p. 31 <https://publications.iadb.org/es/el-abc-de-la-interoperabilidadde-los-servicios-sociales-marco-conceptual-y-metodologico>.

(26) OCDE, Revisión del Gobierno Digital en Argentina, Mejores políticas para una vida mejor, Buenos Aires, 2018. <https://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-review-argentina-key-findings-2018-es.pdf>

net de las cosas, para mejorar los servicios, pero todavía hay muchos desafíos pendientes. Se requiere una mejor articulación y la colaboración público-privada —la cual resulta esencial para impulsar la transformación digital— y lograr sinergias entre los distintos sectores.

La transformación del sector público con la incorporación de la gobernanza digital constituye un imperativo en el siglo XXI, que optimiza y potencia la contratación pública electrónica. Jaime Pintos Santiago (27), en “La contratación pública electrónica como garantía de integridad, publicidad y transparencia”, afirma: “...los principios generalmente aplicables a la contratación pública, porque junto al principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación y en íntima conexión con él y con el principio de integridad, se deben aplicar en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación, los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, que resultan notablemente reforzados, con la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación y la trazabilidad que los mismos aportan”.

En definitiva, el gobierno digital constituye un cambio de paradigma en la gestión y se manifiesta en la incorporación de las más innovadoras modalidades de gobernanza pública y participativa, asumiendo el compromiso que tenemos como funcionarios de posibilitar que los ciudadanos accedan a más y mejor información, ampliando los medios de vinculación existentes y generando una prolongación virtual de la histórica oficina pública.

IV. La contratación pública digital

La contratación pública digital se puede definir como la contratación estatal que se instrumenta a través de una plataforma electrónica, mediante la utilización de las TIC. Esencialmente, hace referencia a la incorporación de las tecnologías digitales para la sustitución o el rediseño de los procedimientos administrativos

en soporte papel, presentes históricamente a lo largo de toda la tramitación de la contratación estatal (28).

Para que la contratación pública sea digital, no basta con la creación de una página web gubernamental y la publicación de información. Todo el procedimiento de contratación administrativa debe concretarse por medios electrónicos, abandonando definitivamente el expediente en soporte papel. La utilización de la tecnología como soporte de la contratación pública ocasiona un cambio en la lógica transaccional, los datos y la información comienzan a circular de una forma diferente, en otro ecosistema, que origina características, lineamientos y reglas propias.

Se puede mencionar, que en el año 1996 el “Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro” (29) señalaba: “La introducción de la electrónica en el sector de la contratación pública es un fenómeno mundial. Nuestros principales interlocutores comerciales han iniciado ya ambiciosos programas al objeto de, por un lado, crear accesos electrónicos integrados a la información sobre sus contratos públicos y, por otro, generalizar el recurso a los procedimientos electrónicos de licitación para sus adquisiciones”.

En el año 2014 el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública Europea, que garantiza a todos los operadores económicos de la Unión el acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y proporciona más seguridad sobre el derecho administrativo aplicable. Además, se debe destacar, que ya en 2012 la Comisión Europea adoptó la estrategia de la contratación pública electrónica, con el objetivo de alcanzar la

(28) OCDE, Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, París, 2015 <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

(29) Comisión Europea, Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro, Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, Unión Europea, p. 38 https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf.

(27) JAIME PINTOS SANTIAGO, La contratación pública electrónica como garantía de integridad, publicidad y transparencia, Revista de Contrataciones Públicas, N° 1, julio 2019, 17/07/2019 https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=1ed2d55318f0d984cc3a66f72bc23390&hash_t=7f34d31ac7158e8fb264b2f6cb7fe0b3.

plena implantación de este sistema a mediados de 2016 (30).

La mencionada Directiva hace hincapié en la contratación ecológica, teniendo en cuenta el impacto medioambiental y la aplicación de referencias con etiquetado ecológico. También, destaca la inclusión social y la simplificación de los contratos de servicios. La mencionada legislación tiene como objetivo reducir la burocracia, ayudar a las pymes y fomentar la división de los contratos en lotes y otorgando prioridad a la contratación pública electrónica. Estas Directivas reconocen las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de contratación interna y refuerzan la normativa contra los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción (31).

Este soporte está integrado por plataformas virtuales, que habitualmente constituyen una página web y se organizan como el lugar en el cual tramita la compra o la contratación. Es el sitio en el cual se concreta la interacción entre el Estado y los proveedores. Así, estas plataformas virtuales son informativas y transaccionales (32), y por esta realidad, contribuyen a la transparencia, la desmaterialización, la agilización, la simplificación y la desburocratización de los procesos gubernamentales (33).

La utilización de la plataforma digital debe tener una influencia decisiva, real y directa en la contratación estatal (34), ya que la simple utili-

zación de las TIC, como herramientas de apoyo del proceso de contratación no es determinante (35). Las plataformas virtuales constituyen el eje esencial de todo sistema electrónico de compra estatal. Es, en definitiva, el lugar donde se encuentran las funcionalidades operativas y el sitio donde se realiza la interacción entre compradores y vendedores, entre Estado y proveedores, para la tramitación de la compra pública.

En relación con la contratación electrónica, Ricardo Lorenzetti (36) aporta la siguiente reflexión: "...el contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial... El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso, se transfiere un bien digitalizado y se paga con 'moneda digital'; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero".

Felio José Bauzá Martorell (37) en *Procedimiento administrativo electrónico*, señala que en el procedimiento administrativo electrónico el expediente está gestionado electrónicamente, es decir, que "...en su plasmación documental emplea información recibida, generada, tratada, autenticada, registrada, conservada o trans-

(30) Unión Europea, Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública Europea <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>.

(31) Unión Europea, Fichas Temáticas, Los Contratos Públicos, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>.

(32) Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Tecnologías digitales para la transparencia en la inversión pública. Nuevos instrumentos para empoderar a ciudadanos y Gobiernos, Washington DC, BID, 2018, 114837, p. 25.

(33) Banco Interamericano de Desarrollo, Tecnologías digitales para la transparencia en la inversión pública. Nuevos instrumentos para empoderar a ciudadanos y Gobiernos, Washington DC, BID, 2018.

(34) BRIZZIO, Claudia R., "Contratación electrónica y contratos informáticos", LA LEY, t. 2000-A, p. 921, citada en CORRÁ, María Inés, "Breves apuntes sobre la contra-

tación pública electrónica", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (2005/06) vol. 28, N° 334, p. 46.

(35) CORRÁ, María Inés, "La contratación pública electrónica", en CASSAGNE, Juan Carlos, "Tratado General de los Contratos Públicos", Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 1018.

(36) LORENZETTI, Ricardo, "Comercio Electrónico", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 173 y 174.

(37) BAUZÁ MARTORELL, Felio José, "Procedimiento administrativo electrónico", Editorial Comares, Granada, 2002.

mitida por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, con las garantías exigidas por la normativa vigente”.

Gastón Bielli y Carlos Ordoñez (38), en *Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales*, afirman que se puede definir al contrato electrónico como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, quienes expresan su consentimiento de manera virtual, a través de diversos artefactos tecnológicos y del uso de redes locales o globales de comunicación, con la finalidad de obligarse y producir determinados efectos jurídicos patrimoniales y con independencia de cualquier límite físico, geográfico o temporal.

Las plataformas virtuales tienen la característica de constituir el lugar donde se concentran las transacciones operativas propias de la contratación electrónica y contribuyen decididamente a la transparencia, la desmaterialización, la agilización, la simplificación y la desburocratización de los procesos de compra pública (39).

Los beneficios de la contratación pública digital se pueden agrupar en tres grandes axiomas: a) la eficiencia, b) la transparencia y c) la concurrencia.

Sobre la eficiencia, se puede afirmar que con la utilización de las plataformas virtuales el procedimiento de contratación pública se vuelve automático, seguro, rápido, certero y con menor costo. Todo ello porque los usuarios promueven el trámite de compra a través de su computadora, el sistema informático origina alertas sobre las etapas en las que se va desarrollando la contratación y cuál es el paso subsiguiente. Además, el propio sistema va cerrando algunas fases y abriendo otras de forma digital. Por ejemplo, el sistema puede informar que la compra se encuentra en estado “preadjudicado”, exponiendo a los oferentes la opción de impugnar esa “preadjudicación”, y cambiar luego a esta-

do “pendiente de adjudicación”, al haber vencido el plazo determinado para la impugnación, mostrando la opción de “adjudicar” a los organismos contratantes y eliminando la opción de “impugnar a los proveedores”.

La eficiencia se percibe en todas las fases de la contratación: las comunicaciones, las notificaciones y las interacciones que se efectúan entre el Estado y los cocontratantes, mediante la plataforma digital, en la cual se registran y publican paso a paso las operaciones. Las etapas que se cierran no pueden reabrirse a menos que la legislación lo permita.

En relación con la transparencia, las plataformas de contratación pública ofrecen información on-line, completa y actualizada, ya que se realizan a través del portal. Así, los sistemas electrónicos garantizan que cualquier persona, de manera remota, en todo momento y lugar, desde su computadora o dispositivo móvil, pueda tomar conocimiento detallado del estado de las adquisiciones públicas (organismo o ente, compra directa o licitación, precio, proveedor participante, lugar de realización de la obra, calidad, cantidad, firmantes, preadjudicación, adjudicación, etc.).

Sobre la concurrencia, se puede decir que las plataformas garantizan una mayor cantidad de oferentes, por la amplitud y la rapidez de la convocatoria. Ello es así, porque se difunden y notifican los procesos automáticamente a todos los proveedores, reduciendo los costos y generando mayor confianza.

La utilización de estos procedimientos digitales reduce el riesgo de que los potenciales oferentes no se presenten en los procesos por haberse omitido su convocatoria. Los sistemas digitales cuentan con un procedimiento de notificación temprana, que asegura que todos los proveedores toman conocimiento inmediato de la necesidad de adquisiciones estatales en los rubros en los cuales se encuentran inscriptos, ya que el sistema les envía una alerta a sus correos electrónicos.

(38) BIELLI, Gastón - ORDOÑEZ, Carlos J., “Contratos electrónicos, Teoría general y cuestiones procesales”, La Ley, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 135.

(39) CORRÁ, María I., “La contratación pública electrónica, en Juan Carlos Cassagne, Tratado General de los Contratos Públicos”, La Ley 2013, Buenos Aires, 1018 y ss.

Natalia Tanno (40) en “La transformación de la contratación pública”, señala: “Los beneficios que las contrataciones públicas digitales han revelado en la práctica son numerosos: 1) garantizan la transparencia, ya que cualquier persona, de manera remota, desde donde sea y en cualquier momento, puede conocer el estado de las adquisiciones estatales; 2) reducen el margen de error, ya que si bien los usuarios impulsan el trámite, generalmente lo hacen a través de un clic, e incluso algunas etapas se cierran y se abren de manera automática; 3) garantizan mayor concurrencia, porque hay mayor difusión, al contar con un sistema de notificación o alerta temprana, que asegura que todos los proveedores tomen conocimiento inmediato cada vez que se inicia un procedimiento de compra de algún bien o servicio contemplado en el rubro en el que están inscriptos”.

V. La contratación pública digital en el Gobierno nacional. Decreto delegado 1023/2001

En el Gobierno nacional las contrataciones públicas se rigen desde el año 2001 por el dec. delegado 1023/2001 (41), que establece el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, el cual en el art. 21 hace referencia precisa a las contrataciones en formato digital, estableciendo:

“Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el art. 5° del presente. Las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 2° estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación es-

tablecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación. Se considerarán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente, en los procedimientos regulados por el presente. Deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados digitalmente cumplen con los requisitos del art. 8° de la ley 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias, en los términos establecidos en las disposiciones referentes al empleo de la firma digital en el Sector Público Nacional, las que se aplicarán, en el caso de las contrataciones incluidas en los arts. 4° y 5° de este régimen, aun a aquellos actos que produzcan efectos individuales en forma directa. Los documentos digitales firmados digitalmente tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y serán considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos”.

En tanto, el art. 22 afirma:

“La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital”.

Por su parte, el art. 31 del dec. 1030/2016, que integra el Reglamento del Régimen Contrataciones de la Administración Pública Nacional, con relación a los principios rectores de las contrataciones públicas electrónicas, determina lo siguiente:

“Las contrataciones públicas electrónicas se realizarán mediante medios tecnológicos que garanticen neutralidad, seguridad, confidencialidad e identidad de los usuarios, basándose en estándares públicos e interoperables que permitan el respaldo de la información y el registro de operaciones, permitiendo operar e integrar a otros sistemas de información”.

El Gobierno nacional desde el año 2016 desarrolló y puso en funcionamiento avanzados desarrollos digitales que efficientizan y agilizan las gestiones y los tiempos para la resolución de los

(40) TANNO, Natalia, “La Transformación de la Contratación Pública”, Revista de Derecho Administrativo, RDA 2019-123, 27/06/2019, 457, cita online: AR/DOC/1197/2019 https://www.academia.edu/40018328/La_Transformaci%C3%B3n_de_la_Contrataci%C3%B3n_P%C3%BAblica.

(41) Dec. delegado 1023/2001 <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68396/textact.htm>.

procesos de compras y contrataciones públicas. Con este propósito, se desarrollaron las plataformas COMPR.AR, CONTRAT.AR, Bienes Patrimoniales, Almacenes y SUBAST.AR. Estos sitios de compras, subastas y registros electrónicos no solo agilizaron los tiempos de la Administración pública y los volvieron más eficientes, sino que transparentaron las operaciones entre Gobierno y privados y dotaron a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil de herramientas para controlar dichos procesos, reduciendo enormemente la existencia de irregularidades y corrupción (42).

Además, el Ministerio de Economía se constituyó la Oficina Nacional de Contrataciones —ONC— (43), como el Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional y responsable del sistema electrónico de contrataciones: “COMPR.AR” www.comprar.gob.ar. Este es el medio para gestionar los procesos de contratación electrónica de bienes y servicios (Licitaciones Públicas, Contrataciones Directas, etc.) y los procesos de Subastas Públicas Electrónicas de Bienes, los Acuerdos Marco y la Subasta Inversa Electrónica (44).

(42) MARTELLI, Eduardo Nicolás, “Un gobierno inteligente: el cambio de la Administración Pública de la Nación Argentina 2016-2019”, Eduardo Nicolas Martelli; Pablo Clusellas; María José Martelo, Ciudad Autónoma Buenos Aires, 2019, 1ª edición, p. 59 https://www.boletinoficial.gob.ar/pdfs/gobierno_inteligente.pdf.

(43) ONC, Oficina Nacional de Contrataciones <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/oficina-nacional-de-contrataciones-onc/que-hacemos>.

(44) Disp. 65-E/2016 - 29/09/2016, art. 1º: “Habilítase el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, en adelante denominado “COMPR.AR” y cuyo sitio de internet es <https://www.comprar.gob.ar>, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, el que se implementará según el cronograma gradual que establezca la Oficina Nacional de Contrataciones”. Decreto 29/2018 - 11/01/2018, art. 1º: “Apruébase la implementación del Sistema de Gestión Electrónica para las subastas públicas, en adelante denominado “SUBAST.AR”, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de subasta pública que realicen las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional definidas en los artículos siguientes, de conformidad con la normativa vigente en la materia”.

En relación con la utilización de la plataforma “COMPR.AR” la Oficina Nacional de Contrataciones (45) afirmó: “COMPR.AR es una herramienta de gestión transversal a través de la cual, mediante un flujo predeterminado, se gestiona el proceso de contratación desde la solicitud del área requirente hasta el perfeccionamiento del contrato. De hecho, la plataforma electrónica de que se trata cumple la doble función de ser un portal de difusión y una herramienta de gestión y tramitación de todo el proceso de contratación. (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2018-65684540-APNONC#JGM, IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, IF-2019-94791412-APN-ONC#JGM e IF-2020-18826635-APN-DNCBYS#JGM)”.

En tanto, para las obras públicas existe el marco legal que emana de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas 13.064 y el dec. 1336/2016, que implementa el Sistema de Gestión Electrónica de las Contrataciones de Obras Públicas, Concesiones de Obras Públicas, Servicios Públicos y Licencias, denominado CONTRAT.AR <https://contratar.gob.ar/> como instrumento para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de contratación y seguimiento de la ejecución de los mencionados contratos del Sector Público Nacional (46).

El profesor Agustín Gordillo (47) en el *Tratado de derecho administrativo*, haciendo refe-

(45) ONC, Oficina Nacional de Contrataciones, Compendio de Dictámenes, Sumarios 2020-2023, Dictamen ONC N° IF-2021-42128291-APN-ONC#JGM. Fecha de emisión: 12 de mayo de 2021 file:///E:/2024/AGOSTO%202024/compendio_de_dictámenes_onc_2020-2023-jv_002.pdf.

(46) Decreto 1336/2016 del 30/12/2016, art. 1º: “Apruébase la implementación del Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, “CONTRAT.AR”, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos de contratación y seguimiento de la ejecución de los mencionados contratos del Sector Público Nacional, de conformidad con la normativa legal vigente en la materia”. Res. 197-E/2017 - 21/04/2017 Sistema de Gestión Electrónica para las contrataciones de Obra Pública, concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos y licencias, “CONTRAT.AR”.

(47) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Capítulo XXV, Licitación Pública v. Contratación Directa: ¿La batalla perdida?, Por Agustín García

rencia a la contratación pública de “...resmas de papel A4 o mariposas para expedientes”, afirma: “La compra de insumos fungibles como los que mencioné en última instancia permitiría acudir a sistemas mucho más avanzados que el sistema de compras electrónicas previsto por las actuales normas, acotado todavía en su alcance”.

VI. Los principios de la contratación pública

El dec. delegado 1023/2001 en el art. 3° establece los principios generales que deben regir las contrataciones públicas, en estos términos:

“Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán:

“a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado.

“b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes.

“c) Transparencia en los procedimientos.

“d) Publicidad y difusión de las actuaciones.

“e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones.

“f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

“Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”.

Estas reglas generales deben aplicarse a todos los procedimientos vinculados con las contrataciones públicas y tienen que interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia, como surge de forma explícita del último párrafo del artículo de referencia.

Sanz, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, 1ª edición, https://www.gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo25.pdf.

El desarrollo del concepto de la contratación pública ha sido enmarcado con principios rectores que constituyen la base sobre la cual se deben sustentar los procedimientos del sistema de contratación estatal. Estos sirven de guía para la administración y para el particular cocontratante, ya que determina cual debe ser su comportamiento durante las fases de la contratación y se materializan en los actos jurídicos de la administración, que componen el procedimiento contractual (48).

La Procuración del Tesoro de la Nación, sobre el particular, ha afirmado: “La Administración debe velar por la vigencia de los principios rectores de las contrataciones del Estado y, además, proveer y atender el normal funcionamiento de los mecanismos para materializar tales procesos” (49).

VI.1. Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación

Las contrataciones estatales deben ser razonables y eficientes. Sobre el particular, Carlos Balbín (50) en su *Manual de derecho administrativo*, expresa que, para “...obtener los mejores bienes, obras y servicios, al menor costo posible; o vender al mejor postor; y alcanzar los “resultados requeridos por la sociedad”. La razonabilidad debe ser interpretada en el sentido de satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética. Por su parte, los funcionarios que autoricen la convocatoria, así como “los que elijan el procedimiento de selección aplicable y los que requieran la prestación,... serán responsables de la razona-

(48) GONZALO SUÁREZ, Beltrán - LAGUADO GIRALDO, Roberto, “Manual de contratación pública electrónica para América Latina: Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad”, CEPAL/Unión Europea: @LIS - Alianza para la Sociedad de la Información, Acción 1: Diálogo político y regulatorio entre América Latina y Europa, 2007 <https://www.cepal.org/es/publicaciones/3550-manual-contratacion-publica-electronica-america-latina-bases-conceptuales-modelo>.

(49) PTN, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 309/169, 18 de mayo de 2019 <https://api.ptn.gob.ar/files/309-169.PDF>.

(50) BALBÍN, Carlos, “Manual de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 563.

bilidad del proyecto, en el sentido que las especificaciones y requisitos técnicos estipulados, cantidades, plazos de entrega o prestación, y demás condiciones fijadas en las contrataciones, sean las adecuadas para satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo y forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética.”

Sobre el particular, Julio Comadira (51) enseña: “La garantía de razonabilidad que deriva del artículo 28 de la Constitución Nacional debe irradiar su fuerza expansiva a todos los actos estatales; incluso a los contratos que instrumentan las licitaciones”.

María Angélica Gelli (52), comentando el principio de razonabilidad contenido en el artículo 28 de la Constitución nacional, dice que “... aunque el art. 28 no contiene la expresión, la doctrina y jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima, de la que altera los derechos y garantías, tarea compleja y nada sencilla”; “...si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento —o que deriva solo de la voluntad de quien produce el acto— una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y las circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente”.

La CS sobre el principio de razonabilidad ha considerado que el examen de proporcionalidad entre los medios arbitrados por el/la legislador/a para alcanzar los fines propuestos por la norma, pero no el análisis de la elección de los medios ni su eficacia, ya que esta resulta una cuestión política no justiciable (53). En tal sentido, el requisito de la razonabilidad emerge como un límite a la actividad reglamentaria de la Administración pública, siendo en ejercicio razonable lo que justifica los actos y las decisio-

nes administrativas y en este criterio aparecen los elementos de proporcionalidad y de valoración.

En definitiva, el principio de razonabilidad en las contrataciones públicas busca garantizar que los procedimientos sean lógicos, justificados y proporcionados y se eviten requisitos excesivos o decisiones arbitrarias.

Sobre la eficiencia de la contratación la ley 24.759, que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, establece entre sus propósitos en el art. II, punto 5), lo siguiente: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. Y Agustín Gordillo (54) comenta: “En nuestra clásica legislación de contratos administrativos se exigía solamente una obligación de medios: Cumplir un determinado procedimiento de contratación (licitación pública, por lo general) y de adjudicación. (La oferta más conveniente de las presentadas). (...) Ahora la CICC, norma supralegal operativa 46 impone una obligación de resultado, cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal”.

VI.2. Concurrencia de los interesados y competencia entre los oferentes

El principio de concurrencia obliga a la Administración pública a garantizar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. En este camino el Estado debe obtener las mejores condiciones de contratación que el mercado pueda ofrecer. En este marco, el art. 3º, inc. b) del dec. 1023/2001 determina entre los principios de las contrataciones públicas la “promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes” y a su vez el art. 24 de la misma norma fija como regla general para la selección del contratante, la licitación pública o concurso público. La CS en el caso “Cardiocop” (55) dijo: “el procedimiento de li-

(51) COMADIRA, Julio, “Algunos Aspectos de la Licitación Pública en Contratos Administrativos”, jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 387.

(52) GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2022, 6ª edición.

(53) CS, Fallos: 247:121 del 22/06/1960.

(54) GORDILLO, Agustín, “Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción, LA LEY, 1997-E, 1091, www.gordillo.com.

(55) CS, Fallos: 329:5976, Cardiocorp SRL c. MCBA, sentencia del 27/12/2006.

citación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios”.

Al respecto, la doctrina esbozada por Julio Comadira (56) en *La licitación pública* sobre la concurrencia considera: “Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia, porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger, y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del contratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa”.

En este marco, también, Julio Comadira (57) en *Curso de derecho administrativo* comenta que “...la concurrencia tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, porque si lo que la Administración pretende, para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la prestación requerida”.

Sobre los principios generales que informan las contrataciones públicas, entre los que se encuentran los de concurrencia y competencia, la Oficina Nacional de Contrataciones en el dictamen ONC 602/10 (58), sostenía que “...estos principios —en este caso el de eficiencia, concurrencia, e igualdad— no son absolutos ni rigen en forma excluyente: no podría admitirse la aplicación irrestricta de un principio frente a la afectación grave de otro de ellos. Al interrelacionarse entre sí estos mandatos rigen en forma complementaria y es deber del ente administrativo lograr un justo equilibrio que permita el

cumplimiento armónico de estas directrices”. Sobre este tema Martín Cormick (59) expresa: “...ninguno de los principios generales posee, en sí mismo, un valor absoluto, sino que cada uno se interrelaciona con el resto en un juego de ponderaciones entre sí”.

Juan Carlos Cassagne (60) comenta que con la “...promoción de la concurrencia del mayor número posible de ofertas la Administración pública persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista”.

VI.3. Transparencia en los procedimientos

El principio de la transparencia del art. 3° del inc. c) se encuentra explicitado en el art. 9° de la norma citada que dispone que:

“*Transparencia.* La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas”.

(56) COMADIRA, Julio R., “La Licitación Pública”, Lexis Nexis Argentina SA, 2006, p. 100.

(57) COMADIRA, Julio R., “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 826.

(58) Oficina Nacional de Contrataciones, ONC, Compendio de Dictámenes 2019-2020, Dictamen ONC N° 602/10 https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/compendio_dictamenes_onc_2019_2020.pdf.

(59) CORMICK, Martín en MARIO RETJMAN FARAH (director), “Contrataciones de la Administración Nacional”. Decreto 1023/2001, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2012, 1ª edición, p. 174 y ss.

(60) CASSAGNE, Juan C., “El Contrato Administrativo”, LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed. actualizada (con la colaboración de Estela B. Sacristán), p. 73.

Resulta conveniente destacar que el principio de transparencia no solo se sustenta en normas de derecho interno, sino también en convenciones internacionales. La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759 (61), en el art. III, inc. 5), dispone que los Estados Parte deben instituir “...sistemas para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. En tanto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sancionada por la ley 26.097 (62), obliga por el art. 9°, que los Estados Parte el deber de adoptar sistemas de contrataciones basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de decisión. Asimismo, la norma exige la adopción de medidas relativas a la difusión de información sobre los procedimientos de contratación; formulación previa y publicación de las condiciones de participación en esos procedimientos; criterios objetivos para la adopción de decisiones; implementación de un sistema eficaz de apelación; y recaudos relativos a la idoneidad y la imparcialidad de los funcionarios intervinientes.

La Oficina Nacional de Contrataciones en el dictamen ONC IF-2022-92812474-APN-DNCBYS#JGM (63), afirma: “...Tales procedimientos, gestionados en forma electrónica a través de la Plataforma ‘COMPR.AR’, revisten herramientas ágiles que, en simultáneo, dotan de transparencia, trazabilidad y control a las contrataciones, razón por la cual, salvo casos verdaderamente excepcionales, deben primar por sobre trámites tales como el que aquí se ventila, en pos de tutelar —con las modulaciones que fuere menester— la efectiva vigencia de los principios generales de raigambre constitucio-

nal que informan todas las contrataciones públicas (v.g. publicidad y difusión, transparencia, eficiencia, responsabilidad de los funcionarios, igualdad, entre otros)”.

La transparencia en las contrataciones públicas no solo obliga a los funcionarios a publicitar sus acciones en diversas etapas y fundamentar cada una de las decisiones, sino que genera el derecho de la sociedad de ejercer un control sobre los procesos de compras que están destinados a satisfacer las propias necesidades de la sociedad. La doctrina española, encabezada por Miguel Sánchez Morón (64) ha dicho que “...la transparencia, debe aparecer en toda la tramitación del procedimiento, incluyendo como es lógico el aspecto relativo a la aprobación y control del gasto, hasta su finalización, lo que obliga a publicar también el acto de adjudicación del contrato, a fin de que los interesados puedan impugnarlo”.

VI.4. Publicidad y difusión

El principio de publicidad se encuentra íntimamente relacionado con el de la transparencia y posee raigambre constitucional, ya que deriva de la forma republicana de gobierno y de la publicidad de los actos del Estado. Este principio se refiere a la posibilidad de los interesados de acceder a la información sobre las contrataciones públicas, que la utilización de los sistemas electrónicos permite cumplir ampliamente con este postulado.

Así, el dec. 1023/2001 dispone la publicidad y difusión de las actuaciones en el art. 3° del inc. d) y en el art. 19, sobre control del procedimiento contractual, al determinar que “toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla...”

(61) Ley 24.759, Convención Interamericana contra la Corrupción <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41466/norma.htm>.

(62) Ley 26.097, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm>.

(63) ONC, Oficina Nacional de Contrataciones, Compendio de Dictámenes 2020-2023, Dictamen ONC N° IF-2022-92812474-APN-DNCBYS#JGM del 05-09-2022, Referencias/voces: Fondos rotatorios. Competencias de la ONC file:///D:/2024/AGOSTO%202024/compendio_de_dictámenes_onc_2020-2023-jv_002.pdf.

(64) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho Administrativo - Parte General”, Tecnos, Madrid, 2005, p. 574.

Por su parte, Miguel Marienhoff (65) supo poner de relieve: “La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de igualdad (...) Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de igualdad, pues esta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia (...) que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de concurrencia y publicidad, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público”.

La publicidad de los actos constituye un principio fundamental para determinar a partir de qué momento estos adquieren eficacia jurídica, o sea, a partir de cuándo comienzan a surtir efectos. La publicidad de los llamados a licitación pública es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia, posibilitando en cada caso la máxima competencia posible, garantizando la igualdad de acceso a la contratación y la protección de los intereses económicos de la Administración pública.

VI.5. Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos

El principio de participación, control y responsabilidad de los agentes públicos es inherente a Estado democrático de derecho. En este sentido, el art. 9º del dec. 1023/2001 establece que las contrataciones deben apoyarse “...en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”. En tanto, el art. 8º del dec. 1023/2001, dispone la aplicación de técnicas participativas en el trámite de confección de los pliegos, afirmando: “...cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación”. Además, el art. 19 del dec. 1023/2001, dice que “...toda persona que acredite fehacientemente algún interés po-

drá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones...”

VI.6. Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes

Sobre el principio de igualdad la Procuración del Tesoro de la Nación (66) tiene dicho: “Durante toda la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes que en síntesis se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminaciones que beneficien a unos en perjuicio de otros, ni tampoco importen modificaciones en los pliegos de bases y condiciones”. En relación con el mencionado principio de igualdad Héctor Maíral (67) observa que “...se comprende fácilmente que solo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros”.

El principio de igualdad emerge del art. 16 de la CN y es asimilado en el art. 3º del inc. f) del dec. 1023/2001 y extiende sus efectos no solo a la etapa de selección del contratista, sino también a la ejecución del contrato. Así, una de las consecuencias del deber de dispensar un trato igualitario es la imposibilidad de modificar las bases de la licitación en el contrato ya celebrado. Más aún, la CS en el caso “Vicente Robles SA” (68), ha afirmado que la adjudicación debe respetar las bases fijadas para la contratación, incluso, cuando se hubiere presentado un único oferente. De no ser así: “...bastaría con que los pliegos contuvieran condiciones que determinaran la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por la oferente se cambiaran los términos de aquellos para que

(66) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen 244/2004, del 23 de junio de 2004. Expte. N° 1486.00.0/99. Comité Federal de Radiodifusión. (Dictámenes 249:592). <https://api.ptn.gob.ar/files/T249P592.PDF>.

(67) MAIRAL, Héctor, “Control judicial de la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1984.

(68) CS, Fallos, 316: 382 del 03-03-1993, causa: “Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales)”.

(65) MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo III-A, 4ª edición actualizada, p. 204.

esta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación”.

VI.7. Sustentabilidad

Con relación al principio de sustentabilidad el dec. 1030/2016 establece varios lineamientos para incorporar criterios de sustentabilidad, entre ellas el artículo 36, que dice que los pliegos de bases y condiciones particulares pueden incluir “...cláusulas con determinados criterios de sustentabilidad específicos”; el art. 37, que señala que en las especificaciones técnicas se pueden incluir “...criterios de sustentabilidad que deberán cumplir los bienes o servicios o satisfacer los proveedores”; y en art. 115, que dispone que el órgano rector tendrá por función, entre otras, la siguiente: “Desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas”.

Sobre este principio de contratación pública, se debe tener en cuenta la ley 6647 (69), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que incorpora criterios de contratación socialmente responsables a la ley 2.095 de Compras y Contrataciones porteña, en cuan se desarrollará más adelante.

VII. La ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el año 1996 se sancionó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (70), que determina el marco conceptual dentro del cual deben integrarse los sistemas de administración financiera y de gestión de gobierno local y, derivado de ello, los lineamientos regulatorios de las compras y contrataciones públicas, las cuales surgen de los arts. 9°, 49, 53, 54, 56, el inc. 9) del art. 80, los arts. 82, 89, 90, 104, 134 y 135, del tex-

to mencionado, ya que anteriormente se aplicaban en la Ciudad las normas nacionales sobre la materia (71).

La Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad, aprobada por el decreto de necesidad y urgencia 1510/1997 (72) establece los requisitos que deben cumplir los actos administrativos que se dicten en el marco de los procedimientos de compras y contrataciones y la ley 70 (73), de los Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires, constituye el ordenamiento normativo general del conjunto de órganos, normas y procedimientos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

En este marco, es fundamental hacer referencia a la ley 3304 (74) del Plan de Modernización de la Administración pública del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que tuvo como objeto alcanzar una gestión pública de calidad, que posibilite la provisión de bienes y servicios públicos a los ciudadanos de manera equitativa, transparente y efectiva. También, se debe destacar, que el Principio de la Vía Electrónica se incorpora en el año 2014, mediante la ley 4764 y este determina que los procedimientos de compras y contrataciones deben ejecutarse por la vía electrónica con los requisitos y a través de los instrumentos previstos en el Capítulo III, del Título II del Anexo I de la ley 3304, siendo excepcional y procedente su tramitación mediante documentos contenidos en soporte papel, únicamente, en el caso de la concurrencia de algunas de las causales previstas en la correspondiente reglamentación.

(71) GELLI, María A., “La Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2004, 874 y ss.

(72) Decreto de Necesidad y Urgencia 1510/97 <http://www2.buenosaires.gov.ar/regimengeneracional/concursos/Documentacion/Decreto%201510-97.pdf>.

(73) Ley 70 https://buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/dg_ogpp/documentos/normativa/ley70_dto1000_ta.pdf.

(74) Ley 3304 <https://digesto.buenosaires.gob.ar/buscador/ver/21138>.

(69) Ley 6647 <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/670912#:~:text=LEY%206647%202023%20S%C3%ADntesis%3A%20MODIFICA%20-%20LEY%202095,LAS%20OFERTAS%20-%20LEY%20DE%20COMPRAS%20Y%20CONTRATACIONES>.

(70) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 01/10/1996 http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=166.

La ley 2095 (75) de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires determina los lineamientos generales que debe observar el Sector Público en los procesos de compras, ventas, contrataciones de bienes y servicios y regula las obligaciones y derechos que se derivan de ellos.

Su aplicación es sumamente amplia ya que incluye a la Administración Central, los entes descentralizados, las entidades autárquicas y cualquier otra entidad que pudiera depender del Poder Ejecutivo de la Ciudad y las Comunas, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los demás órganos creados por la Constitución, las Empresas y Sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones empresariales donde la Ciudad tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Solo quedan exceptuados todos los organismos o entidades cuyo financiamiento no provenga en forma habitual del Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Ciudad de Buenos Aires.

Entre los contratos comprendidos se encuentran los de compraventa, de suministro, de servicios, las permutas, locaciones, alquileres con opción a compra, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Ciudad, que celebren las entidades estatales comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial. Los contratos referidos a concesiones de bienes del dominio público y privado, compra de inmuebles, locaciones, alquileres con opción a compra, se rigen por las disposiciones específicas de la mencionada ley 2095.

En la Ciudad de Buenos Aires los principios generales que rigen las contrataciones y adquisiciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas son: Principio de Libre Competencia, Principio de Concurrencia e Igualdad, Principio de Legalidad, Principio de Publicidad y Difusión, Principio de Eficien-

cia y Eficacia, Principio de Economía, Principio de Razonabilidad, Principio de Transparencia, Principio de Sustentabilidad y Principio de la Vía Electrónica.

En relación con las compras y contrataciones el art. 23 establece un registro informatizado único y permanente de proveedores en el que deben inscribirse los proveedores de bienes y servicios que deseen contratar con el Sector Público de la Ciudad, donde se consignarán sus antecedentes legales, económicos y comerciales. Los procedimientos de inscripción deben ser simples, gratuitos, rápidos y asistidos. La tramitación se realiza en forma electrónica en el Registro Informatizado Único y Permanente de Proveedores (RIUPP), cuyo sitio es: <https://buenosairescompras.gob.ar/Inscripcion.aspx>.

Las jurisdicciones y/o entidades contratantes no pueden exigir certificación de inscripción registral y vigencia de esta, debiendo requerirse directa e internamente al Registro, pero esta condición indispensable para contratar con los órganos de la Ciudad. En el Registro también se inscriben las sanciones y penalidades en las que hubieran incurrido los participantes inscriptos.

Precisamente, el art. 77 de la ley 2095 prescribe: "Todos los procesos de compras, ventas y contrataciones que efectúen los órganos contratantes comprendidos en la presente ley, deben realizarse utilizando los sistemas electrónicos o digitales que establezca el Órgano Rector, abarcando todas las instancias y actos administrativos del proceso, los que contendrán como mínimo la cotización, licitación, contratación, adjudicación y despacho de materiales y servicios en proceso de compra y/o contratación. Los documentos digitales tendrán el mismo valor legal que los documentos en soporte papel y son considerados como medio de prueba de la información contenida. La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones informatizadas".

La modernidad e innovación de la ley 2095 marcó un hito en la legislación argentina sobre compras y contrataciones públicas y fue reglamentada teniendo en cuenta la experiencia de la Dirección General de Compras y Contrataciones del Ministerio de Economía y Finanzas del GCABA y propiciando la incorporación de las

(75) Ley 2095 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Ley/Ley_2095_Texto_Consolidado_por_Ley_6588.pdf.

nuevas modalidades y pautas tendientes a brindar agilidad en los procedimientos electrónicos y con ello eficacia y economía en las respectivas contrataciones. Además, posteriormente, la sanción de la ley 6376 de Estímulo al Desarrollo Social y Económico a través de Políticas de Incentivos para el Fortalecimiento de las Actividades de las Unidades Productivas de la Economía Social y la ley 6379, de Libertad de Elección, Libre Concurrencia en los Procesos de Selección a Partir de la Remoción de Barreras de Entrada, la No Cartelización y la Adopción de Políticas Procompetitivas obligó al Gobierno porteño a emitir el dec. 129/2023 (76), reglamentario de la ley 2095.

El mencionado decreto establece en el art. 77 la informatización de las contrataciones, especificando que el Sistema Buenos Aires Compras “BAC” “...garantiza la neutralidad, seguridad, confidencialidad e identidad de los usuarios y se basa en estándares públicos e interoperables que permiten el respaldo de su información y el registro de operaciones”.

La contratación pública electrónica como parte del gobierno digital posee una amplia gama de beneficios que se traducen en mejoras concretas derivadas de una mejor gestión pública, una mayor participación ciudadana y una democrática inclusión de oferentes y contratistas, la eficiencia en la automatización del proceso, la disminución del precio de la adquisición por vía de reducción en el costo de transacción, una mayor transparencia en la toma de decisiones, la reducción de prácticas colusivas, mayor calidad en la adquisición de obras y servicios y, finalmente, la mayor responsabilidad y *accountability* que genera el gobierno electrónico aparecerá en la forma de identificación de fugas ilícitas de recursos públicos a través de adquisiciones y contrataciones que reportan un detrimento patrimonial (77).

(76) Decreto 129/2023 <https://www.buenosaires-compras.gob.ar/Repositorio/Decretos/Decreto%20N%C2%B0129-23.pdf>.

(77) SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo - LAGUADO GIRALDO, Roberto, “Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina, Bases conceptuales, Modelo Legal, Indicadores, Parámetros de Interoperabilidad”, Naciones Unidas, Cepal/Unión Europea, Santiago de Chile, 2007, p. 28.

VIII. La ley 6647 de Sustentabilidad Social de las Contrataciones Públicas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la Ciudad, la reciente sanción de la ley 6647 (78), incorpora criterios de contratación socialmente responsables a la ley 2095 de Compras y Contrataciones porteña, la cual va más allá de la mera reglamentación del procedimiento de contratación de bienes y servicios para el abastecimiento estatal y la protección del ambiente, ya que se enmarca en un amplio “principio de sustentabilidad”. Así, se agrega una finalidad específica vinculada con los criterios sociales para minimizar las desigualdades y las vulnerabilidades en la cual se ven inmersos amplios sectores de la población y que requieren de la acción del Estado para lograr su inclusión plena en el mercado productivo y del trabajo.

En esta realidad, se modifica el “principio de sustentabilidad” contenido en el inc. 9 del art. 7° de la ley 2095, indicando que las contrataciones y las adquisiciones públicas deben contener políticas de inclusión de mujeres, personas con discapacidad, personas mayores y personas humanas o jurídicas, en los siguientes términos:

“Se impulsará la incorporación de políticas de inclusión de mujeres, personas con discapacidad, personas mayores y personas humanas o jurídicas que hayan obtenido certificados o sellos que respondan a criterios sociales”.

Además, se incorpora en relación con las funciones del Órgano Rector la siguiente:

“Recomendar criterios generales y/o específicos de sustentabilidad y promover la contratación de empresas que empleen mujeres, personas con discapacidad, personas mayores y personas humanas o jurídicas que hayan obtenido certificados o sellos, que respondan a criterios de sustentabilidad social”.

Así, en este marco los oferentes que cumplan con los criterios en relación con el principio de

(78) Ley 6647 <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/670912#:~:text=LEY%206647%202023%20S%C3%ADntesis%3A%20MODIFICACI%C3%B3N%20DE%20LEY%202095,LAS%20OFERTAS%20-%20LEY%20DE%20COMPRAS%20Y%20CONTRATACIONES>.

sustentabilidad social tendrán el siguiente tratamiento:

“Los oferentes que cumplan con los criterios en relación con el principio de sustentabilidad social, tendrán un margen a favor de hasta el 5% en el valor ofertado respecto de los restantes oferentes, cuando el criterio de selección recaiga únicamente en el precio. Cuando se utilice otro criterio de ponderación, el Órgano Rector en conjunto con cada organismo competente, establecerán los criterios a adoptar”.

IX. La plataforma “Buenos Aires Compra - BAC y Buenos Aires Obras - BACO”

En el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la ley 3304 permitió avanzar decididamente en la creación del sistema informático “Buenos Aires Compras - BAC” (79), que es la plataforma de gestión digital de las compras y las contrataciones que llevan adelante las entidades gubernamentales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, permitiendo la participación de los compradores, los proveedores y la comunidad, de forma ágil, transparente y segura.

La primera reglamentación de las contrataciones gubernamentales electrónicas, bajo las estipulaciones del art. 83 de la ley 2095, se efectuó en el año 2009, con el dictado del dec. 1145/2009, que creó el primer Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del GCABA, con alcance a todas las jurisdicciones del Sector Público de la Ciudad, el cual fue derogado y en la actualidad se encuentra reglamentado por el dec. 129/2023.

Los cambios surgidos de estos instrumentos legales han sido totalmente innovadores, ya que se pasó del histórico expediente en soporte papel al formato digital, que funciona con múltiples usuarios que poseen diferentes perfiles y en forma totalmente automática para: la generación de documentación, el acta de apertura de sobres, el dictamen de evaluación de ofertas, etc. Además, se encuentra íntimamente vinculado con el Expediente Electrónico “EE”, el Sistema de Administración de Documentos Electrónicos “SADE”, el Generador de Docu-

mentos Electrónicos Oficiales “GEDO”, el Sistema de Administración Financiera “SIGAF” y el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “BOCABA” (80).

Estos sistemas permitieron la modernización de la Administración pública local, circunstancia que posibilitó la informatización de los trámites, las actuaciones, los procedimientos y las contrataciones, destacándose, entre otras, la incorporación gradual de diferentes áreas al sistema transaccional de contrataciones electrónicas a través del portal www.buenosairescompras.gob.ar de acceso público y gratuito, donde el GCABA publica sus llamados y efectúa los procesos de contratación de bienes y servicios.

Actualmente, un conjunto de normas establece las directivas para la implementación de las compras y las contrataciones electrónicas en el sector público del GCABA, las cuales se encuentran alojadas en la plataforma <https://www.buenosairescompras.gob.ar/normativa.aspx>.

Entre ellas, encontramos: la ley 2095 de Compras y Contrataciones del GCABA, su reglamentación por el dec. 123/2023; la res. 424/MHGC/13 (81), que estableció que a partir del 1° de agosto de 2013 todas las adquisiciones y contrataciones regidas por la ley 2095 que realicen las jurisdicciones dependientes del Poder Ejecutivo se deben concretar por el sistema “Buenos Aires Compra - BAC”; la res. 607/MHGC/13 (82), por la cual se dispone que las solicitudes de excepción a lo dispuesto por la res. 424/MHGC/13, quedan sujetas al trámite especial que establezca la Dirección General de Compras y Contrataciones; la Disposición 210/2023 (83), del Procedimiento para

(80) FERRERO, Genoveva, “La contratación pública electrónica y la gobernanza digital: La implementación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, La Ley, Buenos Aires, 2022, 1ª edición, ISBN 978-987-03-4446-9, E-book <https://tienda.thomsonreuters.com.ar/>.

(81) Res. 424/MHGC/2013 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Resoluciones/RES_424-13.pdf.

(82) Res. 607/2013 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Resoluciones/RES_607-13.pdf.

(83) Disp. 210/2023 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/Disposicion_210-GCABA-DGCYC-2023.pdf.

(79) Buenos Aires Compras — BAC <https://www.buenosairescompras.gob.ar/>.

la Solicitud de Excepción al BAC; la Disposición 142/2018 **(84)** de procedimiento para la solicitud de excepción Convenio Marco; la Disposición 590/2023 **(85)** de alcance de la funcionalidad del BAC; la Disposición 73/2021 **(86)** que aprueba la Guía de Uso para el Convenio Marco de Pasajes; la Disposición 603/2022 **(87)** de aprobación de las Guías de Recomendaciones del BAC; la Disposición 720/2023 **(88)** que aprueba la Guía de Uso para el uso del Convenio Marco de adquisición de materiales eléctricos y luminarias; la Disposición 333/2023 **(89)** que aprueba el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales; la res. 9/2011 **(90)** del Procedimiento para la contratación bajo la modalidad de Convenio Marco de Compra; la res. 12/2011 **(91)** del Procedimiento para la contratación bajo la modalidad de Subasta Inversa Electrónica; entre otras.

El “BAC” se encuentra integrado con los módulos: Generador de Documentos Electrónicos (GEDO), Expediente Electrónico (EE) y Gestor Único de Proveedores (GUP) del Sistema de Administración de Documentos Electrónicos.

(84) Res. 142/2018 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/Disposicion_142-DGCYC-18.pdf.

(85) Disp. 590/2023 <https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/DisposicionC3%B3n%20N%C2%B020590-GCABA-DGCYC-2023.pdf>.

(86) Disp. 73/2021 <https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/DI-2021-73-GCABA-DGCYC.pdf>.

(87) Disp. 603/2022 <https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/DI-2022-603-GCABA-DGCYC.pdf>.

(88) Disp. 720/2023 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/Disposicion_720-DGCYC-2023.pdf.

(89) Disp. 333/2023 <https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Disposiciones/DisposicionC3%B3n%20N%C2%B020333-GCABA-DGCYC-2023.pdf>.

(90) Res. 9/2011 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Resoluciones/Resolucion_9-MHGC-MJGGC-SECLYT-11.pdf.

(91) Res. 12/2011 https://www.buenosairescompras.gob.ar/Repositorio/Resoluciones/Resolucion_12-MHGC-MJGGC-SECLYT-11.pdf.

cos (SADE), lo cual permite la unificación de las funcionalidades electrónicamente. En tanto, los procedimientos contemplados son los siguientes: Licitación Pública, Licitación Privada, Concurso Público, Concurso Privado, Contratación Directa: incisos: 1) razones de urgencia, 2) prestaciones de salud y/o programas sociales, 3) reiteración del llamado por uno anterior desierto o fracasado, 4) especialidad, 5) exclusividad, 6) reposición o complementación de bienes o servicios accesorios, 7) compras o locaciones en el extranjero 8) escasez o desabastecimiento en el mercado local, 9) reparación de maquinarias, vehículos, equipos o motores, 10) contratos para la adquisición de bienes o prestación de servicios que celebren las jurisdicciones y entidades del GCABA entre sí o con organismos provinciales, municipales, nacionales y universidades y 11) la locación o adquisición de inmuebles, y contratación menor.

En el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la característica más destacada del proceso de contrataciones públicas electrónicas se puede resumir en seis pasos, y afirmar que la totalidad del procedimiento tramita virtualmente y transcurre en la plataforma web. Así, los operadores del sistema abren y cierran los procesos en forma automática y existen alertas tempranas que avisan a los usuarios el estado en que se encuentra el avance del proceso de compra y contratación.

Los seis pasos más notorios son los siguientes:

i. Todos los pliegos después de ser aprobados y autorizados se publican en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la página web oficial del organismo contratante y en el portal web “Buenos Aires Compras - BAC”. El sistema envía, automáticamente, notificación a los domicilios electrónicos constituidos de los interesados que se hayan inscripto en el rubro o en el objeto de la contratación. También, se pone a disposición en el portal web para su descarga digital.

ii. Las ofertas se presentan en el portal web y toda la documentación se adjunta en formato digital. Las ofertas se validan electrónicamente por el usuario que se encuentra legitimado para tal fin. El usuario legitimado que confirma la oferta y le otorga validez a todos los documen-

tos que forman parte de esta, sin importar que estén firmados por él.

iii. El acto de apertura de la oferta se efectúa a través del sistema electrónico el día y hora establecida oportunamente, generando, en forma electrónica y automática el acta de apertura de la oferta.

iv. La evaluación se realiza en el mismo sistema y el Dictamen de Evaluación de Ofertas se publica en el portal web y es comunicado a todos los oferentes a través del sistema en forma electrónica y automática.

v. El Acto Administrativo de Adjudicación de la oferta se notifica automáticamente a través del sistema al adjudicatario y al resto de los oferentes.

vi. El contrato se perfecciona con la recepción en el sistema de la Orden de Compra.

Calos E. Delpiazzo (92), en “Contratación pública electrónica en Europa y América Latina”, expresa que las nuevas tecnologías de la comunicación y la información constituyen una realidad que transforma el sector público con la convergencia de las plataformas informáticas, las telecomunicaciones y el derecho administrativo; los cuales amalgamados transforman la administración estatal tradicional migrando hacia nuevos paradigmas, entre ellos las contrataciones públicas electrónicas.

Con la sanción de la ley 6246 (93) de Obras Públicas se puso en funcionamiento el portal “Buenos Aires Obras - BA Obras” (94), reglamentada por el dec. 60/2021 (95). La mencionada Ley de Obras Públicas en el art. 19 hace referencia

específica a las contrataciones electrónicas, señalando: “Contrataciones electrónicas. Los contratos de obra pública comprendidos en esta ley se contratarán y ejecutarán mediante el sistema de contrataciones electrónicas que apruebe el órgano rector. La reglamentación establecerá las normas y procedimientos aplicables para la contratación y gestión electrónica del contrato, estableciendo los documentos que puedan o deban presentarse en forma física, y en forma encriptada. Se deben arbitrar los mecanismos tendientes a garantizar la reserva y la imposibilidad de acceder o modificar la oferta. El órgano rector, al momento de aprobar el sistema de contrataciones electrónicas, tendrá en cuenta la implementación de un sistema integrado en todas las etapas de la contratación que deban realizarse mediante el sistema, el que deberá ser abierto y de fácil comprensión para la ciudadanía conforme lo establecido en el art. 97 de la presente ley. Sus bases de datos se publicarán con actualización permanente y en formato de datos abiertos”.

Los sistemas de contratación pública robustos están asentados en varios pilares fundamentales, entre ellos: la transparencia, la concurrencia, la publicidad, la sostenibilidad, la digitalización de la información y los recursos humanos altamente capacitados. La conjunción de estos pilares permite la optimización de los recursos públicos, la eficiencia de las operaciones, la reducción de los trámites costosos, la transparencia en la gestión, el incremento la competencia y la rapidez de los procedimientos, entre otros.

X. El sistema “Justicia Compra - JUC y Justicia Contratación de Obras - JUCO” en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (excluido el TSJ y el Ministerio Público)

Hacia mediados de junio del 2020 la Secretaría de Administración General y Presupuesto del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires decidió incorporar soluciones tecnológicas avanzadas en el Poder Judicial porteño, instrumentando la utilización de las TIC para la gestión, la administración y las contrataciones públicas; desarrollando para ello plataformas digitales integradas acorde con las necesidades operativas y compatibilizando los sistemas para lograr su interoperabilidad.

(92) DELPIAZZO, Carlos, “Contratación Pública Electrónica en Europa y América Latina”, Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo, N° 66, 2011, p. 147. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085268>.

(93) Ley 6246 <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/499294>.

(94) Buenos Aires Obras - BA Obras <https://buenosairesobras.dguiaf-gcba.gov.ar/>.

(95) Decreto 60/2021 <https://boletinoficialpdf.buenosaires.gob.ar/util/imagen.php?idn=542133&idf=1>.

Teniendo en cuenta el “principio de la vía electrónica” contenido en la ley 2095 y, como eje fundamental, la exitosa instrumentación del sistema “BAC” de contratación pública en el Poder Ejecutivo del GCBA, la Secretaría de Administración General y Presupuesto se abocó a la actualización de la reglamentación de la ley 2095, en el marco de una reingeniería de procesos, a efectos de actualizar los procedimientos administrativos de contratación y optimizar la heterogeneidad de los objetivos de gestión del Poder Judicial porteño.

Comprometido con estos lineamientos el Plenario de Consejo de la Magistratura emitió la res. CM 276/2020 **(96)**, consistente en un nuevo Régimen de Compras y Contrataciones del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con exclusión del Tribunal Superior de Justicia y las contrataciones propias que realice individualmente cada rama del Ministerio Público, en tanto no excedan las quinientas mil (500.000) Unidades de Compra.

En esta inteligencia la Secretaría de Administración General y Presupuesto propuso al mencionado Plenario firmar un Convenio con el Ministerio de Hacienda y Finanzas del GCABA, con el objeto obtener el permiso de uso del sistema informático “Buenos Aires Compra - BAC”, entre otros módulos, como el Sistema Meta 4 (Embargos, Licencias, Planta Orgánica y Medicina Laboral) para su instalación y utilización en el Poder Judicial local, el cual se aprobó mediante la res. CM 6/2021 **(97)**.

El mencionado Convenio autorizó al Consejo de la Magistratura a contar con este sistema informático en forma gratuita, intransferible y a perpetuidad para su implementación institucional, que comprende el acceso al Catálogo de Bienes y Servicios y al Registro de Proveedores del GCABA. Esta incorporación permitió optimizar la gestión administrativa de los procedimientos de contrataciones públicas, constituyéndose en una herramienta útil para la gestión de recursos,

gastos, administración, transparencia y difusión de los procesos de compras, permitiendo impulsar políticas de desarrollo e innovación para la transformación y modernización de la administración judicial, con el objetivo de fortalecer las capacidades operativas y elevar la calidad, eficacia y eficiencia del organismo.

Atento a ello, el Plenario del Consejo de la Magistratura mediante la res. CM 2/022 **(98)** aprobó el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con exclusión del Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio Público, denominado: “Justicia Compra (JUC)”, disponiendo la utilización de los manuales operativos necesarios para los diferentes procedimientos contractuales: licitación pública, contratación directa, contratación menor, orden de compra abierta y el manual de proveedores.

El mencionado Convenio para la utilización del sistema “Buenos Aires Compras - BAC” incluyó la documentación técnica y funcional existente y facilitó la instalación, operación y asistencia técnica del sistema, además de disponer la conformación de un equipo de trabajo específico para llevar a cabo su implementación. En tanto, mediante la res. SAGyP 30/2021 **(99)** se aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para la Contratación de Bienes y Servicios.

En este marco, la Secretaría de Administración General y Presupuesto del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementó el sistema “Justicia Compra - JUC” en el sitio: <https://juc.jusbaires.gob.ar/> para realizar de manera electrónica las compras y contrataciones, promoviendo la competencia, la transparencia, la participación y garantizando la seguridad jurídica.

El Sistema Electrónico de Adquisiciones “Justicia Compra - JUC” centraliza las solicitudes de

(96) CMCABA, res. CM 276/2020 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/transparencia/juc-justicia-compra/normativa/?doc=BDB09DEAC622E3E3C1DBC2E2D8F6533E>.

(97) CMCABA, res. CM 6/2021 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/552A725FAB913FB1C9E15DBC360E711F>

(98) Res. 2/2022 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/documentacion/resoluciones-centro-de-documentacion/?doc=C3B5A09FC3422EC425AF6B0C5022128E>.

(99) Res. SAGyP 30/2021 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/transparencia/juc-justicia-compra/normativa/?doc=3DC8ED5FA9104CED603ADF16D7841E88>.

bienes y de servicios que elabora la Dirección General de Compras y Contrataciones del Consejo de la Magistratura porteño y se ubica en el portal del organismo <https://consejo.jusbaires.gob.ar/index>, en el cual se puede acceder a toda la información de carácter público referida a los llamados, a las preadjudicaciones, a las adjudicaciones, a las normativas y a las disposiciones.

Además, se incorporó al sitio web del Consejo de la Magistratura el Manual para la Carga de Oferta de los Proveedores en el sitio https://consejo.jusbaires.gob.ar/cache/docs/Manual_de_Carga_para_Proveedores.pdf en el que se describen todos los procedimientos administrativos vinculados con el “JUC”, para que los proveedores que quieran participar en los procesos de contratación se registren en el Registro Informatizado Único y Permanente de Proveedores (RIUPP) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el sitio <https://www.buenosaires.gob.ar/haciendayfinanzas/compras/riupp>. Así, los usuarios de “JUC” reciben las notificaciones automáticas y pueden hacer el seguimiento de sus operaciones.

Más adelante, teniendo en cuenta la sanción de la ley 6246 (100) de Obra Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que entró en vigencia el 1° de marzo de 2021 y el dec. regl. 60/2021, que determinan que las obras públicas se deben contratar y ejecutar mediante el sistema de contrataciones electrónicas, el Consejo de la Magistratura porteño firmó una Adenda al Convenio anteriormente mencionado, por el cual el GCABA otorgó en forma gratuita, intransferible y a perpetuidad el permiso de uso del sistema informático “BA - OBRAS”, para su implementación en este organismo judicial, junto con el acceso al Registro de Contratistas de Obra Pública del GCABA.

En esta realidad, el Plenario del Consejo de la Magistratura a través de la res. CM 128/2021 (101) emitió la reglamentación de la Ley 6246 del Régimen de Contrataciones de Obra Pública, para las contrataciones de obras

públicas del Poder Judicial local, con la excepción del Tribunal Superior de Justicia y las contrataciones propias que realice individualmente cada rama del Ministerio Público, en tanto no excedan las quinientas mil (500.000) Unidades de Compra, y todo otro sujeto no excluido expresamente.

Además, para su instrumentación se desarrolló el sistema “Justicia Contratación de Obras - JUCO”, como el lugar virtual donde tramitan las contrataciones judiciales relacionadas con las obras públicas: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/transparencia/juc-justicia-compra/> En tanto, mediante la res. SAGyP 134/2022 (102) se publicó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las Contrataciones de Obras Públicas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

XI. Conclusión

El desarrollo de sistema de compras y contrataciones electrónicas constituye un sustancial avance por parte del Estado en la implementación del Gobierno Abierto y la gobernanza digital, garantizando transparencia, participación y, particularmente, confianza por parte de los ciudadanos en la actuación de los gestores públicos.

La aplicación de las TIC en las gestiones gubernamentales ha avanzado a una velocidad exponencial y su impacto en las instituciones, tanto públicas como privadas, es innegable. Sin embargo, en la actualidad, solo 8 provincias Argentina utilizan plataformas digitales para las compras y contrataciones públicas y las demás jurisdicciones cuentan con diferentes grados de desarrollo y disímil grado de implementación (103).

El sector público se encuentra inmerso en el desafío de modernizar sus servicios y adaptar su cultura organizacional a los retos de la sociedad

(100) Ley 6246 <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/499294>.

(101) Res. CM 128/2021 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/transparencia/juc-justicia-compra/normativa/?doc=DDC1C6299BE768F50D9ED444A833D93E>

(102) Res. SAGyP 134/2022 <https://consejo.jusbaires.gob.ar/transparencia/juc-justicia-compra/normativa/?doc=25811758FDFDE1B8058772DF778B171>

(103) TANNO, Natalia, “La Contratación Pública Digital” <https://fiscalia.chubut.gov.ar/wp-content/uploads/2023/05/TANNO-La-contratacion-publica-digital.pdf>.

del siglo XXI. El Estado para integrarse a esta realidad necesita innovar y brindar servicios digitales de alta calidad, acorde a los requerimientos de proximidad, transparencia y eficiencia que emanan del paradigma del gobierno abierto, y articulando los mecanismos de buena gobernanza para reducir la brecha digital y la crisis de confianza en las administraciones públicas, que constituyen un imperativo para mejorar la relación con la ciudadanía.

La incorporación de estas políticas, modernizan el funcionamiento de la Administración pública y optimizan la calidad de los servicios públicos, posibilitando un mayor acceso por parte de los habitantes a los asuntos de gubernamentales y facilitando el ejercicio del control efectivo de la actividad estatal.

La contratación pública celebrada por medios electrónicos minimiza sustancialmente los costos de la transacción, el plazo de búsqueda de cocontratantes abrevia la concreción de los actos administrativos y, en general, supera las barreras de espacio y tiempo, contribuyendo decididamente a la transparencia, la desmaterialización, la agilización, la simplificación y la desburocratización de los procesos de compras públicas, incrementando la participación y el control ciudadano.

Trabajos de investigación realizados por organismos internacionales, como la CEPAL, en sus análisis preliminares concluyen que la implementación de sistemas electrónicos de compras públicas produce claros beneficios derivados de la reducción del tiempo en la tramitación de la propia compra o contratación, la disminución del precio pagado y mayor transparencia **(104)**.

(104) CEPAL, "Manual de contratación pública electrónica para América Latina. Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad", SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo - LAGUADO GIRALDO, Roberto, "Naciones Unidas", CEPAL, Santiago de Chile, abril de 2007, ps. 7 y 23. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/65309fb9-ae89-40bb-9618-d6c62e046abc/content>.

La firma del Convenio de Cooperación Técnica para la implementación del sistema "Buenos Aires Compras - BAC", entre el Ministerio de Hacienda y Finanzas del GCABA y el Consejo de la Magistratura de la Ciudad tuvo como resultado la incorporación de herramientas útiles para la gestión del Poder Judicial local, impulsando políticas de desarrollo e innovación que renovaron la administración judicial porteña, fortaleciendo sus capacidades institucionales al elevar la calidad, eficacia y eficiencia de su organización.

Estos desarrollos constituyeron uno de los grandes pasos en el marco de la modernización de la Justicia de la Ciudad, bajo los criterios de la buena gobernanza y gobierno digital.

La contratación pública electrónica desarrollada en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad es un paradigma de gestión que otorga modernidad, eficiencia y transparencia en el camino de la digitalización total de Poder Judicial porteño.

Es conveniente compartir experiencias y permitir la reutilización de los softwares entre las demás reparticiones estatales (provincias, municipios, organismos públicos, etc.). Las distintas experiencias locales pueden dar soluciones y difundir las políticas de gobernanza digital en aquellos lugares donde aún no ha sido ejecutada. Además, la interoperabilidad, entendida como el intercambio de información entre organismos, se presenta como un objetivo altamente ponderable del gobierno digital por sus implicancias en la simplificación de trámites, reducción de costos y tiempos en la difusión de información.

El sistema electrónico de compras y contrataciones del Consejo de la Magistratura de la Ciudad: "Justicia Compra - JUC y Justicia Contratación de Obra - JUCO" es pionero entre los gobiernos locales de la Argentina en la implementación del sistema, el cual ha sido compartido con otras administraciones del país para que puedan adoptar estas buenas prácticas.

¿De todo laberinto se sale por arriba?

Contrataciones por tiempo determinado en la Administración pública nacional: indebido uso y respuesta jurisprudencial



Juan Manuel Núñez^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El trabajo.— III. Empleo público.— IV. Encuadre normativo.— V. La estabilidad.— VI. Exclusiones del derecho a la estabilidad: la contratación por tiempo determinado.— VII. El fraude laboral en la Administración pública.— VIII. Análisis argumental de la CS.— IX. Derecho público administrativo vs. derecho privado laboral.— X. La solución brindada por la CS: indemnización en el marco del régimen de disponibilidad.— XI. La analogía: ¿es procedente su utilización?— XII. Pensamientos.— XIII. Conclusión.

I. Introducción

Es misión de este abordaje elaborar un análisis sobre la problemática del uso fraudulento de figuras contractuales por parte de la administración pública, al momento de incorporar y mantener personas en sus planteles laborales con apariencia de transitoriedad, encubriendo de ese modo reales situaciones donde se prestan labores propias de las que deben ofrecer los trabajadores de planta permanente.

Ello, a través del uso de figuras contractuales como la locación de servicios, o la locación de

obra, como artilugios fraudulentos que muchas veces encubren reales relaciones de empleo público.

Se ponderará especialmente la contienda que se suscita ante la extinción de tales vínculos y el encuadre normativo que merece, a fin de determinar las consecuencias jurídicas.

Para ello partiré de una mirada comprensiva del vínculo de empleo público, entre los particulares y el Estado. Se abordarán sus notas características, con énfasis en los aspectos que lo distingue y la protección que el derecho positivo le ha reconocido.

Desde luego, también se distinguirá la relación de empleo público de la de empleo privado, poniendo de relieve sus aspectos más disonan-

(*) Abogado (UBA), especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la CABA.

tes. Una vez establecido el marco teórico de lo antedicho se expondrá el reconocimiento normativo que en lo sustancial defina a cada uno de tales vínculos.

Establecido ello se abordará la temática principal referida al *fraudulento uso de figuras contractuales* mediante las cuales se elude el reconocimiento de relaciones de empleo público. Precisaré las consecuencias litigiosas de tal obrar, las peticiones que según la experiencia se han formulado y principalmente la respuesta jurisprudencial ante ello.

Lo dicho, obviamente, sopesando principalmente la jurisprudencia elaborada por la CS hasta la solución brindada en el fallo “Ramos”, replicada y mantenida hasta el presente.

En paralelo, habré de focalizar la problemática desde la óptica local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el desarrollo jurisprudencial obrado sobre la cuestión con las novedades que propone.

Trazada esa línea, observaré críticamente las decisiones jurisdiccionales, principalmente la relativa a la CS y esbozaré la posibilidad de nuevas alternativas.

Con tal objetivo, exhibiré la problemática que campea en el asunto acerca de las lagunas del derecho y el modo de superarlas, particularmente con el uso de la analogía como herramienta de hermenéutica normativa, si fuere necesario, entre áreas del derecho que en algunos aspectos lucen discordantes: el derecho público administrativo y derecho privado laboral.

Del mismo modo analizaré la utilidad de los principios generales del derecho, más precisamente del derecho laboral y su eventual aplicación a las relaciones de empleo público como guías integradoras que inviten a arribar a la solución jurídicamente más acorde a la problemática del fraude laboral.

II. El trabajo

Resulta necesario comenzar estas líneas delimitando qué se entiende por trabajo humano y por trabajador.

En un sentido amplio, se ha comprendido que trabajo humano abarca cualquier actividad desarrollada por una persona, mediante su esfuerzo físico o mental, destinada a la producción de bienes o servicios y con el fin de modificar o transformar la realidad existente (1).

Más precisamente en el ámbito del derecho laboral el concepto se restringe a toda actividad prestada por una persona a otra, ya sea física o jurídica, a cambio de una remuneración. Es decir, la zona del razonamiento jurídico laboral limita el alcance del concepto de trabajo al que se preste bajo una relación de dependencia. Por el contrario, no estará alcanzado por ese ámbito de protección jurídica aquel trabajo que se preste autónomamente, prescindiendo de la subordinación de una persona que presta un servicio en favor de otra que lo requiere, con las notas características que luego explicaré.

Ahora bien, cuando de trabajo hablamos casi intuitivamente, ya sea por nuestra profesionalización o por visualizar una consolidada división, se distingue el empleo privado del empleo público. La principal razón de tal distingo yacerá en el carácter privado o público que ostente el empleador que procurará servirse de las tareas que preste el empleado. En términos genéricos mientras el empleador se trate de una persona humana (2) o de una persona jurídica privada (3), se estará en presencia de una relación de empleo privado. Ahora bien, cuando el empleador sea una persona jurídica pública (4) podremos considerar que, en principio, se trata de una relación de empleo público.

De ese modo el Estado, en su esfera nacional, provincial y municipal, puede ser sujeto del derecho del trabajo como empleador cuando asume tal carácter en las relaciones regidas por las normas laborales (5).

(1) GRISOLÍA, Julio Armando, “Tratado de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Abeledo Perrot, 2013, T. 1, p. 1.

(2) Conf. art. 19 y cc. del Cód. Civ. y Com.

(3) Conf. art. 148 y cc. del Cód. Civ. y Com.

(4) Conf. art. 146 y cc. del Cód. Civ. y Com.

(5) GRISOLÍA, Julio Armando, ob. cit., p. 359.

III. Empleo público

Como se ha adelantado, entre otras funciones, el Estado actúa como empleador cuando se abastece del servicio que prestan diferentes personas para la realización concreta de los fines que aquel persigue.

En un principio, no puede ignorarse que el art. 14 de la CN prevé que “[e]l trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”. Partiendo de ello, se sostuvo que las características esenciales del empleo público no presentan diferencias significativas respecto de las que se darían en una relación laboral privada, ya que el empleado público está subordinado jerárquicamente a su empleador, siguiendo sus órdenes y directrices, y ha sido integrado a una organización que no le pertenece, con el propósito de entregar el fruto de su esfuerzo personal a cambio de una compensación económica (6). Bajo tal premisa el empleado público en su esencia no deja de ser un empleado en relación de dependencia respecto de la administración, razón por la cual compartirá la protección que gran parte del plexo normativo reconoce a todos los trabajadores.

Lo dicho no implica ignorar que desde luego el Estado es un empleador diferente al privado. Al respecto, la doctrina ha destacado ciertas particularidades que distinguen al Estado en su faz de empleador (7), en comparación a los privados: a) amplitud y segmentación de la administración pública, lo que genera una constante tensión entre procesos de centralización y descentralización, así como conflictos entre sus diversos órganos en lo relacionado con la gestión de personal; b) interrelación entre política y administración, dado el carácter político del órgano superior en materia de recursos humanos; c) procedimientos fuertemente regulados, con facultades y controles estrictos que, en muchos casos, llevan a una burocratización de sus actividades; entre otras.

Los aspectos apuntados que particularizan al Estado en su rol de empleador han conllevado

un intenso debate acerca de la naturaleza jurídica que lo vincula con los trabajadores que en su contexto desempeñan funciones. En ese sentido, desde la perspectiva del trabajador se han ensayado distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica que lo vincula con su empleador, amén de las particularidades que reviste a este último y los fines que persigue.

III.1. Relación estatutaria

Por un lado, se ha concebido a la relación entre Estado y empleado como un vínculo estatutario o reglamentario, que no implicaría en sí emplear a un sujeto subordinándolo laboralmente, sino asignarle un nombramiento mediante acto administrativo por parte de la autoridad competente.

Con relación a ello se ha precisado que en este ámbito debería incluirse la postura que afirma que la relación de empleo público surge de un acto jurídico bilateral en su origen, donde la voluntad del agente tiene relevancia, aunque no al punto de configurar un contrato. Así, esta relación se encuadra dentro de una situación de carácter estatutario, que la Administración puede alterar de manera discrecional (8).

De tal modo, el vínculo entre Estado y empleado no encontraría su eje en un acuerdo de voluntades pactado contractualmente, sino en una designación que el primero realiza a fin de valerse de la actividad que le requiere al segundo.

III.2. Relación contractual

Otro sector de la doctrina predica que el vínculo en cuestión se trata de una relación contractual, ubicada en el género de los contratos administrativos.

Se ha razonado así que los argumentos utilizados para sostener que la relación de empleo público no constituye un contrato administrativo suelen basarse en una visión preconcebida sobre lo que implica tal figura. Si, por ejemplo, se considera que un contrato solo existe cuando ambas partes son jurídicamente iguales, es evidente que esta relación no sería contractual,

(6) GRISOLÍA, Julio Armando, ob. cit., p. 413.

(7) ACKERMAN, Mario E., “Los contratados de la Administración pública, la jurisprudencia de la Corte Suprema y los principios del derecho del trabajo”, La Ley, cita online DT, 1998-B, 2373.

(8) GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional”, CABA, Abeledo Perrot, 2016, p. 3.

dado que el servidor público está en una situación de subordinación frente a la administración. No obstante, si se acepta que en el contrato administrativo puede existir cierta subordinación, entonces dicho argumento no es válido para negar a esta relación tal calificación (9).

III.3. Relación jurídica o sujeción a principios constitucionales y legales especiales

Con el objetivo de superar aquella dicotomía en cuanto a la naturaleza del vínculo que une al Estado con los trabajadores de los que se vale, se ha enfatizado en una noción más amplia basada en los principios que brinda el bloque de constitucionalidad, con eje en la protección integral de los trabajadores sin desatender el interés público involucrado en el ejercicio de la función (10), estimando que resulta inocua la referencia a criterios contractuales o estatutarios.

No implica ello desconocer el necesario acuerdo de voluntades evocado por las nociones contractualistas, ni ignorar la sustancia administrativa de la vinculación con la notable inferencia de los estatutos, sino que lo que se pondera es una visión pragmática que comprenda la relación de empleo público en su complejidad, desde el aspecto estático y dinámico, con miras en la protección de los agentes y el interés público de la sociedad.

IV. Encuadre normativo

En cuanto a la regulación del empleo público no debe soslayarse que, tal como se ha mencionado, la Constitución Nacional es comprensiva de la protección reconocida tanto al empleo público como al privado, al prever en el art. 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”.

Por otro lado, es la ley 25.164 —*Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional*— la que sienta las pautas señeras en la materia.

(9) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, t. 1, cap. XIII-23, de consulta pública en https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIII.pdf.

(10) IVANEGA, Mirian Mabel, “Empleo público”, As-trea, CABA, 2019, p. 102.

A su vez, no obstante, no ser materia de principal abordaje en el presente, en el análisis de los preceptos de la mencionada ley no puede ignorarse la ley 24.185, por conducto de la cual se reglan las convenciones colectivas de trabajo que se celebren entre la Administración pública nacional y sus empleados. Tanto es así que el art. 1° de la ley 25.164 prevé que a relación de empleo público se encuentra regida por los principios generales establecidos en esta ley, los cuales deben ser observados y respetados en las negociaciones colectivas que se realicen conforme al marco normativo de la ley 24.185.

En lo que en esta oportunidad interesa el art. 4° de la ley 25.164 precisa las condiciones de ingreso como empleado a la Administración pública nacional. Son por ejemplo ser argentino, reunir condiciones de conducta e idoneidad que exija la reglamentación y demostrar aptitud psicofísica para el cargo que se aspire.

De suma relevancia son las normas contenidas en el capítulo tercero de la ley en cuestión. Por un lado, el art. 7° detalla que el personal podrá desempeñarse bajo el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores. Seguidamente el art. 8° reza que el régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan.

Por otra parte, el art. 9° establece que el régimen de contratación de personal por tiempo determinado abarcará únicamente la prestación de servicios que sean de naturaleza transitoria o estacional, que no formen parte de las funciones correspondientes al régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por el personal de planta permanente.

Finalmente, conviene tener presente la transcripción completa del art. 11 de la ley 25.164: “El personal alcanzado por el régimen de estabilidad que resulte afectado por medidas de reestructuración que comporten la supresión de organismos, dependencias o de las funciones asignadas a las mismas, con la eliminación de los respectivos cargos, será reubicado en las condiciones reglamentarias que se establezcan. A este objeto se garantizará la incorporación del agente afectado para ocupar cargos vacantes.

Asimismo, en los convenios colectivos de trabajo se preverán acciones de reconversión laboral que permitan al agente insertarse en dichos cargos. // En el supuesto de no concretarse la reubicación, el agente quedará en situación de disponibilidad. // El período de disponibilidad se asignará según la antigüedad del trabajador, no pudiendo ser menor a seis [6] meses ni mayor a doce [12] meses. // Si durante el período de disponibilidad se produjeran vacantes en la Administración Pública Central y Organismos descentralizados, deberá priorizarse el trabajador que se encuentre en situación de disponibilidad para la cobertura de dichas vacantes. // Vencido el término de la disponibilidad, sin que haya sido reubicado, o en el caso que el agente rehusare el ofrecimiento de ocupar un cargo o no existieran vacantes, se producirá la baja, generándose el derecho a percibir una indemnización igual a un [1] mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres 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 este 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”.

V. La estabilidad

Mención aparte merece la llamada *estabilidad del empleado público*.

Es notable la diferencia trazada por el Poder Constituyente al prever en el art. 14 *bis* que, entre otros derechos, se asegurará al trabajador una “protección contra el despido arbitrario” y al mismo tiempo se garantizará la “estabilidad del empleado público”.

Bajo tales premisas se han delineado doctrinariamente dos categorías respecto a la estabilidad del trabajador: la propia o absoluta y la impropia o relativa.

La primera de ellas, la llamada estabilidad propia, privará al empleador de incurrir en despidos arbitrarios, encontrándose habilitado a hacerlo solo en los casos en que la ley lo permita

y con la debida explicitación de las causas y motivos que mueven a tal decisión (11).

Desde otro ángulo, la estabilidad impropia o relativa no veda la posibilidad de interrumpir definitivamente el vínculo laboral, pero conllevará el deber de indemnizar al trabajador en los casos en que el distracto haya sido inmotivado.

Con toda lógica, así diseñada la estabilidad del empleo público no se exhibe como una ocurrencia antojadiza del constituyente ni del cuerpo legislativo, sino como una garantía en favor del trabajador que integra determinado sector del plantel estatal, al no verse privado de su condición por arbitrarias razones políticas ante los cambios de conducción en la gestión. Al mismo tiempo, trasunta en la sana y coherente labor estatal, puesto que facilita la fluidez de la actividad pública el contar con una herramienta para conservar a las personas que yacen en algunos de sus ámbitos de decisión y ejecución, claves en el engranaje gubernamental cotidiano.

Tanto así que se ha estimado que “la estabilidad es un componente básico, esencial de la carrera administrativa” (12).

No obstante, sabido es que conforme el texto constitucional los derechos allí reconocidos no pueden ser ejercidos sino de acuerdo con las leyes de que los reglamentan. Pues como se ha afirmado *estos postulados no son absolutos y puede ser razonablemente reglamentos*, excluyendo de la estabilidad propia del empleo público a aquellos que ejerzan funciones transitorias, o ligados a circunstancias políticas temporales (13). Desde luego que no deberá tratarse de una reglamentación arbitraria ni infundada, sino que deberá ser razonable y encontrar razón en los hechos tenidos en cuenta al momento de establecer su alcance (14).

(11) MUDA, María Elisa, “La motivación del acto administrativo como base de los principios republicanos de gobierno”, La Ley, cita online RDA 2016-108, 1094.

(12) GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), ob. cit., p. 262.

(13) ZIULU, Adolfo Gabino, “La estabilidad del empleo público en la Constitución Nacional”; en BASTONS, Jorge Luis (dir.), “Empleo Público”, Librería Editora Platense SRL, Buenos Aires, 2006, p. 91.

(14) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada”, La Ley, Buenos Ai-

Ícónica ponderación del instituto en cuestión ha sido la realizada por la CS al decidir en el fallo “Madorrán” (15): con elocuencia se ha afirmado que “[l]a consagración de la estabilidad del empleado público constituye un claro interés público en la proscripción de la arbitrariedad jerárquica o de la política partidaria en la organización burocrática estatal”.

VI. Exclusiones del derecho a la estabilidad: la contratación por tiempo determinado

Hilado con lo dicho, el legislador ha establecido que la administración acorde a sus distintas funcionalidades y necesidades se encuentra facultada para contratar personal bajo distintos regímenes que no gozarán del derecho a la estabilidad antes descripto.

Así, la ley 25.164 previó además del régimen de estabilidad, tres variantes bajo el cual puede hallarse el plantel gubernamental: designaciones *ad honorem*, planta de gabinete y, en lo que ahora convoca, la contratación por tiempo determinado.

Este último se encuentra previsto en el art. 9° de la ley 25.164 cuyo texto establece que podrá hacerse de su uso siempre y cuando se trate de “prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales”. Exige a su vez que no sea a fin de prestar las funciones propias del régimen de carrera y que no pueda ser cubierta tal necesidad con personal de planta permanente. Establece además que el personal que sea contratado por tiempo determinado a los fines remuneratorios será equiparado a los de nivel y grado de planta permanente.

A su vez, dado el carácter transitorio de la contratación se entiende que no otorgan el derecho a la estabilidad, por lo que la contratación puede ser terminada o la designación en

res, 2015, t. I, p. 420 y ss. Ver también CS, Fallos 330:1989, del voto de la Dra. Carmen M. Argibay en cuanto remarcó que “el derecho a la estabilidad no es absoluto, puede ser limitado por las leyes que lo reglamentan y debe compaginarse con las demás cláusulas constitucionales, entre ellas las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo”.

(15) CS, Fallos, 330:1989.

la planta transitoria revocada en cualquier momento (16).

Asimismo, el art. 9° de la ley 25.164 encuentra correlato reglamentario en el dec. 1421/2002.

En efecto, el art. 9° del decreto reglamentario ratifica la posibilidad de ejercer la contratación por tiempo determinado y la designación de personal en plantas transitorias, en tanto la modalidad se sujete a ciertas condiciones.

Así, reitera lo establecido en la ley marco en cuanto al carácter exclusivo de esta modalidad de contratación para los supuestos en que se trate de actividades de carácter transitorio o estacional. De modo general encasilla las actividades de carácter transitorio en aquellas que impliquen un asesoramiento técnico especializado, o la coordinación y desarrollo integral de programas de trabajo o de proyectos especiales, o bien, más abarcativo aún, las necesarias para atender incrementos no permanentes de tareas.

Al mismo tiempo precisa que cuando la tarea a encomendar se circunscriba a un asesoramiento especializado, deberá contarse con un informe y certificación del funcionario promotor justificante de los objetivos y el cronograma del proyecto que se trate, la cantidad de personal que se pretenda contratar bajo esta modalidad, con estimación de gastos y con detalle del financiamiento para hacer frente a ello.

Diferencia además tal supuesto con el de la necesidad de contar con personal en la administración de manera estacional, identificándolo con los que eventualmente se avoque a tareas periódicas en determinados momentos del año.

Por otro lado, el mismo art. 9° del decreto reglamentario prevé que la autoridad de aplicación, con carácter previo a la contratación, deberá delinear el perfil necesario y los requisitos que tendrán que acreditar los contratados según la prestación del servicio que se trate.

Seguidamente, la norma regula el contenido mínimo con que debe contar el contrato: a) funciones objeto de la contratación, resulta-

(16) ABERASTURY, Pedro, “La estabilidad del agente público” en Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 214.

dos a obtener o estándares a cumplir; modalidad y lugar de prestación de los servicios; b) la equiparación escalafonaria que corresponda; c) el plazo de duración; d) cláusula de reconocimiento de patentes a nombre del Estado, no obstante, el reconocimiento y la eventual compensación económica al autor; e) cláusula de rescisión en favor del Estado.

Finalmente, expresamente se prevé que las personas incorporadas como personal transitorio contratado bajo la modalidad a tiempo determinado, carecen de estabilidad y su contratación puede ser dejada sin efecto en cualquier momento.

De esta manera se advierte que la *Ley Marco de Empleo Público* prevé una categoría de empleo típica de la vinculación de derecho público, cual es la de la estabilidad. Pero a su vez tal categoría coexiste con un régimen específico de contratación de personal: la contratación por tiempo determinado. Esta última forma de relación entre Estado y contratado no trasunta desde luego una relación clásica de empleo público y, en apretada síntesis, queda limitada a la necesidad de contratar un plantel transitorio para específicas tareas que no pueden ser cubiertas por personal de planta permanente, ya sea por su especificidad funcional o por la exigencia solo estacional o por el motivo que se trate, siempre y cuando se encuentre justificado y reúna el resto de las condiciones previstas por la normativa legal y reglamentaria.

VI.1. Regímenes de contratación en la Administración pública nacional

En el escenario descrito, resultará ilustrativo repasar algunos de los regímenes establecidos en las últimas décadas de los que la administración se ha servido como base habilitante para la contratación de personal.

Por un lado, hallamos la ley 11.672 —*Complementaria Permanente de Presupuesto*— cuyo actual art. 81 faculta al jefe de Gabinete de Ministerios respecto al Sector Público Nacional a establecer un régimen de contratación de servicios personales orientado a la realización de estudios, proyectos y/o programas especiales, de acuerdo con los términos que fije la reglamentación. Aclara la norma que las contrataciones en

cuestión no podrán realizarse con agentes de la planta permanente o no permanente, o con personas vinculadas laboral o contractualmente al Sector Público Nacional.

De tal modo se ha facultado a la autoridad competente a que en determinados casos se vea posibilitada de contratar personas, con la obvia claridad que surge de la concepción de tal figura y de la letra de la norma, de no tender al cumplimiento de tareas propias del plantel de planta permanente, sino orientadas al cumplimiento de proyectos o programas específicos o bien debido a la especialidad necesaria en el caso que se trate.

Es por ello que será de esperar que el personal que se vincule bajo este régimen sea profesional —abogados, ingenieros, economistas, etc.—, cuya misión se encuentre avocada a la programación o ejecución de proyectos específicos para los que se vean obligados a desplegar sus saberes, ajenos para el supuesto de que se trate de los que cuenta el personal de la planta permanente.

Por otra parte, hito de destacable relevancia es el dec. 1023/2001 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las facultades delegadas por ley 25.414. Este decreto establece el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional cuyo objeto conforme su art. 1° será que las obras, bienes y servicios deben ser adquiridos utilizando la mejor tecnología adecuada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, al igual que la venta de bienes debe realizarse al mejor postor, contribuyendo al desempeño eficiente de la Administración y al cumplimiento de los resultados que demanda la sociedad.

A su vez, el art. 4° prevé que entre los contratos comprendidos se encuentran los “servicios”, las “locaciones” y la “consultoría”. Paralelamente, el art. 5° excluye a los contratos de empleo público.

Finalmente, el dec. 1184/2001 sustituye el régimen de contrataciones previsto anteriormente en el art. 47 de la ley 11.672 y regla que bajo la nueva modalidad deberán encuadrarse “[l]os contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios profesionales a título personal”. A continuación, el anexo I del decreto faculta al jefe

de Gabinete de Ministros, a ministros, a secretarios de Presidencia, al jefe de la Casa Militar, a autoridades superiores de organismos descentralizados y de fondos fiduciarios nacionales, “a contratar a las personas necesarias para la realización de aquellas actividades que complementen las competencias propias de cada jurisdicción”.

A su vez, la misma norma establece diversas limitaciones para tener en cuenta al momento de la contratación de personal bajo esta modalidad, de modo de no desvirtuar la figura so riesgo de encubrir una relación de dependencia. Así, el art. 3° del mencionado anexo exige, como en las otras normativas mencionadas, un informe de la autoridad que propicie la contratación que contenga los motivos que aconsejan llevarla a cabo, los objetivos parciales y finales que se procuran alcanzar, un cronograma de trabajo y plazos estimados de ejecución, honorarios propuestos y financiamiento previsto.

VI.2. Usuales figuras contractuales utilizadas

En este estadio es dable precisar que el Estado se ha valido principalmente de dos figuras contractuales propias del derecho civil a fin de entablar vínculos laborales por tiempo determinado. Ellas son la locación de servicios y la locación de obras.

Tanto es así la proliferación del método que incluso en determinados casos se ha previsto expresamente la exclusión de tales figuras contractuales al momento de definir el alcance de derechos y deberes de la administración y de los trabajadores (17).

Con relación a ello, el Cód. Civ. y Com. establece en su art. 1251 que existe contrato de obra o de servicios cuando una persona, ya sea el contratista o el prestador de servicios, actuando

de manera independiente se compromete frente a otra parte, denominada comitente, a llevar a cabo una obra material o intelectual, o a proporcionar un servicio a cambio de una retribución.

A su turno, el art. 1252 reza que, en caso de duda respecto a la calificación del contrato, se presume que es un contrato de servicios cuando la obligación consiste en llevar a cabo una actividad, independientemente de su resultado. Mientras que se considera que es un contrato de obra cuando se garantiza un resultado concreto, eficaz, reproducible o susceptible de ser entregado. Ello, para concluir con contundencia que “[l]os servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral”.

De una simple lectura de las normas apuntadas se puede vislumbrar la exégesis que subyace en ellas. Lógicamente, es el tinte de la independencia del prestador del servicio u obra lo que subordinará principalmente, en el caso que se trate, una relación al ámbito civil contractual.

En este paradigma las tareas que se realizan lo son a riesgo económico propio y de acuerdo con las reglas del arte que estén en juego.

Por el contrario, en una relación laboral dirigida el trabajador “pone su capacidad laboral [...] durante un tiempo (cierto número de horas por día, o por semana, etc.), a disposición de la otra parte para que ella la utilice a cambio de una remuneración” (18).

En efecto, como más adelante se verá, a diferencia de las locaciones de servicios u obras en la relación de trabajo propiamente dicha preside un direccionamiento por parte del empleador, subordinando al trabajador, económica, jurídica y técnicamente.

VII. El fraude laboral en la Administración pública

VII.1. Derecho privado

A fin de comprender cabalmente las nociones que engloban el presente acápite, resulta prudente partir de la observación de lo previsto en

(17) Por ejemplo repárese en el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de la CABA y el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires —aprobado por resolución 2778/2010 del Ministerio de Hacienda—, que luego de definir el alcance permisivo para las contrataciones por tiempo determinado, expresamente prevé que “[q]uedan exceptuados de las condiciones establecidas los Contratos denominados Locación de Servicios y Locación de Obras” (art. 20).

(18) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 1, p. 230.

el derecho laboral respecto al llamado *fraude laboral*.

La normativa laboral que engloba la contratación entre empleadores y trabajadores privados expresamente refiere al instituto en cuestión. El art. 14 de la ley 20.744 —*Ley de Contrato de Trabajo*—, prevé que será nulo todo contrato en el que las partes hayan actuado con simulación o fraude a la ley laboral, ya sea mediante la apariencia de normas contractuales no laborales, la interposición de personas o cualquier otro medio que desvirtúe la verdadera naturaleza de la relación laboral. Correlativamente, el art. 23 del refiere que “[e]l hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

Sin embargo, cierto es que la sola previsión normativa no brinda una clara noción sobre la conceptualización de lo que aquí se analiza.

En efecto, puede considerarse que habrá *fraude de laboral* cuando se emplee algún mecanismo que tienda a eludir o a encubrir, de manera total o parcial, un vínculo de empleo. Esto, podrá suceder utilizando alguna figura aparente que luzca como válida a fin de despejar la observación sobre el negocio real de que se trate, o bien simplemente escondiendo el vínculo del alcance del ámbito jurídico. Será el primer supuesto el que ahora interese.

La doctrina ha delineado sus rasgos al decir que el fraude se trata de un concepto amplio que abarca todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial de las normas laborales, constituyendo lo que se conoce como patología jurídica. En un sentido más específico, hace referencia a la búsqueda de medios indirectos o alternativos para evitar la aplicación de la ley o normas imperativas, mediante la celebración de negocios jurídicos genuinos (19).

A su vez, en este contexto resulta insoslayable lo establecido en el Cód. Civ. y Com. en torno a la simulación, en tanto tal mecanismo comporta una de las formas del fraude laboral. Con relación a ello el art. 333 (20) define que se estará en

presencia de una simulación cuando se encubra un acto jurídico con apariencia de otro.

En definitiva, estaremos en presencia de fraude laboral por simulación ilícita cuando se utilice cierta forma de negocio jurídico, con el ánimo de encubrir una realidad que hasta tanto no sea develada se mantendrá oculta.

VII.2. *Ámbito público*

Lo expuesto, no resulta una práctica ajena al ámbito del empleo público. La copiosa jurisprudencia junto a mínimas nociones de la realidad en que vivimos exhibe la indebida práctica estatal consistente en contratar personal mediante figuras típicas del derecho privado, tales como las locaciones de servicio o las locaciones de obra, encubriendo de ese modo reales vínculos de empleo público en cumplimiento de tareas con notas de permanencia en el ámbito que se desenvuelvan. Aún si cupieran dudas, botones de muestra sobran.

No en balde se ha exclamado que “[d]ecir que el Estado comete fraude laboral no es un secreto a voces sino una realidad naturalizada social y políticamente” (21).

Ahora bien, no es objetivo en esta oportunidad contemplar con azoro el paño expuesto, menos aún señalar con el dedo erguido cuestionando las causas que mueven tales indeseables prácticas. Pues en definitiva los cuestionamientos en esa dirección cabrán con más lógica en aquellos trabajadores y trabajadoras que se vean frustrados en sus expectativas y compelidos a desandar el camino del reclamo y del litigio.

Sí es misión aquí ilustrar sobre la respuesta jurisprudencial brindada a la problemática en cuestión y, principalmente, razonar sobre el acierto de las soluciones dadas.

la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

(21) CRUZ, María Fernanda, “Desviación de poder: un concepto del derecho administrativo que describe el fraude laboral”, La Ley, cita online AR/DOC/26/2011.

(19) GRISOLÍA, Julio Armando, ob. cit., t. II, p. 829.

(20) Art. 333 Cód. Civ. y Com.: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo

Llamativo, sino paradójico, resulta que, si bien durante más de la última década se ha aventado la posibilidad de la aplicación de las normas del derecho laboral privado para encauzar los litigios de encubrimiento de relaciones de dependencia de empleo público, al mismo tiempo se ha recurrido a esa rama jurídica para denominar la práctica analizada: el *fraude laboral*.

Sin perjuicio del parecer cuestionable del *no-men iuris* escogido por la tradición jurídica para identificar la cuestión, no me apartaré de ello tan solo por simplismo pedagógico.

Así, cabe adentrarse en la solución propiciada por la jurisprudencia dominante a la problemática analizada.

VII.3. Abordaje jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

VII.3.a. “Deutsch”

En primer término, el fallo “Noemí Ani Deutsch v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (22), del 04/09/1984. En la causa, la actora que había sido contratada por el Teatro General San Martín reclamaba una serie de indemnizaciones en base a las reglas previstas en las normas laborales, a raíz del distracto acontecido en el vínculo. A su turno, la demandada consideró que se trataba de una relación comprendida en el ámbito del derecho administrativo y por lo tanto ajena a la aplicación de las normas del derecho del trabajo, postura esta acogida por la Cámara de Apelaciones interviniente.

Ya en sede de la CS fue revocada la sentencia de la Alzada puesto que, luego de marcar la diferencia entre los funcionarios y empleados que integran los cuadros del Estado y que se rigen por el derecho constitucional y administrativo y las contrataciones de locaciones de servicios para ocasiones no previstas en la agenda de la Administración, estimó que no cabía duda de que las tareas realizadas por la actora, de carácter artístico, así como la retribución acordada, se encontraban fuera del ámbito estrictamente administrativo. Ello, para concluir que “no parece admisible someterla a una jurisdicción dis-

tinta a la que la naturaleza del contrato permitía prever, ante el solo hecho de no estar incluido en el régimen laboral”.

Se decidió entonces revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones interviniente.

VII.3.b. “Ruiz”

Solo dos años más tarde, más precisamente el 21/08/1986, en los autos “Ramón, Raúl Ruiz v. Banco de la Nación Argentina” (23), en eco de la tesitura antes asumida la CS profundizó su postura y señaló que “la calidad de persona jurídica pública estatal de la demandada no implica que necesariamente deban aplicarse las normas de derecho público”, estableciendo que en el caso debían aplicarse las normas del derecho del trabajo más allá de la vinculación contractual que se había entablado entre las partes.

VII.3.c. “Zacarías”

Iconico fue el caso “Aníbal Rudecindo Zacarías y otros v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro” (24), cuya decisión de la CS data del 05/03/1987.

En el caso, los actores habían sido contratados por la Caja Nacional de Ahorro y Seguro para desempeñar tareas de vigilancia, por períodos que oscilaron entre seis y dieciséis años, hasta que en 1984 la demandada decidió no renovar sus contratos. En ese contexto los actores que se consideraron afectados demandaron sus respectivas indemnizaciones al cobijo de la Ley de Contrato de Trabajo.

Tanto en primera como en segunda instancia el reclamo no prosperó y fue rechazado. En esa inteligencia se sostuvo que los sucesivos contratos celebrados se enmarcaban en una relación de empleo público y que al tratarse de funciones típicas de la planta permanente los actores debieron reclamar la nulidad de los convenios celebrados a la luz de la ley 22.140 entonces vigente —*Régimen Jurídico Básico de la Función Pública*—, mas no pretender la aplicación de las normas del derecho del trabajo a la relación en crisis.

(23) CS, Fallos, 308:1291.

(24) CS, Fallos, 310:464.

(22) CS, Fallos, 306:1236.

Ahora bien, la CS ponderó que, si bien los actores se habían vinculado con la entidad bancaria demandada mediante contrataciones para la prestación de servicios transitorios a la par que se les concedió una serie de beneficios propios de otra naturaleza, “resulta[ba] claro que fue la intención expresa de la demandada no incluir a los recurrentes en la planta de personal permanente”. En tándem, precisó que la normativa entonces vigente establecía “una serie de requisitos para la designación del personal de planta permanente que en modo alguno aparecen acreditados en autos respecto de los actores”.

Asimismo, consideró desacertada la conclusión arribada en las anteriores instancias consistente en apartar del derecho privado a las contrataciones celebradas entre las partes, pues el carácter público de la demandada no obstaba a celebrar convenios que ostenten tal nota.

De tal modo y sopesando la doctrina que se había establecido desde el caso “Deutsch”, consideró que no había obstáculo para entender que la relación se regía por el derecho privado.

Tales razonamientos en los que se resaltó la subordinación técnica, jurídica y económica entre los actores y la persona estatal, sellaron la suerte revocatoria de las decisiones de las anteriores instancias.

VII.3.d. “Gil”

No obstante, poco tiempo después comenzó la traza del cambio de rumbo en la que el Máximo Tribunal Federal comenzó a hacer énfasis en las modalidades de contratación previstas para el Estado en la entonces vigente ley 22.140, restringiendo al mismo tiempo la aplicación del derecho privado y en particular de la Ley de Contrato de Trabajo.

Elocuente de ello es el fallo “Carlos, Rafael Gil v. Universidad Tecnológica Nacional” (25), cuyo decisorio recayera el 28/02/1989.

Allí se estableció que dado que existe un régimen jurídico específico que regula los derechos de los dependientes de los que se trataba, sean permanentes o no, y considerando lo dispues-

to en el art. 2º, inc. a de la *Ley de Contrato de Trabajo*, que establece la prohibición de su aplicación a los empleados de la Administración pública salvo que se los incluya expresamente en su régimen o en el de las convenciones colectivas de trabajo, resulta improcedente la pretensión del actor de excluir su situación del régimen de derecho público para que sea regida por el derecho laboral, en ausencia del acto de inclusión que exige el mencionado art. 2º.

A su vez, hizo hincapié en la doctrina de los actos propios y afirmó que “[l]a aceptación de los contratos y sus pertinentes prórrogas, presididos por un régimen de inestabilidad, veda al actor reclamar los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo, dado que, de otro modo, se violentaría el principio que impide venir contra los propios actos”.

Finalmente, resaltó que la posibilidad de incorporarse al régimen de la estabilidad del empleo público presuponía la reunión de una serie de requisitos legales para el ingreso que no podrían considerarse desconocidos por el reclamante.

VII.3.e. “Ramos”

Sin dudas el cambio relevante en la perspectiva que la CS tomó frente a las locaciones de servicios y al reparo que cabía ante los distractos o bien ante la no consecución de las prórrogas, se dio en el fallo “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa ARA s/ indemnización por despido)” (26), del 06/04/2010.

Por su trascendencia, vale repasar los hechos sobre los que reposó la decisión.

El actor, Ramos, ingresó en la Armada Argentina para desempeñarse como técnico, en el año 1976. En principio, la modalidad utilizada fue la figura de la locación de obra y luego, a partir del año 1981, su vínculo fue encuadrado en el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por dec. 4381/1973, que autorizaba a contratar personal para la investigación científica y desarrollo tecnológico. Desde entonces y durante veintinueve años la demandada renovó los suce-

(25) CS, Fallos, 312:245.

(26) CS, Fallos, 333:311.

sivos contratos que la vinculaban con el actor. Ello, hasta que en 1998 decidió resolver el vínculo en base a restricciones presupuestarias.

Ahora bien, la norma basal que unió a las partes —mentado dec. 4381/1973— permitía la renovación de los contratos en cuestión hasta un máximo de cinco años.

En ese contexto señaló la CSJN que “la demandada contrató al actor en el marco del dec. 4381/1973 por el lapso de veintidós años, en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma. Por lo demás, del legajo personal de Ramos resulta que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual [...]; que se le reconocía la antigüedad en el empleo [...]; y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador”.

Sumergiéndose en los hechos, el Címero Tribunal de la Nación dio por cierto que la demanda “utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado”.

Concluyó así que la demanda había generado en Ramos la “legítima expectativa” de permanencia laboral con base constitucional en el art. 14 *bis* de la CN, encontrándose de ese modo protegido ante el “despido arbitrario”.

Reparó entonces en que el Estado había incurrido en una “conducta ilegítima”, con su consecuente responsabilidad y obligación de indemnizar.

Sin embargo dejó a salvo que el actor no podía pretender considerarse incorporado al plantel permanente del Estado, puesto que en un primer lugar es el Congreso Nacional quien prevé el presupuesto para hacer frente a las erogaciones que ello implica —y desde luego no había tenido oportunidad de hacerlo—, a la vez de resaltar que La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, ley 25.164, diferencia las exigencias para acceder como empleado de planta permanente con aquellos que prestan funciones de manera transitoria. En resumidas

cuentas, en este último aspecto razonó que no resulta posible soslayar los requisitos exigidos por la ley 25.164 para acceder al empleo que goza de estabilidad.

A fin de establecer los guarismos que debían tenerse en cuenta para cuantificar la indemnización, precisó que ninguna de las partes había tenido la intención de someter el vínculo a las normas de derecho privado. Por ese motivo, estimó que “la solución debe buscarse en el ámbito del derecho público y administrativo”. En esa tarea y ante la “falta de previsiones legislativas específicas”, invocó la analogía como técnica de integración normativa para hallar la previsión jurídica que sirva de encuadre para el cálculo indemnizatorio.

Fue así como la CS concluyó que “se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso”.

VII.3.f. “Sánchez Próspero”

En misma fecha, 06/04/2010, en paralelo a tan tajante decisión que marcó la guía señera de la última década y media, la CS se expidió en el fallo “Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación s/ despido” (27), aunque arribando a una solución distinta.

En el caso, el actor había sido contratado sucesivamente por la demandada por más de ocho años, momento en el cual no se renovaron los convenios y se produjo la desvinculación que ocasionó el reclamo indemnizatorio vía judicial.

La CS estimó que la legislación nacional que regula el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación autoriza de manera explícita la celebración de contratos como los firmados con Sánchez, dado que la actividad de este organismo de control requiere la participación de un equipo de auditores externos.

Por tales motivos, se consideró que el caso en cuestión se diferenciaba fácticamente de lo decidido en “Ramos” puesto que no se logró de-

(27) CS, Fallos, 333:335.

mostrar el indebido uso de figuras contractuales que encubrieran una real relación de empleo.

Ello, cierto es, sin dejar de observar la disidencia planteada por los cortesanos Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

VII.3.g. “Cerigliano”

Un año más tarde, el 19/04/2011, el Cíbero Tribunal se expidió en los autos “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control” (28).

El actor se vinculó con la demandada durante siete años a través de continuos contratos de locación de servicio para desarrollar tareas como “operario”. En 2004 se le negó la posibilidad de trabajar, como consecuencia de lo cual inició su demanda en reclamo de indemnización por despido arbitrario arguyendo la inconstitucionalidad del art. 2° de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto exige que la Administración dicte un acto expreso que supedita a su dependiente bajo el régimen del derecho laboral privado.

En primer término, la CS consideró de ineludible aplicación la doctrina sentada en “Ramos”.

Si bien puso de relieve que era clara voluntad de la demandada en no incorporar a Cerigliano en su plantel de planta permanente, también destacó que los contratos utilizados como canal de vinculación no eran los instrumentos idóneos de acuerdo con las tareas que la Administración pretendía procurarse por parte del trabajador. Ello en tanto los contratos celebrados en el caso han lucido “aptos para generar razonables expectativas de permanencia”.

Ahora bien, a lo ya expuesto en los antecedentes jurisprudenciales añadió otra cuestión de suma relevancia: “quienes no se encuentren sometidos a la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto desempeñen tareas materialmente subordinadas y permanentes a favor de la Administración Pública nacional o local, gozan de la protección conferida por el art. 14 *bis* de la CN”. Ello, bajo el paraguas constitucional de que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la pro-

tección de las leyes”; ya sea en el ámbito privado o público.

Finalmente, hizo lugar a lo pretendido por el actor mandando a que se dicte un nuevo pronunciamiento a la luz de las pautas del precedente “Ramos”.

VII.3.h. “Maurette” y “Martínez”

Seguido a ello, el Máximo Tribunal Federal en los autos “Maurette, Mauricio c. Estado Nacional - Ministerio de Economía - Subsecretaría de Normalización Patrimonial s/ despido” (29), del 07/02/2012, a tenor del carácter intempestivo e incausado del distracto entendió justo adicionar la suma equivalente a la que hubiese percibido el trabajador en concepto de haber de disponibilidad durante el período correspondiente a su antigüedad. Expresó así que “la ruptura incausada e intempestiva del contrato hace procedente, además de la indemnización del párrafo quinto, la prestación prevista en el párrafo tercero del aludido art. 11 de la ley 25.164”.

Fórmula esta replicada meses después, el 06/02/2012, en el caso “Martínez, Adrián Omar c. Universidad Nacional de Quilmes” (30).

VII.3.i. “Romero”

Ya en estos albores, la CS ratificó la posibilidad de que el Estado lleve a cabo contrataciones por tiempo determinado a la luz del art. 9° de la ley 25.164, en tanto con ello no se pretenda encubrir una real relación de dependencia. En esa senda, el 21/10/2021 resolvió en “Romero, Jonathan Iván c. Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo” (31).

VIII. Análisis argumental de la CS

El repaso acerca de lo resuelto en la materia por la CS en las últimas tres décadas no resulta una observación arbitraria ni antojadiza, sino que luce elocuente para analizar el rumbo que ha tomado el Máximo Tribunal Federal con notorio tinte madurativo acerca de la autonomía del derecho administrativo dotado de caracte-

(29) CS, M.892.XLV.

(30) CS, Fallos, 335:2219.

(31) CS, Fallos, 344:3057.

(28) CS, Fallos, 334:398.

rísticas propias ajenas a las otras ramas, amén principalmente del fin último de la satisfacción del interés público.

En lo que se puede calificar como una primera etapa, desde el año 1984 hasta el año 2009, fácil es advertir que la CS ha asumido un rol signado por la aplicación de las normas de derecho privado a las relaciones del empleo público, particularmente las del derecho del trabajo.

En una segunda etapa, desde el año 2009 en adelante, consolidó la aplicación de las normas del derecho administrativo en las relaciones entabladas por la administración con su plantel de trabajadores.

Más allá de tal disquisición, en ambos de los períodos señalados la CS ha sopesado diversas cuestiones que se mantienen inalterables en el tiempo al momento de desenmarañar el vínculo entre Estado y trabajador y discernir en cada caso si se trata de un vínculo de índole laboral público con notas de estabilidad o bien contractual de tiempo determinado.

En este escenario, vale la pena observar los argumentos más recurrentes.

VIII.1. *Primacía de la realidad*

En el fallo “Deustch” la CS ha sopesado la “naturaleza del contrato”, a fin de decidir el plexo normativo que resultaba aplicable a la litigante respecto al organismo por entonces municipal que la había contratado.

En tren de ello, en “Ruiz” se estimó que la “calidad de persona jurídica pública estatal” no eximía *per se* a la aplicación de las normas del derecho del trabajo en los casos bajo análisis.

Tales afirmaciones, con claridad, hunden sus raíces en el principio de la *primacía de la realidad*. Al respecto, sabido es que en materia laboral rige el principio de primacía de la realidad cuya aceptación exige la necesidad de ver más allá de la apariencia externa de las relaciones, dudando de su veracidad e inmiscuyéndose en ellas a fin de llegar a la verdad con prescindencia del ropaje que hayan adquirido (32).

(32) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., t. I, pp. 419 y ss.

Tal realidad que obliga a quien la encuentre a interpretarla, desenterrar las características que unieron a las partes sobre sus aspectos formales, analizando los hechos empíricos y las conductas asumidas (33).

En tal dirección la doctrina coincidió al afirmar que la pauta guía mencionada se basa en la prevalencia de los hechos sobre las formas, formalidades o apariencias. En el ámbito laboral, lo que verdaderamente importa es lo que sucede en la práctica, más allá de lo que las partes hayan acordado de manera solemne o explícita, o lo que figure en documentos, formularios o instrumentos de control. Este principio incluye la desestimación de cualquier situación que busque privar al trabajador de la protección otorgada por las normas laborales (34).

A la luz de tal principio, para desentrañar la naturaleza jurídica del vínculo del que se trate no depende de la denominación que le den las partes sino de la realidad de los hechos y conductas asumidas.

Sobre ese paño, la CS ha estimado en los casos analizados que con prescindencia de que la administración se haya valido de figuras contractuales más bien propias del derecho privado —locaciones de servicios o locaciones de obra—, la solución que pueda brindársele a cualquier conflicto que surja en este contexto debe hallarse en las normas que sirvan de base a la esencia de la relación.

En otras palabras, lo relevante en fin será la realidad del vínculo, para lo cual deberá hacerse foco en la intencionalidad de las partes al momento de convenir, en las características de las tareas encomendadas, en la modalidad de llevarlas a cabo, en las competencias propias del órgano que se vale del trabajador, en el tiempo que perdure la relación, etc.

Ahora bien, mal puede entenderse que este principio no resulte aplicable en lo que he de-

(33) CNTrab., Sala I, “Angellili Javier Leonardo y otros c. Ignacio F. Wasserman y otro”, sentencia del 12/11/2007.

(34) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 56/57.

nominado la segunda etapa de las decisiones de la CS, ni menos aún hoy en día.

En definitiva, la aplicación del principio de la primacía de la realidad resulta una herramienta necesaria para comprender en cada caso si se trata de una relación de empleo público o no. Obviamente, tema aparte será cuál es el marco normativo cuya aplicación debe regir al momento de sucederse los distractos en las relaciones laborales de este tipo.

VIII.2. Subordinación técnica, jurídica y económica

Además de lo antedicho, en el caso “Zacarías” se añade la observancia de la “subordinación técnica, jurídica, económica”, lo cual marca una pauta de suma importancia a fin de discernir si se trata de una relación laboral o bien una vinculación contractual de locación de servicios o de obra.

Por un lado, la subordinación jurídica es concebida como la facultad que tiene una persona de imponer su voluntad sobre otra en todo aquello que, de manera directa o indirecta, esté vinculado con el encargo encomendado, generando la obligación correlativa del dependiente de acatar y cumplir las órdenes impartidas (35).

Por su parte la subordinación técnica supone la prerrogativa del principal de orientar de la mejor manera la conducta del dependiente, especialmente en un sentido disciplinario, lo que implica que la relación laboral debe regirse por el principio de respeto jerárquico. De esta forma, se establece el deber del dependiente de obedecer las órdenes del principal en tanto estén relacionadas con la función asignada. Así planteado, se reconoce plenamente el poder de dirección y control del principal (36).

Por último, la subordinación económica se configura cuando el trabajador puso a disposición del empleador su fuerza de trabajo, quedando sujetos a las directivas de aquel, a cambio del pago de un salario.

(35) PIZARRO - VALLESPINOS, “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. II, pp. 252/253.

(36) PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., p. 127.

En efecto, la configuración de tales notas típicas de la relación laboral será de esencial observancia al momento de definir sobre la naturaleza jurídica del vínculo que se ponga en crisis.

Del mismo modo que lo anteriormente destacado, tal análisis importará para discernir acerca de la existencia de un vínculo laboral o no, mas no dirimirá por sí solo el régimen normativo aplicable; es decir, si debe serle de aplicación las normas del derecho laboral privado o bien las de derecho público administrativo.

VIII.3. La confianza legítima

Así como en “Ramos” la CS aludió a la “legítima expectativa” a la permanencia laboral que se discutía en el caso, en la misma traza al fallar en “Cerigliano” hizo énfasis en las “razonables expectativas de permanencia”.

Tales expresiones no son ni más ni menos que la recepción jurisprudencial de la doctrina de la confianza legítima.

Este mecanismo establecido por el derecho administrativo sirve para conciliar, por un lado, el interés general que se concreta en el deber de la Administración de actuar con coherencia en el desarrollo de sus fines y, por el otro, con el de las personas a no ver restringidos sus derechos de manera intempestiva y estimados como permanentes en base a la conducta percibida por el Estado.

Dicho principio protege a los ciudadanos frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades.

En el tema convocante, se trata entonces de situaciones en las cuales aun cuando la posición jurídica del trabajador público pueda ser modificada por las autoridades, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de su situación el principio de la confianza legítima la protege frente a los cambios súbitos que la administración pretenda implementar. Lógicamente, aunado a ello al principio de la buena fe que exige a las autoridades y a los particulares mantener coherencia en sus actuaciones, respeto por los compromisos a los que se han obligado y garantía de estabilidad y durabilidad de la

situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas.

Afin a dicha concepción, la doctrina tiene dicho que “[n]o existe el derecho a que el Estado no modifique las reglas, pero sí a que no lo haga de modo arbitrario, irrazonable, infundado o intempestivo” (37). Así, se infiere que lo que se halla verdaderamente prohibido entonces es el cambio de reglas —o mejor dicho su aplicación— o conductas cuando resulta irrazonable, radical, intempestivo o infundado.

VIII.4. Necesidad de reparar

Aun sin que sea necesario destacar pasajes en particular en los que la CS hiciera referencia expresa, resulta insoslayable que toda la cuestión, ya sea considerando los vínculos desde una óptica del derecho público o del derecho privado, se ha estimado que merece protección a la luz de lo previsto en el art. 14 *bis* de la CN que protege al trabajo en “sus diversas formas”.

Es que cualquiera fuese el encuadre dado a la naturaleza del vínculo entre el Estado y sus trabajadores, incluso aquellos que han sido atraídos por figuras contractuales indebidas, merecen cobijo normativo que reparen las consecuencias dañosas padecidas ante los distractos intempestivos e indebidos.

Ahora bien, la indemnización frente al fraude laboral por el uso indebido de las formas jurídicas de vinculación carece de recepción legal. Y resulta lógico que así sea, ya que de lo contrario implicaría tanto como asumir que el Estado pueda actuar fraudulentamente en materia laboral, supuesto que se encuentra reñido con el principio de legalidad que impera en su despliegue. Sin embargo, tal circunstancia no puede, obviamente, implicar que los trabajadores públicos se hallen hueros de soluciones frente al perjuicio sufrido.

En definitiva, la protección de los trabajadores frente a un distracto laboral indebido con presidencia de su dependencia pública o privada se imbrica en el principio constitucional referido a la igualdad.

Así, es necesario recordar que el principio de igualdad de trato, reconocido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, establece la igualdad de todos ante la ley a fin de abolir las diferencias injustificadas.

Principalmente se pueden considerar dos formas de abordar el principio de igualdad: igualdad formal, por un lado, e igualdad material por el otro. La primera de ellas abarca la interpretación tradicional, en la cual todos somos iguales ante la ley y por ende igual en igualdad de condiciones. Mientras que la igualdad real o material refiere a aquella en que el Estado juega un rol intervencionista procurando estabilizar la igualdad económica-social de los ciudadanos (38). Ello implica el reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Es decir, la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el ejercicio de un derecho (39).

En tren de ello, la CS entendió que “[c]onstituye una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la CN, aquella establecida por una ley que contempla en forma distinta situaciones que son iguales” (40).

Y es que, ya desde las nociones aristotélicas de lo justo, se han reclamado tratos iguales para aquellas personas que resultan iguales —y desiguales para los desiguales— (41), como única solución de arribar a la igualdad real; guante recogido por el constitucionalista al establecer en la Carta Magna Nacional en los arts. 14 *bis* y 16.

En suma, a pesar de la distinción jurídica entre empleo público y privado, se trata al fin y al cabo y en lo que aquí interesa de asegurar la protección de los trabajadores en su calidad de tales. Ello sin perjuicio de reconocer sus desigualdades —en lo que son desiguales—, que

(38) GELLI, María Angélica, ob. cit., pp. 232 y ss.

(39) CS, Fallos, 16:118.

(40) CS, Fallos, 312:826.

(41) CALVO MARTÍNEZ, José Luis (trad.), “Ética a Nicómaco de Aristóteles”, Alianza, Madrid, España, 2005, pp. 152 y ss.

(37) BALBÍN, Carlos Francisco, “Tratado de derecho administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 460.

fundamentan la existencia de reglas diferenciadas en el régimen de empleo público y en el contrato de trabajo privado —por ejemplo, en los aspectos relativos al ingreso, a la estabilidad, a las licencias, etc.—. Pero, en todo caso, lo que prima en ambos es la protección que se le debe al trabajador.

Es que bajo tales preceptos resulta insoslayable el hecho de que los trabajadores como tales, ya sean del ámbito público o privado, encuentran numerosos puntos de contacto con prescindencia de la tarea a la que estén llamados a realizar y en favor de quien las realice; pues en definitiva “trabajador es la persona física que libremente se obliga a trabajar por cuenta y bajo dependencia ajena a cambio de una remuneración” (42).

IX. Derecho público administrativo vs. derecho privado laboral

Despejada la observancia de los argumentos tenidos en cuenta por la CS al resolver los conflictos relativos a las contrataciones fraudulentas por tiempo determinado en encubrimiento de relaciones de permanencia, sin duda uno de los pilares donde se centra la polémica es si tales conflictos deben evacuarse a la luz de las normas que prevé el régimen laboral privado, o bien por aplicación de las reglas propias del derecho administrativo.

Como se ha ilustrado en el *íter* jurisprudencial, la CS ha mutado su parecer.

Ahora bien, evidentemente la CS se ha apoyado a modo de bisagra en el caso “Gil” para delinear un nuevo parecer sobre la cuestión, comenzado el abandono de la aplicación del régimen laboral privado a los vínculos entre el Estado y sus dependientes.

Cabe preguntarse entonces: ¿qué motivó este cambio de perspectiva?

Resulta ya resulta innegable la madurez del derecho administrativo como rama autónoma que se ocupa de la relación del Estado con la sociedad y, particularmente, en vínculo con los

empleados cuyas tareas requiere: los empleados públicos.

Tanto es así, que desde una postura extremista de la cuestión se ha dicho que el empleo público, aun cuando se configure como una relación de contrato administrativo, representa una relación de subordinación en la que los poderes, prerrogativas y derechos del Estado, como garante del interés general, prevalecen sobre los derechos del empleado. Además, este modelo constituye un sistema homogéneo, coherente y cerrado, que no permite la incorporación de elementos externos provenientes de otras ramas del derecho, de manera que el empleo público se rige exclusivamente por normas y principios de derecho público, especialmente los de índole constitucional y administrativa (43).

Desde luego que, con la adopción de esta tesitura por parte de la CS, acompañada por una maduración de la autonomía del derecho administrativo emancipado de las otras disciplinas jurídicas, es que se ha enfatizado la necesidad de buscar soluciones dentro del derecho público a las cuestiones que se susciten entre los trabajadores y su empleador en un marco de relación de empleo público, aunque sea esta resistida por el uso de figuras contractuales ajenas.

X. La solución brindada por la CS: indemnización en el marco del régimen de disponibilidad

Pasada ya más de una década, se ha mantenido en líneas generales inalterable la solución brindada por los Tribunales al momento de dirimir las causas que versen sobre encubrimiento de relación laboral pública por parte de la Administración y definir la fórmula que sirva de base a fin de establecer la cuantificación de la indemnización que se deba desembolsar.

En esa inteligencia y con la tarea asumida consistente en buscar soluciones dentro del derecho administrativo, se ha dejado sentado en “Ramos” que “se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados”. Fór-

(42) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., t. I, pp. 216/217.

(43) GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.), ob. cit., p. 17.

mula inmediatamente replicada en “Cerigliano” y vigente hasta estos días.

Vale entonces, precisar de qué se trata esta solución.

Esta norma establece que el personal con estabilidad laboral afectado por reestructuraciones, como la eliminación de organismos o funciones, debe ser reubicado de acuerdo con las normas que se establezcan. Si no se logra la reubicación, el trabajador pasará a una situación de *disponibilidad*, un período transitorio que varía según su antigüedad, con un mínimo de seis meses y un máximo de doce. Durante este tiempo, si surgen vacantes en la Administración pública central o en organismos descentralizados, se debe priorizar a los trabajadores en disponibilidad para cubrirlos.

Si al finalizar el período de disponibilidad no se ha reubicado al trabajador, o si este rechaza una oferta de cargo o no hay vacantes, se lo dará de baja. En ese caso, tendrá derecho a una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio (o fracción mayor a tres meses), calculada sobre la mejor remuneración percibida en el último año o durante el tiempo de servicio, a menos que el convenio colectivo de trabajo establezca mejores condiciones o indemnizaciones adicionales.

La norma en cuestión crea de esta manera la situación de disponibilidad.

Correlativamente mientras dure el trabajador en esa situación la administración asume la obligación de volcar el mayor ahínco posible en procurar la reubicación del trabajador, ya sea por existencia de nuevas vacantes en dependencias ya existentes o por creación de nuevas estructuras. Siempre, claro está, con respeto a su situación de revista y con la capacitación necesaria.

Demuestra así, el régimen normativo, la protección al interés público que subyace en él. Pues por un lado procura que no existan innecesariamente trabajadores que doten de contenido a áreas del Estado que ya se han estimado innecesarias y, al mismo tiempo, valora el tiempo y dinero que la Administración invirtió en la formación de tal integrante del plantel pre-

viendo la posibilidad de su necesidad en el corto plazo. A la par de ello, no descuida el interés particular del trabajador al establecer la indemnización que se le deberá abonar en caso de no ser reubicado.

XI. La analogía: ¿es procedente su utilización?

Al analizar los casos descriptos la CS se ha topado con la inusual situación de la, al menos aparente, falta de previsión normativa que regule la consecuencia jurídica para el mentado fraude laboral en el empleo público.

Y lógico resulta que así sea ya que en flaco favor hubiese incurrido el legislador en caso de anticiparse a cuál debe ser la respuesta normativa ante el ilícito laboral en materia de derecho administrativo. Lo contrario, hubiese implicado una venia legislativa a la reproachable práctica.

Desde tal atalaya se configura así el llamado *caso administrativo no previsto*, o de manera más generalista una *laguna en el derecho*. Con lucidez se ha descripto que tal situación acontece cuando no exista una norma general que regule —total o parcialmente— ciertos actos humanos; no se trata simplemente de interpretar un texto ambiguo, sino de una ausencia normativa, un silencio deliberado o una deficiencia en la técnica legislativa (44).

Paralelamente, adquiere relevancia la directriz que impide a los jueces mantenerse impátrixes so pretextos del *non liquet*, obligación con recogida en el art. 15 del otrora Cód. Civil (45), con vigor en los arts. 2° y 3° del Cód. Civ. y Com. (46). Es decir, ningún juzgador podrá evadir su deber de sentenciar, incluso ante los

(44) REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado” en Derecho Administrativo, Hoy, Jornadas presididas por Marienhoff, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 1996, p. 221.

(45) Art. 15 del ya derogado Código Civil: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

(46) Art. 2 del Cód. Civ. y Com.: “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. 3 del Cód. Civ. y Com.: “El juez debe re-

supuestos donde la problemática luzca vacía de previsión normativa. Derivado ello, obviamente, del mandato constitucional impuesto por el art. 108 de la Carta Magna Nacional.

En ese escenario la jurisprudencia ha recurrido a la analogía, como técnica hermenéutica para completar el vacío del caso administrativo no previsto.

Recurrir a la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema en un caso concreto y así conservar su estructura al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas a un medio en constante transformación (47).

Bajo esta idea se extiende así la esfera de aplicación de las leyes más allá de los casos originariamente previstos, siempre que se trate de situaciones presididas por una misma *ratio legis* (48).

Esta herramienta consiste entonces, en el ámbito *iuspublicista*, en integrar la *laguna* recorriendo a otras normas de derecho público y recién si ello resultara insuficiente acudir a lo previsto en el derecho privado (49). Distingue así la doctrina citada entre analogía de primer grado en el primer supuesto y analogía de segundo grado el otro.

Ahora bien, en el uso de la técnica de la analogía —en lo que ahora interesa— existe un presupuesto de ineludible observancia: la relación de semejanza entre el caso administrativo no previsto y la situación de hecho prevista en la norma a la cual se acudirá en auxilio. En otras palabras, este método de interpretación amarra la solución prevista para un determinado caso

solver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

(47) ATIENZA, Manuel, “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2001, núm. 2, p. 224.

(48) AFTALION, Enrique R., “Crítica del saber de los Juristas”, La Plata, 1951, p. 316; citado por LINARES QUINTANA, Santiago, “Tratado de Interpretación Constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 109.

(49) BALBÍN, Carlos Francisco, ob. cit., p. 313.

a otro distinto no regulado expresamente por el ordenamiento jurídico a través de la relación de semejanza. Si bien no son idénticos deben ser similares al compartir ciertas características esenciales y consecuencias jurídicas (50). Es un razonar axiológico o estimativo que lleva a la búsqueda de esa identidad de razón o *ratio legis*, que permite concluir que los casos similares deben ser tratados en forma igual.

En tren de ello, como se ha dicho, la problemática del *fraude* laboral en el empleo público y la ausencia de previsión normativa que repare las consecuencias dañosas que de ello derive, exigirá detenerse en las leyes análogas del derecho público —mecanismo destacado antes como analogía de primer grado—.

En ese recorrido la CS propició como solución analógica la aplicación del régimen indemnizatorio establecido para los empleados públicos que transiten el encontrarse en disponibilidad y sin ser reubicados, favoreciéndose por la indemnización prevista en el art. 11 de la ley 25.164.

Ahora bien ¿Es realmente posible verificar una semejanza suficiente entre el trabajador indebidamente contratado e intempestivamente desplazado del personal estatal con aquel que, gozando de estabilidad propia, siguiendo el procedimiento de la norma aludida, termina excluido del plantel del personal público?

Sopesando el razonamiento hilado, pareciera que no es así.

Medularmente, lejos de existir una semejanza atendible, se evidencia una diferencia esencial. Mientras que el *fraude laboral* se trata de un ilícito, de un obrar antijurídico no deseado por las normas, el régimen de disponibilidad laboral y su consecuente indemnización, en tanto se respeten los procedimientos, comporta un obrar legítimo. Dicho de otro modo, pareciera haberse consolidado la noción de que, pese a que el *fraude laboral* es una eventualidad indeseada por las normas, bien puede ser reparada por una solución prevista para aquel obrar diligente y legítimo de la Administración. Circunstancia

(50) ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, CEC, Madrid, España, 1997, p. 269.

que se da de bruces con el razonable uso de la técnica integrativa de la analogía.

Por otro lado, luce llamativo también que mientras que lo previsto en el art. 11 de la ley 25.164 resulta aplicable a quienes revistan en planta permanente, se aplique de manera llana a quienes no obstante habérsele generado la expectativa de permanencia y seguridad, se mantienen hasta el distracto en una irregularidad de magnitud tal que no garantiza ningún tipo de estabilidad laboral; extremo que colisiona con las básicas nociones del principio protectorio que cobija a los trabajadores en el arte jurídico laboral.

Ergo, pareciera que más que una debida integración normativa se ha tomado un atajo que lució tentador ante la aparente similitud de situaciones entre el caso administrativo no previsto y la norma de derecho público finalmente aplicada. Ello, replicado casi como una tradición hasta estos días.

XII. Pensamientos

Antes de concluir estas líneas de modo conclusivo, resultaría al menos desabrido no intentar explorar otras posibilidades que podrían lucir plausibles a fin de resolver el intríngulis de la indemnización ante la extinción del vínculo fraudulento en el ámbito del empleo público.

En efecto, a tal fin se ha exhibido como aparentemente inadecuada la posibilidad de recurrir a la analogía en primer grado. Sin embargo, descuidar el intento de una proposición alternativa sería tanto como aceptar la posibilidad de que la solución propuesta, por más criticable que pueda ser, se aprecie como única.

Así, he de bucear en las siguientes reflexiones.

XII.1. Analogía en segundo grado

Cierto es que en el análisis antes desarrollado se ha expresado la inconveniencia de recurrir a la llamada analogía en primer grado, en auxilio de normas dentro del mismo ámbito del derecho público para jurídicamente oxigenar y dar salida al caso administrativo no previsto por la norma.

No obstante, el ejercicio de la integración normativa no se agota en aquel intento. Pues bien, siguiendo la doctrina apuntada, debe indagarse sobre la posibilidad de recurrir a la llamada analogía en segundo grado. Al respecto, se ha precisado que en la disciplina del derecho público cuando se aplican normas del derecho privado, la analogía es de segundo grado. Este proceso es más complejo porque implica dos pasos. En primer lugar, el operador debe identificar la similitud entre el caso no contemplado y el caso regulado por las normas del derecho privado. En segundo lugar, debe adaptar la solución jurídica de ese caso previsto, tomando en cuenta los principios del derecho administrativo, para luego aplicarla al caso no contemplado (51).

Sin embargo, en tal tarea el coto estará puesto nuevamente por el principal escollo de la falta de semejanza entre la *ratio legis* que se pretenda extraer del derecho privado para que, pasada por el tamiz de los principios del derecho administrativo, sean aplicables al régimen del empleo público. Pues notorias diferencias se hallan entre ambos regímenes, como ya se ha apuntado.

Caso contrario, resultaría suficiente la garantía protectoria que el derecho laboral reconoce al trabajador privado soslayando la directriz constitucional federal a través del art. 14 *bis* concedida a la estabilidad del empleado público. En otras palabras, bastaría con la sola condición de indemnizar para alterar la esencia de la conservación del empleo público.

Razonamiento que sella el descarte de la aplicación de la analogía en segundo grado.

XII.2. Subsidiariedad

Despejada la posibilidad de acudir a la técnica de la analogía, resta evaluar la posibilidad de la aplicación de normas extrañas al derecho público, de manera subsidiaria.

Sobre el particular se ha descripto que ello ocurre cuando la norma permite expresamente la aplicación de las reglas del derecho privado, pero en cotejándolas con las disposiciones del derecho público. En este caso, el operador no

(51) Balbín, Carlos F., ob. cit., p. 313.

debe aplicar las normas del derecho privado de manera automática, sino que debe analizarlas en términos de su compatibilidad con el derecho público, y solo después de ese análisis proceder a su estimación (52).

No obstante, sin que sea menester desarrollar aún más el instituto, la posibilidad de su aplicación se ve desechada. Ello en tanto el vacío absoluto de un ordenamiento jurídico en torno supuesto analizado obstruye la posibilidad de adaptación de norma alguna con otra supletoria mediante el test de compatibilidad que sugiere la doctrina.

XII.3. Principios generales del derecho

A distinto puerto parece arribarse cuando se razona sobre la aplicación de los principios generales del derecho. Más allá del diseño clasificatorio que puede ensayarse en relación con ellos (53), los principios generales del derecho poseen un nivel de abstracción más elevado que las normas y abarcan todo el ordenamiento jurídico. Actúan como elementos que sistematizan y cohesionan el modelo legal, suplen las indeterminaciones del sistema y guían la labor del intérprete (54).

En efecto, a fin de llenar los aparentes vacíos normativos, el intérprete debe recurrir a los principios generales del derecho que bañan todas las ramas de la ciencia jurídica, luego particularmente a los referidos al derecho administrativo y finalmente a los precisos del derecho privado. Y desde luego se enfatiza en la apariencia del vacío normativo, pues a poco que se repare ello no será tal pues el derecho será siempre completado con la simpleza de su visión integral.

Amén de ello, encontramos diferentes principios generales del derecho que darán protección al empleado público que se hubiera vinculado de manera fraudulenta con el Estado y encontrara extinta la relación.

(52) BALBÍN, Carlos F., ob. cit., p. 317.

(53) VIGO, Rodolfo L., "Integración de la Ley", Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 56 y ss.

(54) Balbín, Carlos F., ob. cit., p. 405.

Por un lado, el precepto general de no dañar al otro, *alterum non laedere*. Este principio encuentra apoyo en el art. 19 de la CN y diluye sus efectos por sobre todo el ordenamiento jurídico (55), a punto tal que la CS ha expresado que "merece toda la amplitud [...] evitando interpretaciones o limitaciones reglamentarias en la medida en que impliquen 'alterar' los derechos reconocidos por la Constitución Nacional" (56). Ello, claro está más allá de su ubicación positiva dentro del Cód. Civ. y Com. (57).

Al mismo tiempo, la protección que merece el empleo público encontrará abrigo en los principios generales del derecho del trabajo, en cuanto someten a su alcance a todo trabajador con prescindencia del ámbito, público o privado, en el que despliegue su tarea como tal.

Revestirá así suma importancia el principio protectorio, el cual comporta una orientación política o un criterio valorativo que demanda que, en las relaciones laborales, se otorgue una protección prioritaria a los trabajadores (58).

Tampoco podrá soslayarse el principio *in dubio pro operario*, por conducto del cual cuando una norma laboral permita múltiples interpretaciones, el intérprete debe elegir la opción que sea más beneficiosa para el trabajador (59).

En definitiva, si bien es cierto que el abordaje integral los principios generales del derecho, desde su arista como fuente del derecho y con sus particularidades en el derecho administrativo, el derecho civil y el derecho laboral, exigirá un desarrollo *in extenso* que excede a esta oportunidad de estudio, también lo es que resultan nociones insoslayables al momento de explorar la búsqueda de una solución a la cuestión aquí planteada.

(55) CS, Fallos, 308:1118.

(56) CS, Fallos, 327:3753.

(57) Art. 1716 Cód. Civ. y Com.: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código".

(58) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., t. I, p. 319.

(59) ACKERMAN, Mario E., ob. cit., t. I, p. 339.

XIII. Conclusión

En este derrotero expositivo, resulta ya innegable la problemática que campea en el empleo público cuando se acude fraudulentamente al uso de figuras contractuales para dar apariencia de vínculos laborales temporarios, a fin de realmente cubrir tareas propias de los planteles permanentes de la administración.

Efectivamente, la CSJN con lucidez ha reconocido la problemática y desde un principio le ha brindado solución con el ánimo protectorio que debe imperar en favor de los trabajadores que se vean dañados por tal práctica.

Ahora bien, los años han hecho madurar el enfoque dado por la jurisprudencia a punto tal de concluir en “Ramos” y hasta nuestros días que la solución indemnizatoria ante tales supuestos se hallaba analógicamente en el ré-

gimen previsto para los trabajadores en disponibilidad que no encuentren reubicación luego del tiempo reglamentariamente previsto.

Sin embargo, como se ha visto, a poco que se repare pareciera no ser tal la respuesta con más tino que pueda ensayarse. Quizás, conforme el esbozo ensayado, una respuesta más eficaz y contemplativa de los derechos de los trabajadores se halle en la aplicación directa de los principios generales del derecho, con particular énfasis en los que dan contenido al derecho administrativo y al derecho laboral.

Es que como reza la titulación del presente, deben aventarse por más tentadoras que luzcan soluciones que intenten eludir la búsqueda de la salida del laberinto, máxime cuando se trata al fin y al cabo de los derechos de los trabajadores.

Impacto de la Ley Bases en la teoría del acto administrativo



Leandro G. Salgan Ruiz (*)

Sumario: I. Planteo del tema.— II. Ámbito de aplicación de la LNPA.— III. La función administrativa en la reforma del Estado.— IV. Diseño del acto administrativo en la ley 27.742.— V. Impugnación administrativa.— VI. Impugnación judicial.— VII. Reflexiones finales.

I. Planteo del tema

Este trabajo tiene como objetivo analizar el impacto de la ley 27.742 en la teoría del acto administrativo de alcance individual. En el contexto de una delegación legislativa, reforma del Estado y desregulación indagaremos en la incidencia de ley bases en el ámbito de aplicación, función administrativa, diseño del acto administrativo y su impugnación tanto en sede administrativa como judicial.

II. Ámbito de aplicación de la LNPA

Para el ejercicio de la función administrativa en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional

(PEN), los órganos centralizados, descentralizados y desconcentrados aplican directamente la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) (1). Los principios y valores de la Constitución nacional (CN) integran el interés público, que es la finalidad específica y raíz de esta función jurídica del Estado (2).

Una vez examinada la aplicación directa de la LNPA en determinados órganos y entidades, es necesario analizar aquellos casos en los que esta ley opera de manera supletoria o complementaria a otras normas especiales.

La aplicación directa implica que la LNPA es la ley principal que rige las actuaciones administrativas, mientras que la aplicación supletoria significa que la LNPA solo se aplicará en aspectos no previstos o como complemento de las leyes especiales.

Por un lado, la aplicación directa establece que las disposiciones de LNPA conforman la ley principal que regirá las actuaciones administra-

(*) Abogado (UBA). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con Diplomado de Posgrado en Docencia del Derecho (UNCUYO). Doctorando en Derecho. Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Magister en Abogacía del Estado (UNTREF). Especialista en Derechos Humanos y Justicia Constitucional (Universidad de Bolonia). Especialista en Abogacía del Estado, Contratos Administrativos, Derecho Procesal y Derecho de la Seguridad Social en la Procuración del Tesoro de la Nación (ECAE). Diplomado Posmagistral en Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Autor de artículos en revistas especializadas y obras colectivas. Expositor en eventos jurídicos. Docente de grado y posgrado.

(1) Ver ap. (i) inc. a) art. 1º LNPA.

(2) Cfr. SAMMARTINO, Patricio M. E.; "Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho"; RDA N° 81; pp. 219 y ss.

tivas, sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales.

Esto se aplica en el ámbito del PEN y en los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación cuando ejerzan una actividad materialmente administrativa. Esta extensión de la LNPA producirá nuevas interpretaciones basadas en la normativa específica que rige en cada uno de los poderes públicos.

Para este análisis, “actividad materialmente administrativa” se define como aquella que se refiere a la gestión de recursos públicos o a la toma de decisiones que afectan a los derechos e intereses de los ciudadanos, independientemente del poder del Estado al que pertenezca el órgano que la realiza.

Estos hallazgos indican que la aplicación directa de la LNPA se limita a los órganos del PEN, mientras que otros poderes del Estado la aplican de manera más restringida cuando ejercen actividad materialmente administrativa.

Además de los supuestos de aplicación directa, el análisis del ámbito de aplicación de la LNPA requiere examinar aquellas situaciones en las que esta ley se aplica de manera supletoria o complementaria.

La aplicación supletoria implica que la LNPA solo se aplicará en aspectos no previstos o como complemento de las leyes especiales, especialmente en entes públicos no estatales, personas públicas no estatales y los procedimientos administrativos regidos por las leyes especiales.

Estos hallazgos reiteran que la aplicación directa de la LNPA se limita a los órganos del PEN, mientras que otros poderes del Estado la aplican de manera más restringida cuando ejercen actividad materialmente administrativa.

El legislador habilitó la reorganización administrativa **(3)** de las estructuras y competencias de esta parte del Sector Público Nacional (SPN) **(4)**.

(3) Ver art. 3º ley 27.742.

(4) Ver inc. a) art. 8º ley 24.156.

El Poder Ejecutivo nacional precisó las empresas donde el Estado es accionista no gozan de prerrogativas de derecho público ni pueden disponer ventajas en la contratación o compra de bienes y servicios. Además, no pueden priorizar u otorgar beneficios en ninguna relación jurídica en la que intervengan **(5)**. En consecuencia, se eliminó la obligación de contratarlas **(6)**.

Las Empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y otras organizaciones empresariales **(7)** se rigen por los principios y normas del derecho privado **(8)**.

Sin embargo, la exclusión de estas entidades con actividad industrial y comercial de la LNPA no considera la posibilidad que también puedan realizar actos de naturaleza administrativa que afecten a terceros.

Esta situación justifica una ampliación de las potestades de la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM). Dado que la naturaleza del derecho fundamental en juego puede requerir la aplicación los principios y normas administrativas, la JGM, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), puede resolver controversias a través del derecho público **(9)**.

Además, el legislador habilita expresamente su intervención de la JGM en las cuestiones de competencia que surjan entre los Ministerios y las entidades autárquicas **(10)**.

Se pueden identificar varios tipos de entidades que aplican la LNPA, entre ellas: órganos del Poder Ejecutivo nacional, Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público de la Nación, entes públicos no estatales, personas de derecho público no estatales, personas jurídicas

(5) Ver art. 50 dec. 70/2023.

(6) Ver dec. 747/2024.

(7) Ver Banco Nación Argentina.

(8) Ver inc. c) LNPA.

(9) Ver inc. c) art. 1º LNPA.

(10) Ver art. 4º LNPA.

privadas y organismos militares, defensa y seguridad.

En primer lugar, es necesario analizar la aplicación de la LNPA en los órganos del Poder Legislativo cuando ejerzan actividad materialmente administrativa **(11)**. El legislador considera que los actos emanados del órgano con competencia final del Congreso de la Nación agotan la vía administrativa **(12)**.

Desde una perspectiva objetiva, el concepto se centra en la naturaleza de la actividad de los órganos de los otros poderes del Estado ajenos al PEN. A modo de ejemplo la cesantía aplicada por el órgano legislativo por sus características propias implica un ejercicio típico de la función administrativa **(13)**.

De manera similar, los órganos del Poder Judicial de la Nación aplican directamente la LNPA cuando ejerzan actividad materialmente administrativa **(14)**. El legislador considera que los actos emanados del órgano con competencia final de este poder del Estado agotan la vía administrativa **(15)**. Un ejemplo es la multa aplicada por el Consejo de la Magistratura de la Nación (CNM) a un juez por falta de decoro en la función judicial **(16)**.

Estrechamente relacionado con el Poder Judicial, el Ministerio Público de la Nación **(17)** también se encuentra alcanzado por la aplicación directa de la LNPA cuando ejerzan actividad materialmente administrativa **(18)**. El legislador considera que los actos emanados del órgano con competencia final de este órgano extra poder agotan la vía administrativa **(19)**.

En el ámbito de los entes públicos no estatales, la LNPA se aplica de manera supletoria **(20)** cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales **(21)**. Esto justifica el pedido de acceso del ciudadano a la información pública **(22)**.

Dentro de esta categoría se encuentran el Instituto de Previsión Social **(23)**, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) **(24)**, las obras sociales **(25)** y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) **(26)**.

En una categoría análoga, las personas de derecho público no estatales también ven regidos sus procedimientos por la aplicación supletoria de la LNPA al ejercer potestades públicas otorgadas por leyes nacionales **(27)**.

Asimismo, extendiendo esta lógica al ámbito privado, las personas jurídicas privadas se encuentran alcanzadas por la LNPA de manera supletoria cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales **(28)**.

Por otra parte, es necesario prestar atención a una situación particular: los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales, en los cuales se aplica la LNPA **(29)**. La redacción actual del art. 1º de la ley 19.549 clarifica la duda en torno a la aplicación directa **(30)** o analógica **(31)** del Título III a los contratos administrativos.

(11) Ver ap. (ii) inc. a) art. 1º LNPA.

(12) Ver ap. (iv) inc. c) art. 23 LNPA.

(13) Cfr. CS; Fallos 311:260.

(14) Ver ap. (ii) inc. a) art. 1º LNPA.

(15) Ver ap. (iv) inc. c) art. 23 LNPA.

(16) Cfr. CS; Fallos 347:520.

(17) Ver art. 120 CN.

(18) Ver ap. (ii) inc. a) art. 1º LNPA.

(19) Ver ap. (iv) inc. c) art. 23 LNPA.

(20) Ver Títulos I, II y III LNPA.

(21) Ver ap. (i) inc. b) art. 1º LNPA.

(22) Cfr. CS; Fallos 344:344.

(23) Ver ley 23.769.

(24) Ver ley 19.032 y modificatorias.

(25) Ver leyes 23.660 y 23.661.

(26) Ver ley 23.987.

(27) Ver ap. (i) inc. b) art. 1º LNPA.

(28) Ver ap. (i) inc. b) art. 1º LNPA.

(29) Ver ap. (ii) inc. b) art. 1º LNPA.

(30) Ver dec. 1023/2001.

(31) Ver dec. LNPA.

A partir de su entrada en vigencia, la LNPA se aplica directamente a los procedimientos especiales de concesión de servicio público, concesión de obra pública (32), contrato de obra pública (33) y el régimen de contrataciones públicas del Estado (34).

Por último, en el caso específico de los organismos militares, de defensa y seguridad, la LNPA (35) se aplica supletoriamente, excluyendo las cuestiones de índole disciplinaria, operativa y técnicas de las respectivas fuerzas.

En definitiva, se observa una clara tendencia hacia una aplicación cada vez más amplia de la LNPA, extendiéndose su alcance más allá del ámbito estrictamente del PEN para abarcar otros poderes del Estado, entes públicos y privados que ejercen funciones administrativas o potestades públicas delegadas. Esto consolida a la LNPA como un pilar fundamental del derecho público argentino.

III. La función administrativa en la reforma del Estado

A continuación, se examinarán en detalle las diversas manifestaciones de la función administrativa. En este apartado, se analizarán las formas en que se manifiesta la función administrativa del Poder Ejecutivo nacional (PEN).

En primer lugar, se abordarán, las omisiones, incluyendo el amparo por mora y el silencio de la Administración. Es fundamental destacar que la actividad continua de los órganos del PEN se basa en la ejecución de procedimientos administrativos, ya sean estos explícitos o implícitos en el ordenamiento jurídico (36).

El trámite de la función administrativa se rige por dos categorías principales de principios: por un lado, los principios fundamentales, y, por otro, los principios sectoriales.

En relación con los primeros el art. 1° bis de LNPA incorpora la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima (37), la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración.

Además de los principios fundamentales mencionados, existen otros principios sectoriales que regulan el trámite administrativo. En cuanto a estos, se encuentran: a) la impulsión de oficio (38), b) la celeridad, economía, eficiencia y eficacia (39); c) la gratuidad (40) y d) la eficiencia burocrática (41).

No obstante, a pesar de esta regulación, el concepto de “vías de hecho” ha enfrentado dificultades en su aplicación efectiva. La falta de una definición precisa de las “vías de hecho” en el dec.-ley 19.549, junto con la inconsistencia (42) jurisprudencial, ha generado problemas para su aplicación efectiva.

Para comprender mejor esta problemática, es necesario analizar la conceptualización de las vías de hecho. Desde una perspectiva conceptual, se define como vía de hecho a la conducta de la Administración pública que lesiona los derechos o intereses jurídicamente tutelados (43).

El legislador ha establecido una serie de supuestos específicos que configuran las vías de hecho prohibidas. Se prohíbe la ejecución del acto administrativo cuando sus efectos estén suspendidos por ley (44). Además, se mantie-

(37) Ampliar en COVIELLO, Pedro J. J; “Contrato administrativo y confianza legítima”; RAP 348; pp. 303-330; SILVA TAMAYO, Gustavo E; “Un nuevo principio del procedimiento administrativo: la confianza legítima”; Diario del 20/08/2024.

(38) Ver inc. b) art. 1° bis LNPA.

(39) Ver inc. c) Art. 1° bis LNPA. Ampliar en SILVA TAMAYO, Gustavo E; “La eficacia administrativa: ¿realidad o mito?; RDA 2011. pp. 909-924.

(40) Ver inc. d) art. 1° bis LNPA.

(41) Ver inc. b) art. 1° bis LNPA.

(42) Cfr. BARRAZA, Javier I.; “Las vías de hecho administrativas”; RDA N° 129.

(43) Ver inc. a) art. 9° LNPA.

(44) Ver inc. b) art. 9° LNPA.

(32) Ver ley 17.520.

(33) Ver ley 13.063.

(34) Ver dec. 1023/2001 reglamentado por el dec. 1030/2016.

(35) Ver inc. c) LNPA.

(36) Ver inc. d) art. 7° LNPA.

ne la prohibición para la Administración pública de realizar actos materiales que constituyan una vía de hecho.

Asimismo, el legislador prohíbe la ejecución del acto administrativo cuando la resolución del recurso no haya sido notificada **(45)**. Actualmente, tanto la omisión total como la parcial priva de eficacia la decisión la autoridad pública.

La invalidez de la notificación del régimen actual difiere de la solución reglamentaria anterior, donde se admitía una especie de subsanación mediante una ampliación de los plazos o el inicio de una acción judicial.

Además, el legislador prohíbe la omisión de alternativas para el interesado ante los defectos técnicos de los mecanismos informáticos y electrónicos utilizados por la Administración pública **(46)**.

La inclusión de este nuevo supuesto busca evitar el abuso de poder por parte del Estado ante la creciente digitalización de los trámites **(47)**. Como ejemplo, tanto la suspensión como la cancelación del CUIT, e incluso el bloqueo informático son consideradas por la doctrina como vías de hecho **(48)**.

Por último, el legislador prohíbe adoptar medidas sobre los bienes o el domicilio del interesado cuya naturaleza exige intervención judicial previa **(49)**, con el fin de proteger al administrado de la imposición de medidas más gravosas sin el debido proceso judicial.

En efecto, corresponde a la función judicial la facultad de dictar embargos, inhibiciones y

cualquier otra medida que requiera sobre los bienes y cuentas del deudor **(50)**.

La violación de cada uno de los supuestos genéricos, cuyo catálogo ha sido ampliado por el art. 9° de la ley 19.549, habilita la impugnación judicial por parte del administrado **(51)**.

Surge, entonces, la cuestión que indaga acerca cuáles son las expresiones de la actividad legítima de la función administrativa del Poder Ejecutivo nacional.

La respuesta a este interrogante requiere que nos detengamos en las manifestaciones de la función administrativa: las omisiones, los hechos administrativos, los reglamentos, los contratos administrativos y, especialmente, el acto administrativo.

En primer lugar, el legislador consagra la obligación de resolver de la Administración pública, la cual recae en el procedimiento administrativo iniciado y se exterioriza mediante una decisión fundada, expresa y escrita **(52)**.

Ante la omisión de este deber expreso y determinado que exige la LNPA surgen dos institutos que buscan neutralizar la morosidad imputable a la autoridad pública: el amparo por mora y el silencio de la Administración.

Por un lado, el amparo por mora **(53)** establece plazos reducidos para que la Administración pública informe a la autoridad judicial las razones de la demora. Asimismo, faculta al juez a fijar un plazo bajo apercibimiento de tener por aprobada la solicitud. Esto sugiere el control judicial podría sustituir en la decisión que corresponde al poder administrador.

Por otro lado, el silencio positivo **(54)** opera por vencimiento del plazo para resolver siempre que se trate de una autorización o conformidad derivada una actividad reglada para la Administración pública. Este mecanismo se instrumenta

(45) Ver inc. b) art. 9° LNPA.

(46) Ver inc. c) art. 9° LNPA.

(47) Ampliar en NIELSEN ENEMARK, Carlos A.; "El derecho administrativo en el entorno digital: las relaciones entre los sistemas informáticos y la función administrativa"; RDA 139, pp. 16-42.

(48) Cfr. ALBORNOZ, Juan J. — PÉREZ, Anahí, "Sanciones atípicas en el derecho tributario", En "Temas de Derecho Administrativo Sancionador", pp. 241-256.

(49) Ver inc. d) art. 9° LNPA.

(50) Cfr. CS, Fallos 333:935.

(51) Ver apart. (iv) inc. a) art. 23 LNPA.

(52) Ver aparts. (iii y iv) inc. a) art. 1 bis LNPA.

(53) Ver art. 28 LNPA.

(54) Ver inc. b) art. 10 LNPA.

a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) que utiliza la jurisdicción **(55)**.

Mientras que el amparo por mora busca agilizar la respuesta de la Administración pública mediante la intervención judicial, el silencio positivo actúa como una decisión presunta a favor del administrado en casos específicos.

En segundo lugar, se abordarán los hechos administrativos, diferenciándolos de otras figuras. Para los propósitos de este análisis, se entenderá por “hechos administrativos” **(56)** aquellas acciones materiales realizadas por la Administración pública que, sin constituir una declaración de voluntad explícita, producen efectos jurídicos que pueden afectar a los administrados. Estos hechos forman parte de una conducta no formalizada y, a partir de su conocimiento por el afectado, podrá deducirse la impugnación judicial **(57)**.

En tercer lugar, se analizarán los contratos administrativos celebrados por la Administración pública centralizada, descentralizada y desconcentrada del PEN **(58)**, incluyendo el empleo público, la concesión de obra pública, la obra pública y los Contratos de Participación Público Privada (PPP).

En el ámbito del empleo público **(59)**, el legislador modificó la autoridad de aplicación, el acceso a la función pública, la reubicación del personal, las condiciones de jubilación, el sistema disciplinario y las competencias del Fondo de Capacitación Permanente y Recalificación Laboral **(60)**.

En cuanto a la concesión de obra pública **(61)**, el legislador amplió su objeto a toda

clase de infraestructura y habilitó la posibilidad de un plazo variable para la concesión. También estableció la licitación pública nacional o internacional como procedimiento de selección de contratista estatal.

Respecto a la obra pública **(62)**, el legislador aprobó el procedimiento de renegociación y rescisión por razones de emergencia pública. Asimismo, se incluyó la posibilidad de celebrar acuerdos transaccionales prejudiciales, judiciales y arbitrales.

En los Contratos de Participación Público Privada (PPP) **(63)**, la ley 27.742 impacta en la ampliación del objeto, la limitación en el proceso de selección, la protección de la ecuación económica financiera, la limitación de las prerrogativas de la administración y la promoción de medios alternativos de resolución de conflictos.

Se observa una tendencia del legislador a ampliar el objeto de los contratos administrativos, como se evidencia en las modificaciones a la Ley de Concesión de Obra Pública y la Ley de Contratos de Participación Público Privada.

En cuarto lugar, se estudiarán las disposiciones reglamentarias y su entrada en vigor. En efecto, el reglamento adquiere eficacia a partir de su publicación en el Boletín oficial.

De hecho, el acto de alcance general rige a partir del octavo día de su publicación oficial o desde la fecha que este determine **(64)**. La extinción de los actos de alcance general sea total o parcial, opera por su derogación y pueden ser reemplazados ya sea a petición de parte o de oficio **(65)**.

Si bien los reglamentos son una expresión importante de la función administrativa, el acto administrativo sigue siendo el instituto central y más común mediante el cual el Poder Ejecutivo ejerce sus potestades.

(55) Ver dec. 695/2024 y decisión administrativa 836/2024.

(56) Cfr. COMADIRA, Fernando Gabriel; “El reglamento administrativo: concepto y diferencia con otras figuras”; RDA N° 125; pp. 951-977.

(57) Ver inc. d) art. 25 LNPA.

(58) Ver aparts. (i) y (ii) inc. a) art. 1° LNPA.

(59) Ver ley 25.164 y dec. 1421/2002.

(60) Ver dec. 695/2024.

(61) Ver ley 17.520.

(62) Ver ley 13.064.

(63) Ver ley 27.328.

(64) Ver art. 11 LNPA.

(65) Ver art. 8° LNPA.

Finalmente, se analizará en detalle el acto administrativo, tanto en su alcance individual como en sus diferentes categorías, cuya eficacia se adquiere desde el momento de su notificación al interesado **(66)**. Este instituto clásico difiere de la omisión, el hecho administrativo, el reglamento y el contrato administrativo.

El legislador ofrece criterios de categorización del acto administrativo según su grado de afectación en el destinatario. En efecto, la LNPA distingue entre los actos favorables y los actos desfavorables.

En primer caso, ocurre cuando la sentencia judicial declara la nulidad relativa y limita su efecto retroactivo cuando acto fuere favorable al particular y este no hubiese obrado con dolo **(67)**.

Aunque técnicamente no hay una declaración de voluntad de la Administración pública, lo cierto es que para legislador equipara al acto finalizador del procedimiento administrativo cuando hay silencio en sentido positivo **(68)**.

En el segundo caso, el legislador exige del cumplimiento de la sanción pecuniaria impuesta en el acto administrativo como un requisito de admisibilidad para el recurso judicial directo.

También ofrece una respuesta específica según la naturaleza del derecho fundamental en juego. Tanto la consulta pública como la audiencia pública **(69)** son procedimientos administrativos que garantizan la participación del usuario y consumidor en las tarifas de los servicios públicos **(70)**.

Incluso se advierte un trato diferenciado según la forma en que se exterioriza la voluntad del órgano. El legislador admite la forma electrónica del acto administrativo **(71)**, aunque los

medios electrónicos y digitales están sujetos a las condiciones que fije la reglamentación **(72)**.

IV. Diseño del acto administrativo en la ley 27.742

Este análisis se centrará en la definición y los elementos esenciales del acto administrativo individual, los vicios que pueden afectar su validez, el sistema de nulidades aplicable y las facultades de la Administración pública para la revocación y suspensión de estos actos.

Para dictar un acto de alcance individual, el órgano del Poder Ejecutivo nacional ejerce la función administrativa y expresa su voluntad expresamente en un caso concreto. El legislador establece la forma escrita **(73)** como un requisito esencial para la validez del acto administrativo, lo que subraya la importancia de la claridad y la precisión en la expresión de la voluntad administrativa.

El acto administrativo no solo goza de la presunción de legitimidad, sino que su fuerza ejecutoria faculta a la Administración pública a ponerlo en marcha por sus propios medios. Cuando la Administración pública protege el orden público **(74)** utiliza su fuerza contra los bienes o personas en la ejecución del acto administrativo. Por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley local autoriza el desalojo o la demolición de los edificios que amenacen a ruina **(75)**.

Asimismo, al proteger el dominio del Estado, la Administración ejerce su fuerza ejecutoria en el acto administrativo **(76)**, excluyendo el silencio con sentido positivo respecto a los derechos sobre los bienes del dominio público **(77)**. En el caso de las tierras fiscales del Estado, la Administración pública también utiliza su fuerza eje-

(66) Ver art. 11 LNPA.

(67) Ver art. 15 LNPA.

(68) Ver inc. b) art. 10 LNPA.

(69) Ver art. 1° bis LNPA.

(70) Ver art. 8° bis LNPA.

(71) Ampliar en NIELSEN ENEMARK, Carlos A.; "El uso de inteligencia artificial en el acto administrativo";

RDA 135; pp. 184-184.

(72) Ver art. 8° LNPA.

(73) Ver art. 8° LNPA.

(74) Ver art. 12 LNPA.

(75) Ver art. 12 dec. 1510/1997.

(76) Ver art. 12 LNPA.

(77) Cfr. inc. b) art. 10 LNPA.

cutoria **(78)**, como en los parques nacionales y monumentos naturales **(79)**.

Además, cuando incauta bienes muebles peligrosos para la seguridad **(80)** o salubridad de la población, actúa en virtud de su fuerza ejecutoria, tal como lo establece el art. 12 del dec. 1510/1997 que regula el procedimiento administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.

La intervención de las fuerzas policiales ante delitos flagrantes **(81)** también se realiza bajo esta misma fuerza ejecutoria. En cada uno de los supuestos genéricos y amplios del art. 12 de la LNPA, el legislador autoriza expresamente a la Administración pública a ejercer su fuerza contra los bienes o las personas sin intervención judicial.

Si bien la fuerza ejecutoria del acto administrativo es fundamental para la eficacia de la acción administrativa, es necesario considerar que su aplicación sin control judicial puede dar lugar a abusos por parte de la Administración pública. Surge, entonces, la cuestión que indaga acerca como es el diseño del legislador del acto de alcance individual.

En primer lugar, se analizará el marco normativo que regula el acto administrativo individual, prestando especial atención a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA). Se examinará la configuración legal de este acto, enfatizando en la voluntad del órgano emisor como elemento esencial.

El art. 7° de la ley 19.549 establece la voluntad como un componente fundamental del acto administrativo, considerándola un elemento esencial y no un presupuesto que se proyecta en el órgano emisor **(82)**.

Esto es especialmente relevante en la formación de las decisiones de los órganos colegia-

dos **(83)**, donde se hace referencia a la doctrina elaborada por el Máximo Tribunal en el precedente “González Lima” **(84)**.

En segundo lugar, se profundizará en los requisitos esenciales que debe reunir todo acto administrativo individual para su validez, incluyendo la competencia, la causa, el objeto, el procedimiento, la motivación y la finalidad. Se examinará cómo la LNPA regula cada uno de estos elementos y su impacto en la validez del acto administrativo. Estas piezas esenciales deben ser puestas en perspectiva y reformuladas a la luz de los nuevos principios fundamentales del art. 1° *bis* de la ley 19.549.

En cuanto a la competencia **(85)**, el legislador consagra la obligatoriedad de su ejercicio por parte de la autoridad pública autorizada por la norma habilitante **(86)**, dentro del plazo máximo fijado para resolver **(87)**.

En este sentido, el derecho a un plazo razonable **(88)**, que integra la tutela administrativa efectiva, establece el deber del órgano competente de dictar una resolución expresa **(89)**.

El Máximo Tribunal ha desarrollado las pautas de esta garantía en los precedentes “Lo-sicer” **(90)**, “Bonder Aaron” **(91)**, “Banco

(78) Ver art. 12 LNPA.

(79) Ver ley 22.351.

(80) Ver art. 12 LNPA.

(81) Ver art. 12 LNPA.

(82) Ver inc. a) art. 7° LNPA.

(83) Ver ap. (v) inc. a) art. 14 LNPA.

(84) Cfr. CS, Fallos 329:5477.

(85) Ampliar en SAMMARTINO, Patricio M. E.; “El principio de competencia en el Estado constitucional de derecho contemporáneo. Alcances y límites”; En “Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público”; pp. 257-279.

(86) Ver art. 3° LNPA.

(87) Ver ap. (viii) inc. g) art. 1° *bis* LNPA.

(88) Ampliar en SALGÁN RUIZ, Leandro G.; “El plazo razonable en el procedimiento administrador sancionador”; Revista de Derecho Público N° 2023-2, pp. 227-249.

(89) Ver ap. (iv) inc. a) art. 1° *bis* LNPA.

(90) Cfr. CS, Fallos 335:1126.

(91) Cfr. CS, Fallos 336:2184.

Integrado" (92), "Espíndola" (93); "Escudero" (94), "Gómez" (95) y "Núñez, Oscar" (96).

En relación con la causa (97), el legislador garantiza que el sustento del acto administrativo se nutra de los antecedentes de hecho y de derecho aplicable (98). La juridicidad (99) se erige hoy como un principio fundamental que rige el procedimiento de la Administración pública encuadrándolo de modo coherente y consistente con el resto del ordenamiento jurídico.

En cuanto al objeto, el legislador tutela las características de la certeza, licitud, posibilidad fáctica y suficiencia (100). Las propiedades de este elemento esencial impactan en la causa, la motivación y la finalidad del acto administrativo. Cuando el objeto del acto administrativo se ha cumplido totalmente, no procede su modificación, sustitución o revocación en sede administrativa (101).

En el procedimiento administrativo (102), el legislador ofrece un cauce formal a la emisión del acto administrativo (103). Se incorporan la consulta pública en materia de tarifas y servicios

públicos, la tutela administrativa efectiva (104) y el dictamen del Servicio Jurídico Permanente de la jurisdicción.

A diferencia de lo ocurre con el resto de los principios fundamentales, el legislador desarrolla con precisión el contenido y alcance la tutela administrativa efectiva. El Máximo Tribunal ha desarrollado con amplitud esta garantía en los precedentes "Astorga Bracht" (105), "Raco" (106) y "Flores" (107).

Esta garantía se proyecta en la ley 27.742, tanto en la defensa como en la propiedad del ciudadano, integrándose por el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba, el derecho a una decisión fundada y el derecho a un plazo razonable, respectivamente (108).

En cuanto a la motivación, el legislador proporciona las razones concretas que justifican el dictado del acto administrativo (109), incluyendo los hechos y el derecho aplicable de la causa. El Máximo Tribunal ha desarrollado este elemento esencial en los precedentes "Schnaiderman" (110), "Micheli" (111); "Silva Tamayo" (112), "Scarpa" (113) y "Reta" (114) respectivamente.

Este requisito materializa el principio de transparencia y expande la buena administración. El derecho a una decisión fundada, que integra la tutela administrativa efectiva, establece el deber

(92) Cfr. CS, "Banco Integrado Departamental Cooperativo Limitado y otros vs. BCRA - Resol. 295/1999 (Exp. 100.194/96 SUM. FIN 883"; sentencia del 18 de febrero de 2014).

(93) Cfr. CS, Fallos 342:584.

(94) Cfr. CS, Fallos 344:378; Consid. 7º.

(95) Cfr. CS, Fallos 344:1930; Consid. 6º.

(96) Cfr. CS, Fallos 346:319.

(97) Cfr. SAMMARTINO, Patricio M. E.; "La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional"; En "Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", pp. 59-90.

(98) Ver inc. b) art. 7º LNPA.

(99) Ver art. 1º bis LNPA.

(100) Ver inc. c) art. 7º LNPA.

(101) Ver art. 17 LNPA.

(102) Ampliar en SAMMARTINO, Patricio Marcelo E.; "Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público"; En "Cuestiones de procedimiento administrativo"; pp. 41-66.

(103) Ver inc. d) art. 7º LNPA.

(104) Ampliar en CANDIA, Fabián Omar; "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"; ED 2015; pp. 732-747.

(105) Cfr. CS, Fallos 327:4185, Consid. 7º.

(106) Cfr. CS, Fallos 344:3230; Voto de la disidencia.

(107) Cfr. CS, Fallos 346:12, Consid. 8º.

(108) Ver aparts. (i, ii, iii y iv) inc. a) art. 1º bis LNPA.

(109) Ver inc. d) art. 7º LNPA.

(110) Cfr. CS, Fallos 331:735.

(111) Cfr. CS, Fallos 332:2741.

(112) Cfr. CS, Fallos 334:1909; Considerando 7º.

(113) Cfr. CS, Fallos 342:1393.

(114) Cfr. CS, Fallos 347:737.

del órgano competente de expresar los argumentos, la prueba y las cuestiones conducentes para la solución del caso **(115)**.

Finalmente, en la finalidad, el legislador endereza el propósito de la norma en el ejercicio de las facultades del órgano emisor **(116)**. Ese objetivo de política legislativa que se persigue se vincula estrechamente con la razonabilidad **(117)** que deriva del principio de juridicidad.

En tercer lugar, se analizará el sistema de nulidades que establece la LNPA para los actos administrativos individuales, diferenciando entre la nulidad absoluta, derivada de vicios graves, y la nulidad relativa, originada en vicios leves. Se examinarán las causas, efectos y posibilidades de saneamiento de cada tipo de nulidad.

El art. 14 de la LNPA enumera con precisión los vicios graves que afectan la voluntad, la competencia, la causa, el objeto, el procedimiento y la finalidad. Esta clasificación se encuentra consolidada en algunas regulaciones del derecho público local **(118)** y comparado **(119)**.

La voluntad del órgano emisor se ve afectada por el error esencial, el dolo, la violencia y la simulación, ya que estos constituyen vicios graves. Asimismo, los defectos graves pueden afectar también la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

La competencia del acto administrativo se ve afectada en su validez por la incompetencia debido al tiempo, del territorio, de la materia y del grado. En este último supuesto, solo se considera válida cuando la autoridad, por su idoneidad específica, posee una competencia excluyente por ley **(120)**.

La causa del acto administrativo se ve afectada en su validez por la inexistencia o falsedad, tanto en los hechos como en el derecho invocado **(121)**.

El objeto del acto administrativo se ve afectado en su validez cuando carece de la certeza, licitud y la posibilidad, tanto fáctica como jurídica **(122)**.

El procedimiento se ve afectado cuando se omite la audiencia del interesado o se vulnera gravemente el procedimiento aplicable **(123)**.

La finalidad **(124)** del acto administrativo se ve afectado cuando la autoridad pública incurre en desviación de poder, y se incorpora como novedad el abuso de poder **(125)**.

Por un lado, se configura la desviación de poder **(126)** cuando el órgano emisor encubre un fin público o privado distinto del que justifica la causa y el objeto del acto administrativo.

Por otro la, cuando la medida del órgano emisor excede la finalidad del acto administrativo, incurre en abuso de poder y se convierte en arbitraria, ya que carece de proporcionalidad y razonabilidad **(127)**.

Mientras que la desviación de poder se configura cuando el órgano emisor persigue un fin distinto al establecido por la ley, el abuso de poder se caracteriza por una extralimitación en la medida adoptada, aun cuando se persiga el fin legítimo.

En cuanto a la motivación del acto administrativo, el art. 14 de la LNPA no menciona vicios graves. Precisamente por esta razón, quedaría residualmente dentro de la categoría de las nu-

(115) Ver ap. (iv) inc. a) art. 1° bis LNPA.

(116) Ver inc. d) art. 7° LNPA.

(117) Ver art. 28 CN.

(118) Ver en las provincias de Neuquén (arts. 67 y 68 ley 1284), Mendoza (ley 9003) y Salta (ley 5358).

(119) Ver en España (art. 47 ley 30/2015).

(120) Ver ap. (i) inc. b) art. 14 LNPA.

(121) Ver ap. (ii) inc. b) art. 14 LNPA.

(122) Ver ap. (iii) inc. b) art. 14 LNPA.

(123) Ver ap. (iv) inc. b) art. 14 LNPA.

(124) Ampliar en BARRAZA, Javier Indalecio; "Finalidad del acto administrativo y desviación del poder"; LA LEY, 2012-B, pp. 1053-1061.

(125) Ver ap. (v) inc. b) art. 14 LNPA.

(126) Ver inc. f) art. 7° LNPA.

(127) Ver inc. f) art. 7° LNPA.

lidades relativas. La forma republicana de gobierno (128) hace necesario que se justifiquen las decisiones tanto de los órganos unipersonales (129) como de los colegiados (130) donde hay deliberación de los miembros (131).

Es importante destacar que la motivación del acto administrativo no solo es un requisito formal, sino que también constituye una garantía para los administrados, al permitirles conocer las razones que justifican la decisión adoptada.

En tercer lugar, a partir de la existencia de vicios, la LNPA establece el sistema de invalidez (132) del acto administrativo, basado en dos grandes categorías: la nulidad absoluta (art. 14 LNPA) y la nulidad relativa (art. 15 LNPA).

En el contexto de la LNPA, la “nulidad absoluta” se define como la sanción que afecta a aquellos actos administrativos que adolecen de un vicio grave en sus elementos esenciales, lo que los priva de efectos desde su origen. Cuando un vicio grave afecta a los elementos esenciales, se configura un supuesto de nulidad absoluta e insanable, con efecto retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo.

En el art. 12 de la LNPA, que regula la suspensión de los efectos, el legislador establece la posibilidad que esa nulidad sea ostensible y manifiesta.

A diferencia de la nulidad absoluta, que es insanable, la nulidad relativa puede ser subsanada mediante la ratificación o confirmación del acto administrativo.

Cuando un vicio leve, no previsto en los supuestos del art. 14 de la LNPA, afecta a los elementos esenciales, se configura un supuesto de nulidad relativa con efecto retroactivo a la fecha del dictado del acto administrativo.

(128) Ver art. 1º CN.

(129) Cfr. PTN, Dictámenes 199:98.

(130) Cfr. CS, Fallos 327:4923.

(131) Cfr. CS, Fallos 329:4577.

(132) Ampliar SAMMARTINO, Patricio M. E.; “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”; RDA 135; pp. 3 y ss.

El acto anulable es susceptible de saneamiento por ratificación o confirmación (133), como ocurre con la incompetencia debido al grado, cuando el acto administrativo es emitido por una autoridad distinta dentro de la misma esfera de competencias (134).

En cuarto lugar, se examinarán las facultades de la Administración pública para revocar y suspender los efectos de los actos administrativos individuales, tanto regulares como irregulares, analizando los límites a estas potestades y los supuestos específicos en los que proceden estas potestades.

El art. 17 de la LNPA consagra la potestad de la Administración pública para revocar actos administrativos irregulares y regulares.

Si se trata de un acto administrativo de alcance individual que porta una nulidad absoluta e insanable, el legislador lo considera irregular y la Administración pública debe revocarlo en sede administrativa por razones de ilegitimidad. Sin embargo, ese deber cede cuando el acto nulo se notificó y generó derechos subjetivos que se están cumplimiento o agotó su objeto.

Precisamente, el acto irregular que adquirió estabilidad no puede suspenderse de oficio en sede administrativa, y solo procede su declaración judicial de nulidad.

Si se trata de un acto administrativo de alcance individual que porta una nulidad relativa, el legislador lo considera regular, y la Administración pública no puede revocarlo ni suspenderlo de oficio en sede administrativa.

No obstante, solo será anulable en sede judicial si se presenta un defecto o vicio sustancial no previsto en el art. 14 de la LNPA. De hecho, ni las omisiones ni las irregularidades que carecen de esa condición pueden generar una nulidad.

No obstante, la Administración pública puede revocar con carácter facultativo un acto regular por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, debiendo indemnizar los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante debidamente

(133) Ver art. 19 LNPA.

(134) Ver ap. (i) inc. b) art. 14 LNPA.

acreditado. En este sentido, el Máximo Tribunal desarrollo lineamientos en los casos “Zonas Francas Santa Cruz SA” (135) y “Juncalan Forestal” (136).

El alcance la reparación fijado por el art. 17 LNPA difiere del sistema limitado de responsabilidad patrimonial del Estado (137). En consonancia, el Poder Ejecutivo nacional establece la inaplicabilidad (138) de la Ley de Expropiaciones (139), la Responsabilidad Extracontractual del Estado (140) y el Régimen de Contrataciones Públicas (141) para la extinción del contrato de obra pública por razones de interés público.

Asimismo, el legislador establece otros supuestos concretos de revocación facultativa del acto regular, extendiéndola también al acto irregular.

Cuando el acto favorece al interesado sin perjudicar a terceros, la Administración pública puede revocarlo, modificarlo, sustituirlo y suspenderlo de oficio en sede administrativa.

Cuando se acredita el dolo del administrado, la Administración pública puede revocarlo, modificarlo, sustituirlo y suspenderlo de oficio en sede administrativa. Este estándar es más elevado que el “conocimiento del vicio” (142), lo que obligaría a utilizar más la acción de lesividad, incrementando la litigiosidad.

De hecho, el art. 271 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) define este vicio de la voluntad tanto por acción como por omisión.

Por un lado, la acción dolosa, se produce cuando se utiliza toda aserción falsa, disimula-

ción de lo verdadero, artificio, astucia o maquinación para la celebración del acto.

Por otro lado, la omisión dolosa se produce cuando el acto no se habría realizado sin la ocultación u reticencia, con los mismos efectos que la acción dolosa.

Cuando el derecho hubiese sido otorgado a título precario, la Administración pública puede revocarlo, modificarlo, sustituirlo y suspenderlo de oficio en sede administrativa.

Los límites a la potestad revocatoria de los actos administrativos irregulares y regulares inciden en el instituto de la suspensión de los efectos de dichos actos.

En términos sencillos, si la Administración pública no puede revocar el acto tampoco podrá suspenderlo en sede administrativa, cuya restricción difiere del criterio adoptado por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) (143).

Desde los límites actuales, la paralización provisoria de los efectos del acto procede en tres supuestos específicos, de oficio o a petición de la parte (144).

En primer lugar, cuando el acto administrativo ejecutado afecta el interés público, procede la paralización transitoria de sus efectos por decisión fundada de la Administración pública.

El segundo lugar, cuando el acto administrativo ejecutado produce un perjuicio mayor, procede la paralización transitoria de sus efectos por decisión fundada de la Administración pública.

En tercer lugar, cuando el acto administrativo ejecutado porta una nulidad manifiesta y ostensible, procede la paralización transitoria de sus efectos por decisión fundada de la Administración pública. El Máximo Tribunal ha desarrollado en diversos precedentes las nulidades

(135) Cfr. CS, Fallos 332:1267.

(136) Cfr. CS, Fallos 312:2266.

(137) Ver art. 5º ley 26.944.

(138) Ver dec. 713/2024.

(139) Ver ley 21.499.

(140) Ver ley 26.944.

(141) Ver dec. 1023/2001.

(142) Cfr. CS, Fallos 321:169.

(143) Cfr. Dictámenes PTN 307:167. En igual sentido, Dictámenes PTN 318:427 y 327:13.

(144) Ver art. 12 LNPA.

manifiestas **(145)** por vicios notorios, patentes y evidentes.

Fuera de estos tres supuestos, subsiste la posibilidad de la medida cautelar que suspende judicialmente los efectos del acto estatal, prevista en el art. 13 de la ley 26.854.

V. Impugnación administrativa

Este apartado tiene como objetivo analizar el sistema de recursos administrativos previsto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), examinando los distintos tipos de actos administrativos que pueden ser impugnados a través de este sistema. Se busca brindar claridad sobre qué recursos proceden en cada caso, los plazos para interponerlos y las consecuencias de su interposición.

Comprender este sistema es esencial para garantizar el derecho de defensa de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración pública, ya que permite a los administrados solicitar la revisión de los actos administrativos que consideren lesivos a sus derechos o intereses, asegurando así la transparencia, la legalidad y la justicia en la actuación administrativa.

El legislador ha establecido un sistema de recursos administrativos que permite a los administrados defender sus derechos frente a los actos administrativos que los afecten.

En primer lugar, se analizarán las distintas categorías de actos administrativos que pueden ser objeto de impugnación a través de recursos administrativos, según lo establecido en la LNPA: actos definitivos, los actos asimilables a definitivos, los actos contractuales, los actos de aplicación de reglamentos y los actos que implican una denegatoria expresa del reclamo administrativo previo

Para interponer recursos administrativos, el legislador legitima a la parte interesada a proteger su situación jurídica frente a un acto administrativo de alcance individual. Se puede impugnar, vía recurso, el acto de alcance par-

ticular que revista carácter definitivo **(146)** o que impida la continuidad del trámite de la pretensión **(147)**.

Además, se pueden impugnar por recurso los actos dictados durante la ejecución de un contrato celebrado con el Estado nacional **(148)**. En efecto, el contratista podrá impugnar judicialmente desde que se notificó el acto administrativo dictados durante la ejecución del contrato hasta los 180 días posteriores a su extinción.

El inc. e) del art. 23 de la LNPA responde a la aplicación de la teoría del acto coligado o separable en los actos administrativos dictados en el desarrollo de una relación contractual **(149)**.

También se puede impugnar, vía recurso, los actos de alcance particular que ejecutan y aplican un acto de alcance general **(150)**.

Finalmente, se puede impugnar el acto que deniega expresamente un reclamo administrativo previo a la demanda judicial **(151)** así como la denegatoria del recurso optativo interpuesto contra ese rechazo.

En segundo lugar, se describirán los distintos tipos de recursos administrativos contemplados en la LNPA y el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos (RNLA), incluyendo el recurso de reconsideración, el recurso jerárquico, el recurso de alzada y el recurso de revisión. Se analizarán los requisitos, plazos y efectos de cada uno de estos recursos.

El legislador habilita a recurrir los actos definitivos, los actos equiparables a definitivos, los actos contractuales, los actos de aplicación del reglamento y aquellos que implican una denegatoria expresa del reclamo administrativo previo. Frente a las modificaciones introducidas en el Capítulo III de la ley 27.742, el PEN adecuó el

(146) Ver aparts. (i y ii) inc. a) art. 23 LNPA.

(147) Ver aparts. (i y ii) inc. a) art. 23 LNPA.

(148) Ver inc. e) art. 23 LNPA.

(149) Cfr. CS, Fallos 316:87.

(150) Ver inc. b) art. 24 LNPA.

(151) Ver art. 31 LNPA.

(145) Cfr. CS, Fallos 248:437. En igual sentido; Fallos 248:249, 248:249, 248:26, 250:682 y 250:772.

Reglamento de Procedimientos Administrativos (RNLA) **(152)** de la LNPA.

Para los efectos de la LNPA, se entenderá por “parte interesada” a toda persona física o jurídica, pública o privada, incluso los adolescentes, cuyos derechos o intereses legítimos se vean afectados por un acto administrativo **(153)**. Se abandona así la noción clásica del interés legítimo y el derecho subjetivo.

A diferencia de la normativa anterior, la LNPA amplía la legitimación para interponer recursos administrativos al reconocer la posibilidad de defender no solo derechos subjetivos o intereses legítimos, sino también otros intereses o derechos jurídicamente tutelados que puedan verse afectados por el acto administrativo.

En efecto, la LNPA utiliza esta expresión cuando regula la tutela administrativa efectiva **(154)**, el debido procedimiento previo **(155)**, las vías de hecho **(156)** y la impugnación judicial del acto administrativo **(157)**.

Es fundamental destacar que la notificación válida **(158)** del acto administrativo resulta esencial para garantizar el derecho de defensa de los administrados, ya que les permite conocer el contenido del acto, los recursos que proceden contra este y el acto que agota la vía administrativa **(159)**.

En estas condiciones actuales, la Administración pública diligencia la notificación a la parte interesada dentro del plazo de cinco días. Tanto el error como la omisión determinarán automáticamente su invalidez e ineficacia **(160)**.

Desde el momento en que el interesado solicita la vista de las actuaciones, se suspenden los plazos por 10 [diez] días **(161)**. Esto es especialmente aplicable cuando el peticionante solicita un plazo de vista, lo cual se notificará por escrito **(162)**.

La suspensión no se limita únicamente al plazo para interponer recursos administrativos sino también que comprende a los descargos, citaciones, requerimiento, emplazamientos, reclamos y acciones judiciales.

En tercer lugar, se analizarán los plazos para interponer cada recurso administrativo, así como las consecuencias de su interposición, incluyendo la suspensión de plazos de caducidad y prescripción. Se examinarán también las consecuencias del silencio de la Administración y la figura de la denuncia de ilegitimidad

La impugnación del acto administrativo vía recurso se deduce dentro de los 30 días hábiles desde la notificación de la resolución definitiva **(163)**. Si bien puede parecer un plazo razonable a primera vista, podría argumentarse que este plazo resulta excesivamente breve para casos complejos que requieren un análisis exhaustivo de la normativa aplicable y de la jurisprudencia relevante.

El RNLA mantiene el recurso de reconsideración **(164)**, el recurso jerárquico **(165)**, el recurso de alzada **(166)** y ahora incorpora el recurso de revisión **(167)**. Mientras que el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo, el recurso jerárquico se plantea ante el superior jerárquico de dicho órgano.

El legislador consagra la obligación de elevar el recurso jerárquico al Superior Jerárquico en el plazo de cinco días para su trámite y sus-

(152) Ver dec. 1759/1972 (Texto Ordenado 2017).

(153) Ver art. 14 dec. 695/2024.

(154) Ver art. 1° bis LNPA.

(155) Ver inc. d) art. 7° LNPA.

(156) Ver inc. a) art. 9° LNPA.

(157) Ver arts. 23 y 24 LNPA.

(158) Ver art. 11 LNPA.

(159) Ver apart. (i) inc. g) art. 1° bis LNPA.

(160) Ver art. 23 dec. 695/2024.

(161) Ver apart. (vii) inc. g) art. 1° bis LNPA.

(162) Ver art. 21 dec. 695/2024.

(163) Ver inc. d) art. 23 LNPA.

(164) Ver arts. 36, 37 y 38 dec. 695/2024.

(165) Ver arts. 39 y 40 dec. 695/24.

(166) Ver art. 41 dec. 695/2024.

(167) Ver art. 43 dec. 695/2024.

tanciación **(168)**. Su interposición suspende los plazos de caducidad y prescripción **(169)**. Fuera de ese plazo, el órgano administrativo que debe resolver considerará esa petición como una denuncia de ilegitimidad **(170)** con un plazo de 180 días.

La autoridad competente se pronunciará dentro del plazo determinado por la reglamentación. El silencio negativo de la Administración en ningún caso opera automáticamente **(171)** sino que es una opción a favor del administrado **(172)**.

VI. Impugnación judicial

Para impugnar judicialmente un acto de alcance particular que afecta derechos o intereses jurídicamente tutelados, el legislador exige que el interesado agote la instancia administrativa. Es fundamental destacar que el agotamiento de la vía administrativa es un requisito esencial para la procedencia de la impugnación judicial, actuando como un control de admisibilidad de la pretensión del particular.

Mientras que la impugnación de los actos administrativos se canaliza a través de la vía recursiva, la vía procesal adecuada para impugnar hechos administrativos y omisiones es el reclamo administrativo previo. El legislador eliminó el control de judicial de oficio de la habilitación de instancia incorporados por la ley 25.344.

Cuando una omisión o un hecho administrativo afecta derechos o intereses jurídicamente tutelados, el legislador exige que el interesado formule el reclamo administrativo previo (RAP) a la demanda judicial, solicitando su revisión en sede administrativa en un plazo de 90 días en los supuestos autorizados **(173)**.

Aunque el legislador elimina la necesidad de solicitar el pronto despacho del sistema general,

vencido ese plazo del RAP, se podrán adicionar otros 45 días si el interesado interpone pronto despacho.

El sistema de impugnación judicial de la LNPA exime esta vía procesal para la repetición de los tributos **(174)**, así como los daños por responsabilidad contractual o extracontractual del Estado **(175)** y el denominado ritualismo inútil **(176)**.

En este contexto, se entiende por “ritualismo inútil” la exigencia de agotar la vía administrativa cuando resulta evidente que la Administración no resolverá a favor del administrado, convirtiéndose en un obstáculo innecesario para acceder a la justicia.

Por el otro, cuando el reglamento afecte derechos o intereses jurídicamente tutelados, el legislador autoriza a impugnarlo directa o indirectamente. Ambas posibilidades son independientes y no se excluyen mutuamente.

En la impugnación directa el interesado deberá formular un reclamo impropio ante la autoridad del Poder Ejecutivo nacional que dictó el reglamento **(177)**. Esta exigencia no aplica a los reglamentos delegados **(178)**, los reglamentos de necesidad y urgencia **(179)** y la promulgación parcial de leyes **(180)**.

En la impugnación indirecta, el interesado cuestiona los actos del alcance particular de aplicación. Si el recurso se desestima o no se interpone, no se impide la impugnación directa del reglamento **(181)**.

Asimismo, este requisito previo de la LNPA alcanza a todo acto administrativo definitivo, así

(168) Ver apart. (v) inc. g) art. 1° bis LNPA.

(169) Ver inc. i) art. 1° bis LNPA.

(170) Ver inc. h) art. 1° bis LNPA.

(171) Cfr. Dictámenes PTN 306:194 bis.

(172) Ver art. 10 LNPA.

(173) Ver arts. 30 y 31 LNPA.

(174) Ver inc. a) art. 32 LNPA.

(175) Ver inc. b) art. 32 LNPA.

(176) Ver inc. c) art. 32 LNPA.

(177) Ver inc. a) art. 24 LNPA.

(178) Ver art. 76 CN.

(179) Ver inc. 3) art. 99 CN.

(180) Ver art. 80 CN.

(181) Ver inc. a) art. 24 LNPA.

como también aquel que impide la continuidad de la pretensión **(182)**.

En segundo lugar, se enumeran excepciones a la regla general, incluyendo normas declaradas inconstitucionales, amparos y medidas cautelares.

Cuando la impugnación recae sobre una norma declarada inconstitucional, el legislador exime interesado del agotamiento previo, ya que el acto impugnado se basa en una ley inválida **(183)**.

Para evitar sortear el agotamiento previo, no basta con que el interesado invoque una inconstitucionalidad, sino que esta incompatibilidad con la ley fundamental debe ser categórica y dirimente. Cuando la conducta del Estado produce la ineficacia del procedimiento recursivo, el legislador dispensa al interesado de agotar la vía administrativa configurándose un ritualismo inútil **(184)**.

Cuando se interpone un amparo, el legislador exime al interesado de agotar la vía administrativa, pues será objeto de esa acción. También se incorporan las medidas cautelares, autosatisfactivas y la tutela anticipada como procesos urgentes **(185)**.

Cuando la impugnación recae sobre un acto que integra un proceso judicial el legislador exime al interesado de agotar la vía administrativa, pues su tratamiento se difiere al procedimiento de ejecución de sentencia **(186)**.

En tercer lugar, se describe el procedimiento a seguir para impugnar un acto administrativo ante la Justicia, incluyendo los plazos para interponer la demanda (180 días), la acción de nulidad y la posterior acción indemnizatoria por daños y perjuicios, así como los plazos de prescripción aplicables a la Administración pública para solicitar la nulidad de sus propios actos.

El legislador define los actos del alcance particular que agotan la vía administrativa **(187)**. Entre ellos se incluyen: a) el acto que resuelve el recurso jerárquico, b) el acto dictado por el Poder Ejecutivo nacional, c) el acto dictado por los órganos superiores de los entes descentralizados, y d) el acto administrativo emanado del Poder Judicial, del Poder Legislativo y del Ministerio Público de la Nación.

La demanda contenciosa contra el Estado debe ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de 180 días computado desde la notificación del acto de alcance particular **(188)**. En caso de silencio de la Administración, se podrá iniciarse en cualquier momento **(189)**.

Es importante señalar que el plazo de caducidad busca brindar seguridad jurídica al procedimiento, evitando que los actos administrativos sean cuestionados indefinidamente.

El interesado deberá deducir, dentro del plazo de caducidad, la acción de nulidad **(190)** del acto administrativo de alcance individual en un proceso judicial de anulación. A partir de la fecha en quede firme la sentencia que declara la nulidad se podrá iniciar dentro del plazo de prescripción, la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados por el acto ilegítimo **(191)**.

El legislador reguló la prescripción para que el Estado y sus entes autárquicos soliciten la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo **(192)**. Mientras que para los casos de la nulidad absoluta fijó un plazo de 10 años, en lo de nulidad relativa lo estableció en 2 años **(193)**, cuyo cómputo comienza desde el momento de su notificación.

Finalmente, se mencionan los casos excepcionales en los que la ley permite interponer un re-

(182) Ver inc. b) art. 23 LNPA.

(183) Ver ap. (i) inc. b) art. 23 LNPA.

(184) Ver ap. (ii) inc. b) art. 23 LNPA.

(185) Ver ap. (iii) inc. b) art. 23 LNPA.

(186) Ver ap. (iv) inc. b) art. 23 LNPA.

(187) Ver inc. c) art. 23 LNPA.

(188) Ver inc. a) art. 25 LNPA.

(189) Ver art. 26 LNPA.

(190) Cfr. CS, Fallos 310:1476.

(191) Ver art. 26 LNPA.

(192) Ver art. 27 LNPA.

(193) Ver art. 22 LNPA.

curso judicial directo **(194)**, cuya procedencia y admisibilidad será evaluada por el tribunal competente según las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cód. Proc. Penal).

VII. Reflexiones finales

El análisis del ámbito de aplicación de la LNPA evidencia una expansión progresiva de su alcance, consolidándose como un marco normativo fundamental en la gestión pública.

El acto administrativo es la expresión principal de la función administrativa.

Las categorías incluyen los actos favorables y desfavorables. Se destaca su materialización

(194) Ver art. 25 bis LNPA.

a través de medios electrónicos y digitales. Se analiza la importancia de la participación ciudadana en la toma de decisiones, garantizando los derechos de usuarios y consumidores.

Se destaca la competencia, la causa, el objeto, el procedimiento, la motivación y la finalidad, resaltando la relevancia de la voluntad del órgano emisor. El sistema de impugnación administrativa se diseña a partir de los recursos disponibles, plazos, requisitos y efectos.

Finalmente, entendemos que la impugnación judicial con sus requisitos, plazos, procedimientos y excepciones aplicables garantiza un control judicial eficaz de la actividad administrativa y la protección de los derechos de los administrados.

El ámbito de aplicación de la ley 19.549 y de su decreto reglamentario



Julio C. Fonrouge Echagüe (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El ámbito de aplicación de la ley 19.549. La inclusión del Poder Legislativo de la Nación, del Poder Judicial de la Nación y de entes públicos no estatales constituidos en la órbita nacional.— III. Conclusión.

I. Introducción

La ley 27.742 “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, a través de su art. 24, modificó el art. 1° de la ley 19.549 y el alcance de su ámbito de aplicación.

El texto actual del art. 1° de la ley 19.549 dice:

“Ámbito de aplicación.

“a) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a:

“(i) La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales;

“(ii) Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.

“b) También se aplicarán, en forma supletoria los títulos I, II y III a:

“(i) Los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales;

“(ii) Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incisos (i) y (ii) del inciso a) precedente.

(*) Abogado, socio del estudio JP O’Farrell Abogados, director del Suplemento legal de Derecho de Energía, Hidrocarburos y Minería de elDial.com (Editorial Albrecht) y responsable de actualización normativa diaria de la Revista Argentina de Derecho de Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM), docente en varias universidades e institutos de especialización, responsable de legales, compliance y medio ambiente de la Fundación Contactos Energéticos, gerente general de NCS Multistage Argentina, representante de Selex ES INC Sucursal Argentina, director de CNCA SA, presidente de la Cámara Argentina de Ensambladores y Comercializadores de Tecnología Informática AC.

“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”.

Sin perjuicio de que en el presente trabajo no comprenderé un análisis de las exclusiones previstas en el inciso c) ni de la ampliación del ámbito de aplicación de la ley 19.549 prevista en el inciso d), se me impone cuestionar la exclusión prevista, en tanto que las entidades excluidas válidamente podrían ejecutar una actividad materialmente administrativa, muy en especial en lo que hace en materia de contrataciones y los principios aplicables en la materia o, llegado el caso, quedar comprendida en marcos de consolidación de deuda del Estado (por ejemplo, como sucedió ante la ley 25.344) (1).

(1) CS, “Abregu Neri del Carmen c. Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio” (RHE), SCA 971, L. XLIII.; entre muchos otros, sustentados en la teoría de transmisibilidad del patrimonio.

Las distintas formas societarias que el Estado nacional ha empleado para asumir el ejercicio de distintas actividades industriales constituyen sujetos de la última esfera de descentralización que, como tales, entremezclan sus regulaciones jurídicas con aplicaciones de derecho privado. Sobre el punto, bien apuntó el Dr. Gauna en su dictamen (2) que “el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para aguzar el control de la comunidad y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita”.

Fortalece la crítica apuntada que la ley 19.549 contiene previsiones de fondo en materia de derecho administrativo —como lo que hace a los elementos del acto administrativo o a la nulidad de actos administrativos—, normas de procedimiento y normas procesales (como, por ejemplo, lo que hace a la habilitación de la instancia, impugnación judicial de actos administrativos o, en su caso, al amparo por mora normado en el art. 28 de la ley 19.549).

Así, por ejemplo, cuando el art. 79 de la ley 27.442 (3) excluye la aplicación de la ley 19.549 en el ámbito de la Autoridad de Defensa de la Competencia, de forma alguna podría excluir las previsiones de fondo de la referida ley, sino que las que refieren al procedimiento y procesales. Caso contrario, de no constituir los actos de la Autoridad de Aplicación de la ley 27.442 actos administrativos, carecerían de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, resultando incongruente que al efecto de su actividad haga de aplicación plazos

(2) CS, 12/05/1988, in re “La Buenos Aires Compañía de Seguros SA c. Petroquímica Bahía Blanca SA” (L-198-XXI).

(3) El art. 79 de la ley 27.442 dice: “Serán de aplicación supletoria para los casos no previstos en esta ley, el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente. No serán aplicables a las cuestiones regidas por esta ley las disposiciones de la ley 19.549”.

administrativos normados por la misma ley 19.549.

II. El ámbito de aplicación de la ley 19.549. La inclusión del Poder Legislativo de la Nación, del Poder Judicial de la Nación y de entes públicos no estatales constituidos en la órbita nacional

A título inicial, se desprende del nuevo texto del art. 1° de la ley 19.549 que:

i) se ha fortalecido la condición de “ley federal y local” de la norma;

ii) se amplió el marco de aplicación de la ley 19.549 y su decreto reglamentario 1759/72.

En lo que hace a la naturaleza de la ley 19.549 [la que, en forma inicial, vale recordar, se emitió como un decreto ley (4)], se mantuvo y reafirmó la aplicación de la ley tanto por ante la administración nacional como ante la órbita federal. A ellos se suman procedimientos especiales instituidos en marcos jurídicos específicos (5).

Sobre el punto, el art. 1° de la ley dispone su aplicación: i) directa o ii) supletoria, excluyendo en su inciso c) a distintas organizaciones empresariales con participación estatal (empresas del Estado) e incluyendo con limitaciones el marco de la norma a organismos militares y de defensa y seguridad.

En lo que hace a la determinación los límites de la administración pública, se evidencia una ampliación de ámbito de aplicación de la norma y una recepción de la doctrina en la materia, muy en especial de la Procuración del Tesoro y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (6).

(4) Ver: “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un Debate Epistolar y Generacional”, LA LEY, 2006-F, 892.

(5) Conf. BUTELER Alfonso, “Derecho Administrativo Argentino”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, T. III, p. 31 y ss.

(6) CS, 12/05/1988, in re “La Buenos Aires Compañía de Seguros SA c. Petroquímica Bahía Blanca SA” (L-198-XXI); Fallos 311:260, autos “Persoglia Sergio Damián c. Provincia de Buenos Aires (Honorable Senado)”, sentencia del 10/03/1988; Fallos 317:683; entre otros.

En este orden, la reforma introducida por el art. 24 de la ley 27.742 amplió el alcance de la ley 19.549 en aquellas zonas o entidades donde existían dudas y cuestionamientos en la aplicación de la ley de procedimientos administrativos, en concreto frente a escenarios de entidades que ejecutan una función administrativa (7) y no integran la administración pública nacional centralizada y descentralizada.

En la actual redacción del art. 1° de la ley 19.549, la función administrativa [definida desde el punto de vista de su sustancia o materialidad, esto es, con un criterio objetivo (8)], es ejercida por el Poder Ejecutivo nacional y los organismos encuadrados en su ámbito centralizado y descentralizado —sujetos de derecho público a quienes les está asignada en forma directa—, como además, a los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan una actividad materialmente administrativa.

Así las cosas, se vislumbra de la reforma al art. 1° de la ley 19.549 que, en su actual redacción, distingue la función de la actividad administrativa, en línea con la postura de Rodolfo Barra (9). En efecto, este distingue los conceptos de actividad —legislativa, ejecutiva o administrativa, y jurisdiccional— y función. Enseña tal doctrina que las tres actividades propias del Estado son ejecutadas por los tres poderes, y la función es la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los órganos del Estado para que realicen sus actividades jurídicas sobre materias determinadas y de acuerdo con un procedimiento típico y preestablecido.

(7) Se ha definido a la función administrativa como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de ellos individuos que lo integran (conf. MARIENHOFF Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs.As., 1990, T. I, 4ª edición, actualizada, ps. 58-76 y ss., y T. II, 4ª edición actualizada, Bs. As., 1993, p. 223).

(8) Conf. Jeanneret de Pérez Cortéz, María, “El Control Judicial de la Función Administrativa de los Poderes Legislativos y Judicial”, ED, Suplemento Administrativo, 31/07/2002, N.º 10.556.

(9) Conf. BARRA Rodolfo, “Principios de Derecho Administrativo”, Bs. As., 1980, p. 141 y ss.

II.1. Sobre tal lineamiento, la norma en comentario establece su aplicación directa a:

i) La Administración pública nacional centralizada (10) y descentralizada (11).

(10) Conforme sitio de <https://www.presupuestoabierto.gob.ar/sici/administracion-central>, la Administración Central nacional está conformada por las instituciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial junto con el Ministerio Público. Las instituciones que la componen son: Ambiente, Biblioteca del Congreso de la Nación, Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE), Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT), Consejo de la Magistratura, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Defensoría de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, Defensoría del Pueblo de la Nación, Defensoría General de la Nación, Desarrollo Humano y Economía Solidaria, Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación (DAS), Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal, Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas (EMCO), Estado Mayor General de la Armada Argentina (EMGA), Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina (EMGFA), Estado Mayor General del Ejército Argentino (EMGE), Gendarmería Nacional Argentina (GNA), Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Honorable Senado de la Nación Argentina, Imprenta del Congreso de la Nación, Infraestructura Económica y Social, Instituto de Investigaciones Científicas y Técnicas para la Defensa (CITEDEF), Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), Jefatura de Gabinete de Ministros, Ministerio de Capital Humano, Ministerio de Defensa (Gastos Propios), Ministerio de Economía, Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Ministerio de Salud, Ministerio de Seguridad, Obligaciones a Cargo del Tesoro, Oficina de Presupuesto del Congreso, Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA), Policía Federal Argentina (PFA), Prefectura Naval Argentina (PNA), Procuración del Tesoro de la Nación, Procuración General de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, Secretaría de Desarrollo Territorial, Hábitat y Vivienda, Secretaría de Educación, Secretaría de Energía, Secretaría de Industria y Desarrollo Productivo, Secretaría de Innovación, Ciencia y Tecnología, Secretaría de Inteligencia de Estado, Secretaría de Obras Públicas, Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (SEDRONAR), Secretaría de Prensa, Secretaría de Transporte, Secretaría General de la Presidencia de la Nación, Secretaría Legal y Técnica, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, Servicio de la Deuda Pública, Servicio Penitenciario Federal, Subsecretaría de Planeamiento Operativo y Servicio Logístico de la Defensa, Turismo y Deportes, y Vicejefatura de Gabinete del Interior.

(11) <https://mapadeestado.jefatura.gob.ar/back/oranigramas/autoridadesapn.pdf>.

La centralización o descentralización son formas de hacer efectiva la actividad de la Administración pública, con la directa subordinación del órgano inferior jerárquico al órgano central, en el primer caso, y la mera distribución de su propia competencia realizada por el Poder Ejecutivo entre órganos que siguen dependiendo de él a través del poder jerárquico en el segundo (12).

En línea con lo apuntado por Cassagne, el principio de centralización importa que todas las cuestiones de importancia son resueltas por los órganos centrales de la Administración, mientras que, por el contrario, cuando las facultades decisorias se encuentran también adjudicadas a entidades que constituyen la llamada administración descentralizada o indirecta del Estado, la técnica utilizada se denomina descentralización (13).

La existencia de personalidad jurídica en el organismo estatal, al cual se le encomiendan nuevas actividades o solo se le transfieren competencias ya existentes, constituye un presupuesto de la descentralización administrativa, mientras que en la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos de la Administración central (14).

Como define Comadira, la descentralización importa la creación de un ente público estatal, distinto del Estado nacional (Administración central), pero incardinado en su estructura organizativa, al que se atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales (15).

Es dable distinguir la descentralización de la desconcentración, en donde la atribución de facultades decisorias no conlleva la creación de una entidad con personalidad jurídica propia. Así, la descentralización plantea siempre una

(12) CS, "Mazzotta, José c. Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario", 5/04/1995, Nro. Interno: M000000137.

(13) Conf. CASSAGNE Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, T. I, sexta edición actualizada, p. 248.

(14) Conf. CASSAGNE Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, T. I, sexta edición actualizada, p. 249.

(15) Conf. COMADIRA Julio R., "Procedimientos Administrativos", La Ley, 2002, T. I, p. 32.

relación entre sujetos estatales, esto es, refiere a una relación interadministrativa, a diferencia de la desconcentración que implica la configuración de una relación interorgánica (16).

ii) Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales.

En línea con lo apuntado por el inciso a) del art. 1º, existen marcos especiales que regulan las normas de procedimientos aplicables, tal el escenario en marcos regulatorios sectoriales, o de organismos descentralizados, o incluso de marcos de intervención administrativa en la actividad económica [por ejemplo, marcos infraccionales específicos, entre otros (17)], en donde la ley puede ser de aplicación supletoria.

iii) Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan una actividad materialmente administrativa.

La reforma dio encuadre legal a una larga discusión en la materia.

A solo título de ejemplo, en una primera etapa la jurisdicción descalificó la existencia de un caso y así sujeto a revisión judicial y al control de legalidad de los actos del Poder Legislativo vinculados con el nombramiento o remoción de personal y con el ejercicio del poder disciplinario. Así las cosas, se reconoció la existencia de actos administrativos de alcance particular y general del Poder Legislativo, sujetos al control judicial y al control de legalidad (18).

Similar escenario se dio ante la mora incurrida por el Congreso de la Nación en la cons-

titución de la Comisión Bicameral Permanente, para el control de los decretos de necesidad de urgencia del Poder Ejecutivo de la Nación (19), o en procedimientos de solicitudes de acceso a la información pública.

Mismo cabe resaltar en materia de contratos administrativos, en donde existen en la actualidad marcos internos específicos.

Lo propio cabe apuntar respecto de la función administrativa del Poder Judicial de la Nación. En lo que refiere a contratos administrativos, ya a partir del fallo “Villar de Puenzo, Leticia c. Prov. de Buenos Aires”, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (20) reconoció el control judicial del procedimiento de contratación administrativa (contrato de suministro en el referido caso).

Igual lineamiento siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia contractual (21), sujetando a control judicial los actos de alcance particular emitidos en el marco de la ejecución de un contrato administrativo.

Paralelamente, la jurisdicción también admitió el control judicial suficiente de actos administrativos de alcance particular, incluso en materia no disciplinaria, tal el caso del control de actos correspondientes a haberes de retiro de miembros del Poder Judicial (22). Así, sean de alcance individual o reglamentarios, los actos administrativos del Poder Judicial de la Nación han quedado sujetos al control judicial suficien-

(16) Conf. CASSAGNE Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, T. I, sexta edición actualizada, p. 250.

(17) Por ejemplo, el Código Aduanero, Ley de Entidades Financieras, la ley 24.240, DNU 274/2019, entre otros marcos especiales.

(18) Cabe citar CNCAF, Sala III, autos “Llanos, Carlos A. c. Estado Nacional”, del 2/11/1982, id., Sala IV, “González, Claudio Luis c. Estado Nacional” y “Persoglia, Sergio Damián c. Senado de la Nación”, del 2/06/1992 y 11/08/1994, respectivamente. Estos precedentes, al habilitar la instancia, reconocieron la existencia de un caso y la competencia de revisión de los actos administrativos involucrados. Ver también CSJN, Fallos 311:260.

(19) Autos “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y ot. C. E.N. — Congreso de la Nación s/Proceso de Conocimiento” (Expediente N° 18.605/2005), que tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, Secretaría N° 1, causa que sirvió de antecedente a la ley 26.122 (BO 28/07/2006), que regula el trámite y alcances de la intervención el Congreso respecto de los decretos legislativos que dicta el Poder Ejecutivo de la Nación.

(20) Fallo del 20/02/1984.

(21) E. 92. XXXVI. Recurso de Hecho “Estado Nacional (Ministerio de Justicia - Corte Suprema de Justicia de la Nación) c. Benito Roggio e Hijos S.A., sentencia del 21/08/2003.

(22) Fallos 313:336, autos “Gernaert”, del 26/03/1990.

tes y, de tal forma, al control difuso de legalidad (23).

Ahora bien, a partir de la reforma introducida por el art. 24 de la ley 27.742, la ley 19.549 y su decreto reglamentario 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.

II.2. El marco de procedimiento administrativo de la ley 19.549 será de aplicación supletoria a:

i) Entes públicos no estatales.

Las personas públicas no estatales no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración pública. En línea con la doctrina administrativa (24), puede señalarse como sus principales características:

a) en general, su creación es por medio de una ley;

b) persiguen como tales fines de interés público;

c) gozan, en principio, de ciertas prerrogativas de poder público (por ejemplo, la obligación para las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio);

d) las autoridades estatales deberían ejercer un controlador intenso sobre su actividad, en tanto que, en cierta medida, el Estado controla su dirección y administración (de hecho, en lo que refiere al ejercicio de sus funciones públicas y control judicial suficiente de sus actos, suele ser competencia del fuero contencioso administrativo o federal respectiva);

e) en general, su capital o recursos provienen principalmente de aportaciones directas o indirectas de las personas afiliadas o incorporadas a las entidades;

f) como no son personas públicas estatales, quienes trabajan para dichas entidades no son funcionarios públicos;

g) por lo anterior, también las decisiones que expiden sus órganos no constituyen actos administrativos, extremo que no excluye la aplicación de las normas y principios del derecho público para reglar determinados aspectos de la actividad de estos entes [por ejemplo, instituir un régimen de controlador y de impugnaciones ante la Administración pública, y/o el marco de sus atribuciones en el ejercicio de la función pública que por ley se le instituyó (25)].

Cabe citar como ejemplos de entes públicos no estatales a los colegios profesionales sujetos a jurisdicción nacional (26), asociaciones sindicales (27), obras sociales (28), partidos políticos (29), el PAMI, entre otros.

En forma acertada, la aplicación supletoria de la ley 19.549 y de su decreto reglamentario va a cubrir un actual vacío legal que va a habilitar a las autoridades estatales competentes y a los mismos administrados a ejercer un controlador intenso sobre la actividad de tales entidades, resguardando pautas y políticas de integridad (30).

El Estado controla su dirección y administración (de hecho, en lo que refiere al ejercicio de sus funciones públicas y control judicial sufi-

(25) Conf. Decreto 4174/2015, ver sus principios instituidos en el artículo 1º de su anexo único.

(26) Es dable oponer que entes públicos no estatales como el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal o el Colegio de Escribanos, entre otros, al estar bajo la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, no deberían estar en el marco del procedimiento administrativo sujetos a la ley 19.549, sino que al Decreto 1510/1997 de la CABA. Bajo al escenario de derecho público, sin perjuicio del ordenamiento vigente, entiendo debería imponerse el control judicial de legalidad de tales actos por ante la justicia contencioso administrativa local.

(27) Ley 23.551.

(28) Conf. leyes 23.660 y 23.661.

(29) Ley 23.298.

(30) En la Provincia de Buenos Aires, bajo la órbita del Ministerio de Justicia (administración centralizada), existe una Dirección Fiscalizadora de Entes Públicos No Estatales.

(23) Fallos 312:1891 (sumario), LA LEY, 1990-B, 599.

(24) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, T. I, sexta edición actualizada, p. 225.

ciente de sus actos, suele ser competencia del fuero contencioso administrativo o federal respectiva).

ii) Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen por ante las entidades indicadas en los subincisos i) y ii) del inciso a).

Ya sobre el punto resaltamos, por ejemplo, el procedimiento por ante la Autoridad Aduanera (DGA) o en marcos regulatorios sectoriales específicos.

III. Conclusión

La reforma en comentario va a imponer la revisión y evaluación de distintos marcos legales. En especial, en lo que hace al alcance de estos. Por ejemplo, el marco de acceso a la información pública, del Programa Carta Compromiso

con el Ciudadano, de la Ley de Conflictos Interadministrativos, ley 19.983, sus reglamentarias, entre otros.

Pero muy en especial, un análisis del alcance de la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por los tipos penales comprendidos, como, además, por el contenido de los programas de integridad a la luz del inciso b) del art. 23 de la referida ley.

Claramente, los Programas de Integridad en Argentina en forma forzada deberán ampliar su campo de alcance a la luz de la reforma introducida a la ley 19.549 en lo que hace al ámbito de aplicación instrumentado que, en rigor de verdad, hizo recepción del trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia en materia de derecho administrativo.

La tutela administrativa efectiva en la Ley de Bases: algunos avances concretos



Tamara Paredes (*)



Jorge José Aita Tagle (h.) (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los principios.— III. La tutela administrativa efectiva.— IV. Las notificaciones.— V. El pedido de vista suspensivo.— VI. La ampliación del plazo para recurrir administrativamente y para promover la demanda judicial.— VII. La interrupción de plazos por la articulación de recursos administrativos o acciones judiciales.— VIII. Las reformas a los recursos judiciales directos.— IX. El principio de gratuidad y las garantías de impugnación en el procedimiento licitatorio.— X. La impugnación de actos contractuales.— XI. Algunas conclusiones preliminares.

I. Introducción

Recientemente, la “Ley de Bases” (1) y su decreto reglamentario (2) han introducido numerosas modificaciones a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y al Reglamento de Procedimientos Administrativos (RNPA).

Sin dudas, es necesario comenzar a analizar estas disposiciones e ir elaborando algunas con-

clusiones, inevitablemente provisionales y abiertas a la crítica.

En esta oportunidad, nos interesa examinar brevemente el reconocimiento del principio fundamental de la *tutela administrativa efectiva* y, luego, repasar algunas modificaciones concretas del procedimiento y del proceso que parecen resultar congruentes con ella.

Antes, cabe realizar una aclaración preliminar: aunque nos hemos propuesto tomar como punto de partida a la *tutela administrativa efectiva*, el modo en que se encuentran imbricados el procedimiento y el proceso hace necesario que también tratemos algunas cuestiones que propiamente pertenecen al ámbito de la *tutela judicial efectiva* (3).

(*) Abogada (UNC). Magister en Derecho Administrativo (UNC). Diplomada en Derecho Administrativo Posmagistral (U. Austral). Secretaria interina en Justicia Municipal de Faltas, ciudad de Córdoba.

(**) Abogado (UNC). Magister en Derecho Administrativo (UNC). Diplomado en Derecho Procesal (UBP). Vocal de la Cámara de Primera Nominación en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto.

(1) Ley 27.742, BO 08/07/2024.

(2) Dec. 695/2024, BO 05/08/2024.

(3) Es que, tal como se ha dicho: “el procedimiento administrativo se convierte en un punto de contacto entre la tutela administrativa efectiva y la tutela judicial efec-

II. Los principios

En los últimos años, se ha transformado en un lugar común destacar la enorme relevancia que han adquirido los principios dentro del ordenamiento jurídico.

No pretendemos profundizar aquí este fenómeno, sin embargo, se advierte en la legislación contemporánea, aún en la del procedimiento administrativo, una apertura del sistema hacia los principios y, también, una tendencia a ampliarlos y actualizarlos.

Recordemos que al hablar de los principios se suele distinguir (4), entre algunos *generales*, que constituyen la base de todo el ordenamiento jurídico (v.gr.: juridicidad, razonabilidad, buena fe), y otros *sectoriales* que se vinculan directamente con algún sector o institución del derecho (v.gr.: los principios del procedimiento administrativo: celeridad, informalismo, etc.)

La Ley de Bases enuncia una serie de “principios fundamentales” en el primer párrafo del art. 1º *bis*: 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.

Luego, a lo largo de sus primeros cinco incisos menciona, y en algunos casos, desarrolla los siguientes: tutela administrativa efectiva (inc. a); impulsión e instrucción de oficio (inc. b); celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites y gratuidad (inc. c); eficiencia burocrática (inc. d) e informalismo (inc. e).

Es claro que la reforma ha reiterado algunos principios *sectoriales* ya contenidos en la LNPA

tiva, y ello se pone de manifiesto en esa zona gris entre procedimiento y proceso representada por el sistema de agotamiento de la vía administrativa contenido en las normas procedimentales en el orden nacional” (CANOSA, Armando N., “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública — RAP, N.º 343, p. 328).

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, ps. 35 y ss.

(impulsión e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia, informalismo a favor del administrado); sin embargo, también ha nombrado otros, los “fundamentales”, que pueden ser caracterizados como *generales*, en tanto exceden al ámbito propio del procedimiento del administrativo, y que ya eran reconocidos como tales por la doctrina y jurisprudencia.

Todos estos principios fundamentales solo han sido enunciados, sin explicitación de su contenido, con excepción de la tutela administrativa efectiva (5).

Pese a ello, se observa algún optimismo en su incorporación (6). Es que, resulta esperable que cumplan una función de guía —en la formulación, interpretación y aplicación del ordenamiento—, marcando los nuevos rumbos por los que transita —y los que debería transitar— el procedimiento administrativo y, también en otros campos de la disciplina (7).

(5) Por el contrario, se advierte la presencia de otro principio no enunciado; pero sí desarrollado mínimamente en el mismo artículo: la participación ciudadana. En efecto, se han introducido los mecanismos básicos de participación (audiencia pública y consulta pública) dentro de la regulación de la tutela administrativa efectiva, en el apartado correspondiente al derecho a ser oído (art. 1º *bis* inc. a ap. i).

(6) Véase: VILLATA, Ricardo A., “Modificaciones de la Ley Bases a la normativa nacional de procedimientos administrativos”, ADLA, 2024-8, 90, TR LALEY AR/DOC/1969/2024.

(7) Ha dicho Coviello: “La protección de la confianza (...) no necesitó su reconocimiento por el derecho positivo para que fuera aplicada tanto en el derecho comparado como por nuestro derecho. Y ello, simplemente, porque ha sido reconocida como un principio general del Derecho (...) Ahora bien, por el hecho de que el instituto esté incluido en la LNPA, en modo alguno significa que solo se pueda tener en cuenta su aplicación ceñida al procedimiento administrativo. Al contrario, va mucho más allá de mero procedimiento este fundamental tópico del Derecho Administrativo, y que, al igual de lo que ocurrió con el anterior texto de la LNPA, sus principios tuvieron carácter expansivo sobre el resto de las instituciones iusadministrativas” (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, Cita Digital: ED-V-DCCCXXXVI-153).

Cuanto menos, al colocarlos en la puerta de entrada de la ley, se deja a la vista una herramienta útil (8).

III. La tutela administrativa efectiva

No parece necesario explicar aquí el origen, el desarrollo jurisprudencial y el amplio contenido del principio de la *tutela administrativa efectiva*, del que ya se han ocupado importantes autores (9).

Sin embargo, cabe recordar que se trata de un derecho-garantía fundamental que comprende un amplio conjunto de derechos que suelen ser agrupados en tres generales: 1) derecho a ser oído, 2) derecho a ofrecer, producir y controlar la prueba, y 3) derecho a una decisión fundada en un plazo razonable (10).

La ley ha seguido básicamente este esquema, aunque lo ha ordenado en cuatro apartados (art. 1º *bis*, inc. a, aps. i a iv).

Ahora bien, cada uno de ellos, engloba asimismo otros derechos más concretos.

Probablemente, el *derecho a ser oído* es el que presenta mayor amplitud.

(8) Tal como señalaba Diez Picazo: “La inserción de un texto en el título preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El título preliminar del código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio” (DIEZ PICAZO, Luis, “Prólogo”, WIEACKER, Franz, “El principio general de la buena fe”, Madrid, Civitas, 1982, p. 10, ob. cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Lineamientos generales del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, 2017, p. 630).

(9) También se puede ver: PAREDES, Tamara, “Procedimiento Sancionatorio Municipal de Faltas de Córdoba. Análisis desde el principio de Tutela Administrativa Efectiva”, Advocatus, Córdoba, 2024.

(10) PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, AA.VV., “El derecho administrativo hoy. 16 años después”, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2013, ps. 75 y ss.; CANOSA, Armando N., “La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, RDA, 2014-91, 3, TR LALEY AR/DOC/6846/2013.

Así, por ejemplo, según explica Perrino, este exige también entre otros: i) derecho a la vista, ii) derecho a ser oído dentro de plazos razonables, iii) derecho a contar con patrocinio letrado, iv) derecho a ejercer una defensa que no se vea impedida por cargas económicas; v) derecho a la imparcialidad, vi) derecho a ser debidamente notificado y vii) derecho a solicitar y obtener tutela cautelar (11).

Precisamente, es en algunos de estos puntos donde se advierten algunos de los avances que analizaremos a continuación.

IV. Las notificaciones

La notificación de los actos administrativos tiene fundamental importancia en el procedimiento administrativo, ya que constituye un verdadero derecho de los administrados y una garantía jurídica frente a la actividad de la administración pública. Pero, además, resulta esencial para la seguridad jurídica y constituye un deber de información impuesto a la administración en garantía de los derechos de los particulares (12).

Solo a través de una correcta notificación de los actos administrativos se da cumplimiento al principio de tutela administrativa efectiva y a otros fundamentales que también se encuentran implicados (publicidad, transparencia, legalidad, buena administración y buen gobierno, buena fe).

Desde hace muchos años, la legislación nacional ha procurado garantizar que la comunicación informe al particular el contenido íntegro del acto administrativo que pudiera afectar sus derechos e intereses; pero, también, de las vías con que contaba para impugnarlos.

Para cumplir este cometido, el texto original del RNPA (arts. 40, 43 y 44 dec. 1759/1972), establecía la exigencia de que la notificación del acto contenga, bajo sanción de nulidad: a) la transcripción de los fundamentos y de la parte

(11) PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, ob. cit., ps. 81-88.

(12) HALPERÍN, David A. - GAMBIER, Beltrán, “La notificación en el procedimiento administrativo”, Depalma, 1989, Buenos Aires, ps. 3-4.

dispositiva y b) la indicación de las vías recursivas disponibles y del plazo de interposición.

Se ha dicho que la razón de este último recaudo (o, este “plus de información”), se funda esencialmente en la “fugacidad de los plazos” y en la “innecesariedad del patrocinio letrado”; esto es, en el hecho de que el particular puede no contar con patrocinio letrado en este momento crucial (13).

Por eso, resulta llamativo que esta exigencia, prevista hace más de 100 años en el derecho español, donde se la denomina popularmente “pie de recursos” (14); y más de 50 en el ámbito federal, aun esté ausente en muchas provincias.

Al explicar su importancia decía Rodríguez Moro: “... al legislador no le bastó con el principio general de derecho contenido en el art. 2º del Cód. Civil, de que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento, pudiendo, por tanto, haber dejado al particular que por sí ejercitase las acciones que estimase pertinentes en relación con la defensa de sus derechos, sino que quiso establecer para la Administración la obligatoriedad de que, al notificar, le hiciera saber al administrado los recursos procedentes, la autoidad y los plazos para ejercitar aquellos. Y a fin de que su precepto resultase eficaz quiso que, en caso de no cumplirse en las notificaciones los requisitos exigidos por la Ley, se considerasen nulas, a no ser en los casos excepcionales en que lo hiciese constar así, o en los que, dándose por

notificado el interesado, formulase en tiempo y forma los recursos pertinentes” (15).

Una anterior reforma del RNPA (dec. 1883/1991), mantuvo el recaudo y amplió su contenido (16); pero, modificó sustancialmente los efectos de su omisión o error al no establecer ya la nulidad, sino el otorgamiento de un plazo ampliado (60 días) para deducir el recurso administrativo o la demanda judicial pertinentes

Según se explicó, la solución se fundaba en la necesidad de establecer un límite temporal a una eventual impugnación por razones de seguridad jurídica (17).

Tal como suele suceder, algunos autores la valoraron positivamente (18); mientras que otros han sido críticos (19). Incluso, uno de sus promotores reconoció algunos riesgos del sistema (20).

(15) RODRÍGUEZ MORO, Nemesio “Las notificaciones defectuosas”, Revista de Administración Pública, núm. 31, Madrid, 1960, ps. 153-154.

(16) A la obligación de indicar los recursos y plazos, se añadió la de señalar si el acto agotaba la instancia administrativa.

(17) HALPERÍN, David A. - GAMBIER, Beltrán, “La notificación en el procedimiento administrativo”, ob. cit., p. 46. La norma siguió, en lo esencial, el proyecto de reforma que elaboraron los autores como apéndice a la obra.

(18) CANOSA, Armando N., “Procedimiento administrativo: recursos y reclamos”, Astrea, Buenos Aires, 2017, 3ra. ed., t. 2, p. 52.

(19) Así, por ejemplo, señalaba Hutchinson: “La solución anterior era más lógica (la notificación defectuosa no servía, excepto el conocimiento fehaciente del particular —art. 44—), y por lo tanto el plazo para recurrir no se iniciaba y además estaba de acuerdo con el informalismo a favor del administrado. Ahora se ha iniciado un informalismo a favor de la Administración” (HUTCHINSON, Tomás, “Régimen de procedimientos administrativos”, Astrea, Buenos Aires, 2010, 9ª ed., p. 304). Véase, también: GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, FDA, Buenos Aires, 2016, t. 4: El procedimiento administrativo, cap. V-299 y ss.

(20) Dijo Gambier: “Cuando propusiéramos estos cambios normativos con el coautor de La notificación en el procedimiento administrativo pensábamos que la solución abierta del régimen anterior debía tener un límite temporal. Y ello por razones de seguridad jurídica. Hoy creo que pese a la mayor seguridad jurídica desde la perspectiva de la administración —y a veces también desde la perspectiva de los administrados— pueden

(13) GAMBIER, Beltrán, “Las notificaciones en el procedimiento administrativo”, AA. VV., “Procedimiento administrativo”, Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 325.

(14) En tal sentido, ha explicado: “Se llama popularmente pie de recursos, por colocarse de ordinario al pie o final del documento, a la advertencia o instrucción sobre los recursos que pueden interponerse, el plazo y los órganos ante los cuales deben instarse, advertencia que constituye uno de los requisitos tradicionales en la notificación de los actos administrativos (...) La regulación del pie de recursos en el procedimiento administrativo aparece hace siglo y medio y ha variado muy poco desde entonces” (IZU BELLOSO, Miguel José, “El ‘pie de recursos’ y la notificación de los actos administrativos”, Revista de Administración Pública, núm. 193, Madrid, enero-abril 2014, p. 198).

La Ley de Bases vuelve al sistema original (en el art. 1º *bis*, inc. g, ap. iii) al disponer que los plazos: “Se computarán a partir del día siguiente al de la notificación, en la que deberá hacerse saber al interesado los recursos administrativos que se pueden interponer contra el acto notificado y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos o, en su caso, si el acto agota la instancia administrativa. La omisión total o parcial de estos recaudos determinará automáticamente la invalidez e ineficacia de la notificación”.

La reglamentación ha completado este recaudo en diversos aspectos.

Así, el decreto (art. 40 RNPA t.o. dec. 695/2024), luego de reiterar la exigencia y de aclarar el plazo en que debe practicarse la notificación (5 días), añade en su segundo párrafo: “La omisión o el error en que se pudiera incurrir al efectuar tal indicación, no perjudicará al interesado ni dará por decaído su derecho, y determinará automáticamente la invalidez e ineficacia de la notificación”.

Como puede advertirse, pese a que en la ley solo se había fijado como causal de invalidación a la “omisión total o parcial”, el decreto ha añadido también al “error”, tal como estaba previsto anteriormente.

Por otra parte, se agrega el tercer párrafo: “Tales previsiones serán igualmente aplicables a los procedimientos especiales en que se prevean recursos judiciales directos”.

En consecuencia, pese a que la ley solo alude a los “recursos administrativos”, la reglamentación ha mantenido la exigencia de que el recaudo se haga extensivo a los “recursos judiciales directos”.

Finalmente, se dispone en el decreto: “... Toda notificación que hiciere en contravención de las normas precedentes carecerá de validez” (art. 44 RNPA t.o. dec. 695/2024).

darse situaciones de indefensión en casos en los que el particular actúa en el procedimiento administrativo sin patrocinio letrado —que son los más— desconoce las consecuencias del paso del tiempo luego de que el acto fue notificado, aunque defectuosamente” (GAMBIER, Beltrán, “Las notificaciones...”, ob. cit., p. 326).

En definitiva, la ley ha eliminado el sistema de saneamiento automático de notificaciones inválidas por el transcurso del tiempo.

Consideramos que la reforma es un avance en la defensa de los derechos de los particulares y, también, resulta congruente con los principios enumerados el art. 1º *bis* LNPA; sin embargo, es cierto que puede verse afectada la seguridad jurídica y quedarán algunos interrogantes respecto de las eventuales vías de convalidación.

Por otra parte, este recaudo podría impedir que la administración continúe con su práctica de realizar notificaciones que colocan a los particulares (y sus letrados) frente a la incertidumbre de si lo comunicado es o no un acto administrativo que debe ser recurrido en término (v.gr.: los “dictámenes con el conforme de la autoridad” (21), las “notas decisorias y notificatorias” (22), etc.).

Más allá del debate acerca de la validez de este modo de proceder, lo cierto es que la ausencia del pie de recursos impediría que comience el transcurso de los plazos.

Sin embargo, nos permitimos una observación.

Sería deseable que el pie de recursos contenga siempre la indicación de si el acto pone fin o no a la vía, el medio de impugnación (sea ac-

(21) Se ha dicho recientemente: “Una de las consecuencias de este cambio es la proscripción de la práctica de notificar al interesado un dictamen con el agregado del conforme expedido por la autoridad con competencia para decidir, pero sin aclarar que dicha notificación constituye el acto que pone fin al procedimiento y, por ende, sin mencionar en qué plazos y por qué vías debía ser recurrido el acto para no ser consentido. En virtud de la reforma, de ahora en adelante en tal supuesto no habrá notificación válida y no correrá el plazo de caducidad” (MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, La Ley, 12/07/2024, 1, TR LALEY AR/DOC/1777/2024).

(22) Esto es, “las notas que, en ausencia de acto expreso, remiten las autoridades administrativas a los administrados haciéndoles conocer una determinada decisión” (COMADIRA, Julio R., “El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos”, Laura Monti —colab.—, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 15-16).

ción o recurso), su plazo y el órgano competente (23).

Esta última información puede resultar particularmente relevante en el caso de los “recursos judiciales directos”. Aunque volveremos sobre ellos más adelante, recordemos que las numerosas leyes que establecen esta vía impugnativa especial han previsto importantes diferencias en el trámite respecto de los órganos ante los que deben ser presentados (en sede administrativa o judicial) y los competentes para resolverlos (juzgados o cámaras de diversos fueros).

V. El pedido de vista suspensivo

Otro instituto fundamental para garantizar la tutela administrativa efectiva es la vista del expediente: el derecho a acceder a las actuaciones administrativas por parte del interesado durante todo el desarrollo del trámite.

Se ha dicho que esta, para ser adecuada a los parámetros constitucionales, debe ser: a) completa; b) oportuna; c) informal; d) ilimitada y e) gratuita (24).

La Ley de Bases le ha dado rango legal (art. 1º *bis*, inc. g, ap. vii) al pedido de vista suspensivo (previsto anteriormente solo en el RNPA) y, además, ha ampliado sus efectos pues ya no se limita a los plazos para interponer recursos administrativos y para promover acciones y recursos judiciales (tal como lo hacía el art. 76 RNPA) sino también a otros plazos del procedimiento (descargos, vistas, citaciones, etc.).

(23) Un buen ejemplo es el art. 40.2 de la ley española (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) que establece: “Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente”. Una versión similar, aunque sin indicación del órgano competente, se ha establecido en Mendoza (art. 150).

(24) BUTELER, Alfonso, “La vista del expediente administrativo”, Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Buenos Aires, Argentina, octubre 2021, Año 5, N.º 6, pp. 275-278.

Al respecto establece la norma: “...la solicitud de vista de las actuaciones 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 recursos judiciales, salvo los de prescripción, desde el momento en que se presente la solicitud, y se extenderá por todo el plazo fijado para tomar la vista, el cual en ningún caso podrá ser inferior a diez [10] días”.

De este modo, se establece un plazo mínimo, a lo que se agrega una pequeña reforma respecto del pedido de prórroga pues su denegatoria debe ser notificada con 2 días de antelación al vencimiento del plazo original y, en caso contrario, el plazo quedará automáticamente prorrogado hasta 2 días después de que se haga efectiva la notificación de lo resuelto respecto de la prórroga (art. 1º *bis*, inc. g, ap. vi).

Estas soluciones han sido bien recibidas por la doctrina (25). Por otra parte, tal como se ha señalado, la previsión permite superar las objeciones que se habían hecho a la norma reglamentaria por interferir con el curso de plazos fijados por ley respecto de recursos y acciones judiciales (26).

No obstante, recordemos que a partir de la reforma introducida al RNPA por el dec. 894/2017 el sistema de acceso y pedido de vista varía según el expediente se tramite en soporte papel o electrónico (art. 38 RNPA, t.o. dec. 894/2017)

(25) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley...”, ob. cit.; ALDERETE, Manuel, “Proyecto de Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Principales modificaciones propuestas a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549”, La Ley, 04/01/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/15/2024; IVANEGA, Miriam M., “Gestión y función pública”, elDial.com, Cita: elDial DC3384, p. 5.

(26) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley...”, ob. cit. Al respecto se había dicho: “... un reglamento no podría alterar (modificándola) una disposición legal, y el art. 25 dice expresamente que el plazo procesal allí fijado es perentorio, y perentoreidad, entre otras cosas, significa que ni puede interrumpirse ni puede suspenderse (Fiorini). Nos parece buena la idea, pero mala su implementación pues es anti-jurídica”. (HUTCHINSON, Tomás, “Régimen de procedimientos administrativos”, ob. cit., p. 361).

y la reglamentación (art. 38 RNPA t.o. dec. 695/2024), la ha mantenido sustancialmente.

Finalmente, el actual art. 76 del RNPA (t.o. dec. 695/2024) ha reiterado el efecto suspensivo del pedido respecto de los plazos de interposición de recursos administrativos y para promover acciones y recursos judiciales.

VI. La ampliación del plazo para recurrir administrativamente y para promover la demanda judicial

Es un lugar común destacar la brevedad (o la “fugacidad”) de los plazos de caducidad a los que se encuentran sujetos los particulares para impugnar los actos administrativos.

Explicaba Muñoz: “...los plazos para cuestionar en sede administrativa un acto de gravamen que se considere ilegítimo son fugaces. Son extremadamente fugaces —diez o quince días según el caso—. ¿Qué ocurre cuando este plazo vence sin que haya mediado impugnación? Ocurre que el administrado pierde el derecho de recurrir y, además, también pierde su derecho de fondo. Pues, si uno relaciona este requisito con el del agotamiento de la vía administrativa, el derecho de fondo no se pierde vencido los noventa días para iniciar la acción judicial, sino a partir del vencimiento de los diez o quince días previstos para plantear los recursos administrativos” (27).

La reforma ha duplicado el plazo de interposición del recurso administrativo que agota la vía administrativa (usualmente, el jerárquico): el actual de 15 días ha sido ampliado a 30 días (art. 23 inc. d LNPA).

Lo mismo ha hecho con el plazo para interponer la demanda judicial: el actual de 90 días ha sido extendido a 180 días (art. 25 LNPA).

Sobre el punto caben formular algunas consideraciones.

Tradicionalmente, la brevedad de los plazos de caducidad se ha justificado en la necesidad

de dar seguridad jurídica y estabilidad a la actividad administrativa.

Sin embargo, desde hace muchos años, se postula que no existen obstáculos serios para prolongar los plazos de impugnación de la actividad administrativa tanto en sede administrativa como judicial.

Al respecto señalaba Perrino: “...no se entorpece la acción de la Administración ni se pone en jaque la seguridad jurídica y la estabilidad de sus actos por la extensión de los plazos para recurrir y demandar. Ello es así, ya que la regla que impera en todas las legislaciones de procedimientos administrativos es la de la ejecutoriedad de los actos administrativos, motivo por el cual la actividad administrativa no puede verse interferida u obstruida por la deducción de recursos administrativos o acciones judiciales (...) Por tal motivo, salvo en aquellos supuestos en que la cuestión comprometida requiera una rápida solución y respuesta, no existen obstáculos serios para no prolongar los plazos de impugnación de la actividad administrativa tanto en sede administrativa como judicial” (28).

Sin dudas, la ampliación del término para interponer el recurso administrativo que agota la vía —y resulta la primera barrera al acceso a una tutela efectiva— parece razonable.

Es cierto que el análisis de la brevedad de este plazo depende notablemente de cuál haya sido la tramitación previa al dictado del acto (29). Sin embargo, ya que la ley ha mantenido un plazo general de impugnación resulta plausible que haya optado por una ampliación (30 días) que puede garantizar mejor la defensa del particular (30).

(28) PERRINO, Pablo E., “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires”, JA, 2004-IV-1316, TR LALEY 0003/010916.

(29) Véase: MAIRAL, Héctor A., “Los plazos de caducidad en el Derecho administrativo argentino”, en AA.VV., “Derecho Procesal Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez”, Juan C. Cassagne —Dir.—, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 882.

(30) Tal como ha señalado Bustelo: “Es que, por más razonable que aparezca a simple vista un plazo para interponer una acción judicial, el derecho a la tutela judi-

(27) MUÑOZ, Guillermo A., “Los plazos”, AA.VV., “Procedimiento administrativo”, Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 44.

La extensión del plazo de interposición de la demanda (180 días) también puede morigerar los riesgos de la pérdida del derecho de fondo. Por otra parte, frente a muchos plazos breves de caducidad y prescripción que ha fijado el nuevo Cód. Civ. y Com. no se advierte ya una diferencia irritante entre ellos.

VII. La interrupción de plazos por la articulación de recursos administrativos o acciones judiciales

La reforma ha procurado poner fin a la cuestión, largamente debatida, acerca de los efectos de la interposición de recursos y reclamos respecto del plazo de prescripción (31).

El art. 1º bis inc. i establece: "...la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente. Los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (a) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (b) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (c) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho. Igual efecto producirá la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente".

cial efectiva se verá de todos modos seriamente afectado si la normativa prevé la necesidad de agotar previamente la vía recursiva administrativa y se establecen plazos perentorios mucho más breves, justo allí donde más extensos deberían ser, entre otras razones, debido a que el particular puede —y generalmente lo hace— actuar sin necesidad de contar con patrocinio letrado" (BUSTELO, Ernesto N., "Proceso administrativo y derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva. Breves reflexiones a treinta años del retorno de la democracia", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP*, N.º 430, julio 2014, p. 90). El comentario es aplicable a muchas provincias en las que el primer recurso necesario para agotar la vía tiene todavía un plazo similar.

(31) Un completo análisis se puede ver en: DURAND, Julio C., "El efecto del reclamo administrativo previo sobre el curso de la prescripción liberatoria", *RDA*, 2004-653, TR LALEY AR/DOC/8624/2012.

Según el nuevo texto, la interposición de recursos y reclamos "interrumpe" el curso de todos los plazos legales y reglamentarios, "inclusive los relativos a la caducidad y prescripción".

Aclara, además, que ese efecto subsiste hasta la "firmeza" del acto que ponga fin al procedimiento, sea por haber resuelto la cuestión de fondo, haber declarado la caducidad o haber hecho lugar al desistimiento.

Luego, añade, que el mismo efecto tendrá la interposición de recursos judiciales, aunque fueran deducidos ante tribunal incompetente.

Mairal y Veramendi han señalado algunas consecuencias prácticas de esta reforma que resulta interesante repasar (32).

En primer término, destacan que la amplitud de la previsión normativa al referirse a "la interposición de reclamos o recursos administrativos", permitiría incluir entre ellos, a todos los recursos administrativos, así como al reclamo impropio y el reclamo administrativo previo, y en este caso, sin la distinción jurisprudencial formulada entre el reclamo necesario y el innecesario para acceder a la instancia judicial.

También estiman acertado que se haya incluido a la interposición de acciones y recursos judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente, sin que requiera la presencia de un "error excusable".

Finalmente, subrayan también dos consecuencias interesantes de esta regla: a) que debería permitir mantener vigentes los plazos para presentar impugnaciones administrativas en el caso de que se hubiera promovido tempestivamente una acción de amparo que luego es rechazada por motivos formales y b) que la misma solución correspondería aplicar en el caso de interposición de una acción ordinaria improcedente debido a la existencia de un recurso judicial directo (33).

(32) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "La reforma de la Ley...", ob. cit.

(33) En similar orden de ideas VILLALTA.

Lógicamente, es necesario que la acción (de amparo u ordinaria) haya sido articulada mientras se encontraba en curso el plazo del recurso administrativo o judicial.

Por nuestra parte, nos permitimos agregar algunas observaciones.

Resulta loable que la ley haya despejado el debate y establezca el efecto interruptivo que implica “tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo” (art. 2544 Cód. Civ. y Com.).

También lo es, que haya aclarado hasta cuándo se mantiene ese efecto.

Incluso, en el ámbito civil donde el efecto interruptivo de la demanda era indudable (art. 3986 Cód. Civil), se encontraban controvertidos sus alcances.

Durante décadas se debatió si la interrupción provocada por la demandada se mantenía mientras estuviera pendiente el proceso o si, en cambio, luego de ella, podía comenzar un nuevo plazo.

Según la opinión mayoritaria, incluso de la Corte Suprema de Justicia, el efecto interruptivo de la demanda se prolongaba todo el tiempo que dure el proceso (34).

Sin embargo, la solución no fue pacífica en la doctrina (35), ni en la jurisprudencia de nuestra provincia (36).

(34) CS, 26/04/1957, “Ditlevsen y Cía. Ltda., SA. Com., Ind. y Exp. c. Nación”, Fallos, 237:452; entre otros.

(35) La divergencia es bastante antigua. Vaya, a modo de ejemplo, la posición de Machado al señalar: “Se ha seguido en el error, generalizado en nuestros tribunales, de que la prescripción, una vez que ha tenido lugar, prolonga su acción indefinida en el porvenir, confundiendo los efectos de la interrupción con los de la suspensión (...) El tiempo se debe contar desde la última diligencia judicial, porque la interrupción no continúa, no marcha; por decirlo así, necesita de actos sucesivos para aniquilar el tiempo corrido...” (MACHADO, José Olegario, “Exposición y comentario al Código Civil argentino”, Lajouane, Buenos Aires, 1903, t. 11, ps. 141-142).

(36) Nuestro Tribunal Superior de Justicia se adhirió en algún caso a la tesis minoritaria (TSJ Córdoba, Sala Civ. y Com., Auto 178, 26/05/1994, “Transporte Manuel Belgrano SACIF c. García, Celestino y otro - Daños y perjuicios

El mismo debate se reprodujo respecto del reclamo administrativo dando lugar a una serie de interesantes fallos de la Corte mendocina (37).

Es que, la solución ha sido cuestionada respecto de las demandas o los reclamos no instados durante largos años y que lograban provocar el efecto no deseado de tornar casi imprescriptible el derecho.

Lo cierto es que el Cód. Civ. y Com., apartándose en el punto del Proyecto de 1998 (38), ha puesto fin al debate siguiendo la opinión mayoritaria (art. 2547 Cód. Civ. y Com.), y el mismo camino ha seguido la reforma en el artículo en comentario (39).

Pero, aciertan Mairal y Veramendi (40) al señalar que se advierten algunas dificultades interpretativas en el caso del silencio.

- R. Directo”, *Semanario Jurídico*, 1995-A, p. 351), aunque luego lo hizo por la contraria (TSJ Córdoba, Sala Civ. y Com., 10/11/1998, “Giorgetti, Stella M. c. Fasina Eder Carlos y otros”, Cita: TR LALEY AR/JUR/5105/1998), ratificándola en posteriores pronunciamientos. Las Cámaras Civiles también mostraron fallos contradictorios. Véase: AITA TAGLE, Jorge (h.), “Prescripción durante el proceso (un interesante giro jurisprudencial)”, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, N.º 80, julio de 2005, ps. 5062 y ss.

(37) Se puede ver un breve análisis de los argumentos divergentes entre la mayoría (conformada por Kemelmajer de Carlucci y Romano) y la minoría (por Pérez Hualde) en BUSTELO, Ernesto N., “Actualidad Provincia de Mendoza 2/2006”, *SJA*, 27/12/2006, TR LALEY 0003/013006. También resulta muy interesante, en este y otros aspectos del tema: CORREA, José Luis, “La reclamación administrativa interrumpe la prescripción y no podrá oponerse mientras no exista pronunciamiento expreso. La Suprema Corte por mayoría confirmó su postura. Necesidad de llamar a plenario”, *LL Gran Cuyo*, 2007 (noviembre), 1005, TR LALEY AR/DOC/3193/2007.

(38) El Proyecto de Código Civil de 1998 preveía una solución distinta al disponer que la interrupción de la prescripción por demanda “dura hasta el dictado de la resolución que pone fin al proceso o, ante la inexistencia de ésta, hasta la última actuación útil que obre en el expediente, salvo que exista imposibilidad legal de impulsar el proceso” (art. 2489).

(39) Aunque hay una diferencia sustancial entre ambas al tratar los efectos de la caducidad y el desistimiento.

(40) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley...”, ob. cit.

Es que, tal como explican, el problema se plantea al analizar algunas disposiciones que no parecen congruentes (arts. 1º *bis* inc. i, 26 y 31).

Ya hemos visto la amplitud con la que se ha regulado el efecto interruptivo de la prescripción de los recursos y reclamos (art. 1º *bis* inc. i).

En similar sentido establece el art. 26: “La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración”.

Sin embargo, el primer párrafo del art. 31 dispone: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa [90] días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado podrá requerir pronto despacho y, si transcurrieren otros cuarenta y cinco [45] días, podrá aquel iniciar la demanda, la que podrá ser interpuesta en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción”.

Por eso, concluyen los autores: “...Existiría, entonces, una diferencia entre el silencio frente a la interposición de recursos administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo.

“Consideramos que, en estos casos, por aplicación del *principio pro actione*, no cabrá perjudicar al particular, por lo menos mientras no haya jurisprudencia de la Corte Suprema que aclare la cuestión, y ello con efecto para el futuro solamente. En definitiva, la administración está obligada a decidir expresamente los recursos y reclamos que se le planteen (con lo cual queda en manos de la misma administración limitar los efectos interruptivos) y no cabe premiar el incumplimiento de esa obligación perjudicando al particular”.

Tal como se puede advertir, pese a que se ha clarificado el efecto interruptivo de la prescripción de los recursos y reclamos, continuarán seguramente las divergencias en numerosos aspectos.

VIII. Las reformas a los recursos judiciales directos

Es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico existe una enorme cantidad de “recursos

judiciales directos” como vía procesal específica para la impugnación de los actos administrativos dictados por determinados órganos de la administración.

Según la opinión dominante, estos mal denominados recursos directos, no constituyen técnicamente un recurso judicial (o una apelación) sino una verdadera acción; por ello, si bien se procura un control judicial más expedito, debe garantizarse el “control judicial suficiente” (CS, 1960, “Fernández Arias”, Fallos, 247:646) a través de una revisión que permita la amplitud de debate y prueba (41).

Lo cierto es que, tal como se ha dicho, existe una verdadera “maraña normativa” pues con el correr de los años cada ley que ha regulado alguna materia en la que interviene el Estado, y eventualmente ha creado alguna autoridad de aplicación de sus prescripciones, ha conferido contra sus decisiones un recurso judicial (42).

Algunas leyes se han limitado a establecer esta vía impugnativa, fijar su plazo y el tribunal competente para resolverla; otras, en cambio, han agregado alguna precisión respecto de su trámite.

Esto ha generado una gran disparidad de soluciones legales e importantes vacíos normativos que han sido colmados jurisprudencialmente con criterios poco uniformes (43).

(41) TAWIL, Guido S., “Administración y Justicia”, Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 180 y ss.; GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, t. 2: La defensa del usuario y del administrado, FDA, Buenos Aires, 2014, cap. XIII-44; CASSAGNE, Juan Carlos, “La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales”, LA LEY, 1997-D, 667, TR LALEY AR/DOC/5617/2001; HUTCHINSON, Tomás, “Los llamados recursos judiciales directos en el ordenamiento nacional: un régimen anómalo”, Revista de Derecho Público, 2011-1: Control judicial de la jurisdicción administrativa - I, Rubinzal-Culzoni, ps. 97 y ss.; MURATORIO, Jorge I., “Algunas consideraciones acerca del recurso judicial directo”, en AA.VV., “Tratado de derecho procesal administrativo”, Juan C. Cassagne —Dir.—, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. II, p. 636; entre otros.

(42) AVALOS, Eduardo, “El proceso contencioso administrativo federal”, Alveroni, Córdoba, 2009, p. 88.

(43) Es que, tal como se ha señalado, a consecuencia del origen pretoriano del régimen procesal, no resulta posible inferir un criterio uniforme que permita sistema-

En definitiva, actualmente coexisten “recursos judiciales directos” que presentan diferencias sustanciales en sus aspectos básicos, tales como: los plazos de interposición (3, 5, 10, 15, 30 días) (44), los órganos ante los que deben ser presentados (en sede administrativa o judicial) y los competentes para resolverlos [juzgados o cámaras de diversos fueros (45)], así como en su tramitación (sustanciados en sede administrativa o judicial, con o sin traslado al organismo del que emanó el acto, con o sin previsión expresa de la posibilidad de ofrecer prueba y alegar, etc.) (46).

Luego de este breve repaso, se comprende que el panorama normativo haya sido calificado como “desolador” y “caótico” (47), en tanto se

tizar las reglas procesales en el marco de los recursos directos, toda vez que cada tribunal ha aplicado un propio criterio y, en parte, diferente de los otros tribunales (GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos: aspectos sustanciales y procesales”, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2008, p. 250).

(44) Un interesante repaso de las normas que fijan plazos sustancialmente más exigüos que el de 30 días (y su crítica) se puede ver en SANGUINETTI, Juan Carlos, “El recurso directo como vía para la impugnación judicial de sanciones administrativas”, RDA, 2020-129, 47, TR LALEY AR/DOC/1419/2020.

(45) En el mismo trabajo citado en la nota al pie anterior, uno de los últimos sobre la materia, se indica que en la actualidad tienen competencia para controlar sanciones administrativas, según el caso, los fueros contencioso administrativo federal, penal económico, criminal y correccional federal, civil y comercial federal, comercial, civil y laboral.

(46) También se pueden ver las diversas soluciones previstas para aquellos recursos directos que tramitan ante la Cámara Federal en: CAPPONI, Agustina, “Recursos directos ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal. Práctica procesal”, Revista de Derecho Público, 2023-1: Procedimiento administrativo sancionador - I, Rubinzal-Culzoni, ps. 73 y ss.

(47) Al respecto se ha expresado: “En este caso se presenta un lamentable y desolador panorama, pues el increíble muestrario de procesos (‘recursos’) especiales conspira contra una adecuada sistematización y conocimiento del régimen adoptado, lo que perjudica la defensa del particular. El legislador ha establecido estos regímenes especiales, que tramitan ante instancias y fueros diversos, sin ninguna esclarecida dilucidación sistemática; por el contrario, aquellos fueron legislados por circunstancias eventuales y, hasta diríamos, poco serias. Están dispersos en diversas normas que establecen procedimientos distintos; generalmente nada dicen acerca

afecta la seguridad jurídica y el derecho de acceso a la justicia (48).

Por eso, desde hace muchos años, se propugna el dictado de una ley que regule estas cuestiones de manera unificada (49).

La Ley de Bases no ha cumplido con este anhelo, pero, al menos, ha introducido cuatro reformas relevantes en el art. 25 bis:

VIII.1. La unificación del plazo de interposición (30 días), derogando todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores

Sobre el punto establece la norma en su primer párrafo: “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”.

Sin dudas, resulta loable la unificación de los plazos y la expresa derogación de todos aquellos que menores previsto en la “maraña legislativa” a la que ya nos hemos referido.

VIII.2. La eliminación del control de admisibilidad en sede administrativa

Al respecto establece el segundo párrafo: “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

de las condiciones de admisibilidad, el trámite que habrá de dárseles, el plazo para la sentencia, etc. Varias veces se ha intentado poner remedio a esta situación, pero todos los intentos han tenido, sin excepción, suerte adversa. Por ello, la situación actual sigue siendo caótica.” (HUTCHINSON, Tomás, “Los llamados recursos judiciales directos...”, ob. cit., ps. 96-97).

(48) SANGUINETTI, Juan Carlos, “El recurso directo...”, ob. cit.

(49) TAWIL, Guido S., “Administración y Justicia”, ob. cit., t. I, p. 185; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos...”, ob. cit., p. 266.

expediente será de cinco [5] días. Si no se cumpliera este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial”.

Hemos dicho que, pese a su errónea denominación, los recursos directos constituyen verdaderas acciones; de allí es lógico derivar que, en principio, no corresponde aplicar la normativa del Cód. Proc. Civ. y Com. que regula los recursos.

Una consecuencia de ello es que la autoridad administrativa carece de competencia para analizar la admisibilidad del recurso (tal como lo hace un tribunal *a quo*) y debe limitarse a remitir el recurso (previa sustanciación en su caso) y el respectivo expediente al órgano judicial competente.

Pese a ello se ha señalado que alguna norma le ha concedido esa facultad a la autoridad, y otras, se la han atribuido con dudoso respaldo legal (50).

Consideramos que esta norma debería erradicar esa práctica.

(50) Al respecto explica Sanguinetti: “El art. 83 de la ley 20.091, por ejemplo, otorga a la Superintendencia de Seguros la facultad de conceder o denegar el recurso directo interpuesto contra sus actos. En materia de defensa de la competencia se ha suscitado, en lo que respecta a este punto, una situación por demás particular. Pese a que la ley 25.156 no preveía expresamente dicha facultad, el secretario de Comercio —con sustento en las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, aplicable en virtud de la remisión general del art. 56 de dicha norma— se pronunciaba sobre la admisibilidad de los recursos directos interpuestos contra sus actos. En 2014 la remisión al referido código fue eliminada (mediante la ley 26.993), no obstante, lo cual el secretario continuó atribuyéndose la facultad bajo análisis. Si bien la nueva Ley de Defensa de la Competencia (ley 27.442) prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Penal (art. 79), a nuestro criterio el Secretario de Comercio no se encuentra facultado para pronunciarse sobre la admisibilidad de los respectivos recursos, en tanto, tal como se explicó precedentemente, no nos encontramos ante una verdadera apelación sino ante una acción, razón por la cual no pueden aplicarse supletoriamente las disposiciones del código procesal en materia de apelaciones. En tal sentido se ha pronunciado recientemente la Sala II de la CCiv. y Com. Fed., en el caso ‘Compañía Industrial Cervecera SA y otro c. Anheuser Busch Inbev NVSA y otro s/ recurso queja CNDC’ 09/08/2019, elDial.” (SANGUINETTI, Juan Carlos, “El recurso directo”, ob. cit.).

VIII.3. El ofrecimiento de prueba y las pautas de admisibilidad

Otra cuestión que ha sido materia de preocupación constante es la relativa al ofrecimiento, la admisibilidad y el diligenciamiento de la prueba en estos recursos (51).

Sobre el punto, dispone el tercer párrafo: “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 Cód. Proc. Civ. y Com.”.

Si volvemos al punto de partida (que el recurso es una acción), también es lógico derivar que, en principio, no resulta apropiado evaluar la admisibilidad de la prueba a la luz de las reglas del recurso de apelación (arts. 260 Cód. Proc. Civ. y Com.) (52).

Pese a ello, prevalece en muchos tribunales una interpretación estricta que ha sido criticada (53).

Es que, para mayor dificultad, muchas normas remiten a las propias del recurso de apelación, señalando, por ejemplo, que el recurso será concedido “en relación” (lo cual conlleva que no se admita la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos - art. 275 Cód. Proc. Civ. y Com.).

(51) TAWIL, Guido S., “Administración y Justicia”, ob. cit., t. I, ps. 180 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “La apertura a prueba”, ob. cit.; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos...”, ob. cit., ps. 250 y ss.

(52) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Recursos directos...”, ob. cit., ps. 250 y ss.; CAPPONI, Agustina, “Recursos directos ante la Cámara...”, ob. cit., p. 82.

(53) Así se ha dicho que, en la práctica, se niega, inclusive, el control fáctico mínimo que impone el principio de legalidad (TAWIL, Guido S., “Administración y Justicia”, ob. cit., t. II, p. 395). En similar orden de ideas, se ha expresado: “...suele ser tarea vana proponer prueba en alguna que otra instancia judicial colegiada. Lo más usual es que el tribunal prejuzgue sobre la prueba ofrecida y deniegue su producción, considerando que ella seguramente será insuficiente para hacerle cambiar de parecer respecto a las constancias del expediente administrativo” (GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo...”, ob. cit., t. II, cap. I-28).

Estas soluciones han sido sólidamente criticadas al señalar: “... la doctrina es conteste en afirmar que, en la medida en que existan hechos controvertidos, los recursos directos deben ser abiertos a prueba, ya que, de lo contrario, no existiría un ‘control judicial suficiente’ y se afectaría gravemente la garantía de tutela judicial efectiva, pudiendo incluso llegar a configurarse una verdadera denegación de justicia. Como consecuencia de ello, son inconstitucionales aquellas normas que limitan la producción de prueba a las medidas para mejor proveer que disponga el tribunal, las que establecen que el recurso será concedido en relación y cualquier otra que de modo directo o indirecto restrinja el derecho a producir prueba en sede judicial” (54).

En este particular contexto, cabe preguntarse qué impacto tiene esta norma que fija la oportunidad en la que debe ser ofrecida la prueba (en el escrito del recurso), pero, también, las pautas que debe analizar el tribunal para evaluar su pertinencia y admisibilidad (art. Cód. Proc. Civ. y Com.).

Estimamos que esta nueva remisión a las disposiciones del proceso ordinario en el que predomina un criterio amplio (en tanto, solo prevé que sean rechazadas las “manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias” - art. 364 Cód. Proc. Civ. y Com.) (55), debería poner en crisis aquella interpretación estricta, fundada usualmente en la necesidad de evitar la ordinarización del proceso y que la Cámara se convierta en una primera instancia.

VIII.4. La eliminación de la exigencia del pago previo de la multa como condición de admisibilidad

Otra cuestión largamente controvertida ha sido la exigibilidad del pago previo de la multa.

(54) SANGUINETTI, Juan Carlos, “El recurso directo”, ob. cit. Véase, asimismo, las numerosas opiniones doctrinarias coincidentes allí citadas.

(55) Recordemos que el art. 364 Cód. Proc. Civ. y Com. dispone: “No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”.

Al respecto establece el cuarto párrafo: “Cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario”.

Pese a que existe alto grado de consenso en la doctrina acerca de que esta exigencia en materia sancionatoria es inconstitucional, en tanto resulta incompatible con la garantía de tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y la presunción de inocencia (56); la Corte Suprema de Justicia la ha convalidado, exceptuando solo aquellos casos en que se acredite que la magnitud del monto resulta desproporcionada a la concreta capacidad económica del apelante (57).

Sin dudas la eliminación de este recaudo resulta positiva.

Sin embargo, es claro que la proscripción del pago previo como condición de admisibilidad del recurso, no obsta que la administración pueda procurar su ejecución cuando el recurso, pese a haber sido admitido y encontrarse en trámite, solo goce de efecto devolutivo (no suspensivo).

Recordemos que, por regla, la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales no suspende los efectos del acto administrativo impugnado. Por ello, para evitar la ejecución, el particular debe requerir la suspensión en sede administrativa y judicial. La cuestión es que la primera no suele dar resultado positivo (58), por lo que, la suerte del particular

(56) Se puede ver un completo repaso de los autores en: SANGUINETTI, Juan Carlos, “El recurso directo”, ob. cit. Asimismo, véase, entre otros: GUSMÁN, Alfredo S., “Las sanciones administrativas”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2022, ps. 195 y ss.

(57) CS, 30/06/1999, “Agropecuaria Ayui SA s/ amparo”, Fallos: 322:1284. El criterio ha sido reiterado más recientemente en ib., 21/11/2019, “Micro Ómnibus Norte SA c. Superintendencia de Riesgos del Trabajo s/ queja expte. Administrat.”, Fallos: 342:2075; entre otros.

(58) Se ha dicho: “A la luz de la práctica en materia de peticiones de suspensión en sede administrativa, puede afirmarse que existe un marcado desdén hacia el instituto que nos ocupa, observándose que no son pocas las

dependerá de obtener la segunda, lo cual tampoco resulta sencillo.

Sin dudas, aquí subyace un problema más profundo que no ha sido modificado: la ejecutoriedad de las sanciones administrativas que no se encuentran firmes (59).

En el ámbito provincial, en cambio, se advierte una tendencia a exigir la firmeza de las multas como requisito de su ejecutabilidad (v.gr.: art. 450 Cód. Contén. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (60).

IX. El principio de gratuidad y las garantías de impugnación en el procedimiento licitatorio

La ley no ha previsto modificaciones específicas para los actos dictados durante el procedimiento de selección del contratista, cuyo régimen impugnativo cuenta un marco norma-

oportunidades en las que la pieza suspensoria es resuelta con el fondo de la cuestión (desconociéndose, por tanto, todo carácter cautelar) o resulta directamente ignorada por el órgano de la administración activa" (CANDA, Fabián O., "La suspensión de los efectos del acto en el procedimiento administrativo", en AA.VV., "Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa", Juan C. Cassagne —Dir.—, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 355).

(59) Véase, entre otros: GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Principios del derecho administrativo sancionador", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2020, ps. 224 y ss.; GUSMAN, Alfredo S., "Las sanciones administrativas", ob. cit., ps. 206 y ss.; SANGUINETTI, Juan Carlos, "El recurso directo", ob. cit.

(60) En este sentido la doctrina ha explicado: "En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario impide, salvo norma específica en contrario, la ejecución judicial de cualquier multa administrativa que no se encuentre firme. Ello pues expresamente se establece que el apremio respecto de multas solo procede cuando estas se encuentran "ejecutoriadas" (art. 450, Cód. Contén. Admin. y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), habiendo entendido los tribunales que solo revisten tal carácter las sanciones consentidas o respecto de las cuales se hubieran agotado las vías administrativas y judiciales (...) De allí que, de haberse recurrido la multa en tiempo y forma, en estos casos no es necesario solicitar ni obtener una medida cautelar suspensiva de sus efectos" (STUPENENGO, Juan A., "Ejecución judicial del acto administrativo", Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 86 y 90 y jurisprudencia allí citada).

tivo propio en el Reglamento de Contrataciones Administrativas (dec. 1021/2001, en adelante, RCAN).

Sin embargo, la amplitud con la que fue consagrado el *principio de gratuidad* del procedimiento administrativo había permitido augurar que se podría reavivar el debate acerca de la legalidad de las garantías de impugnación en el procedimiento de licitación (61).

En efecto, la Ley de Bases estableció en el art. 1º *bis* en su parte pertinente: "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".

No pretendemos ingresar en esta oportunidad en el debate acerca de la legitimidad de aquella exigencia, que ha contado con opiniones favorables (62) y críticas (63).

Lo cierto es que el recaudo continúa vigente en la mayoría de las normas de la materia (64) y la reglamentación parece haber contrariado esa esperanza.

Al respecto, establece actualmente el art. 3º *bis* (t.o dec. 695/2024): "Gratuidad. Los trámites en el marco de recursos, reclamos y demás impugnaciones previstas en la Ley de Procedimientos Administrativos y en el presente reglamento son gratuitos, con exclusión de aquellos en los que, por normativa específica, se exija el pago de una

(61) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., "La reforma de la Ley...", ob. cit.

(62) MONTI, Laura M., "Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública", LA LEY, 2000-C, 112, TR LALEY AR/DOC/12189/2001.

(63) COMADIRA, Julio R., "La licitación pública", en Curso de derecho administrativo, Julio R. Comadira - Héctor J. Escola, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. I, Cap. XIV, ps. 818-819; TAWIL, Guido S., "¿El Fin de la Garantía de Impugnación en Materia Licitatoria?", Derecho & Sociedad, N.º 29, 2007, ps. 21-35; entre otros.

(64) Un interesante análisis se puede ver en: MURATORIO, Jorge I., "Impugnación de los actos licitatorios", Revista de Derecho Público, 2020-2: Poder Ejecutivo- II, Rubinzal-Culzoni, ps. 260 y ss.

tasa o suma de dinero por el desarrollo y organización de esa actividad estatal específica y concreta”.

Como puede advertirse, se ha excluido expresamente de la gratuidad a aquellos casos en los que la normativa específica exija el pago.

X. La impugnación de actos contractuales

En el caso de los actos administrativos dictados durante la etapa de ejecución del contrato, la falta de soluciones normativas precisas respecto del régimen aplicable a su impugnación administrativa y judicial ha dado lugar a largos debates doctrinarios y a respuestas jurisprudenciales contradictorias.

La reforma ha brindado una respuesta que importa un avance en términos de tutela administrativa efectiva y seguridad jurídica.

Es que, sin dudas, las soluciones podían resultar diametralmente opuestas según se siguiera el criterio sentado por la Corte Suprema en los casos “Mevopal” (26/11/1985, Fallos: 307:2216), “Serra” (26/10/1993, Fallos: 316:2454), “Gypobras SA” (05/04/1995, Fallos: 318:441), o también, de acuerdo con el fijado en el Fallo plenario “Petracca” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (65).

No pretendemos repasar aquí las diversas soluciones y sus fundamentos (66), pero, sí recordar, al menos, que según lo establecido en

(65) CNCAF, en pleno, 24/04/1986, “Petracca e Hijos SA y otros v. Estado nacional - Ente Autárquico Mundial 78”, LA LEY, 1986-D, 10.

(66) Véase, entre otros: CASARINI, Luis, “En torno a la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato administrativo”, en A.A.V.V., “Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo”, Marcelo A. Bruno Dos Santos —Dir.—, FDA, Buenos Aires, 2012, ps. 195-212; COMADIRA, Fernando G., “Naturaleza jurídica de los contratos administrativos y de los actos dictados durante su formación y ejecución: oportunidad y legitimación para su impugnación”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, N.º 253, ps. 27-76; DIEZ, Horacio Pedro, “La impugnación de los ‘actos administrativos contractuales’”, en A.A.V.V., “Derecho Procesal Administrativo”, Juan C. Cassagne —Dir.—, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2, ps. 1263-1284; REJTMAN FARAH, Mario, “Régimen de

el fallo plenario el contratista debía necesariamente impugnar administrativa y judicialmente cada uno de los actos dictados durante la etapa de ejecución para evitar la caducidad de sus derechos.

La reforma ha fijado una solución distinta al establecer (art. 23 inc. e) solo la carga de “cuestionar” el acto de forma expresa dentro del plazo de 30 días, sin necesidad de agotar la vía o entablar la demanda hasta que se hayan cumplido 180 días de la extinción del contrato.

Al respecto dispone el art. 23: “El administrado cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando: (...) e) Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado Nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso (a) del 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”.

La doctrina ha dicho que, aunque la norma refiere solo a “cuestionar” los actos dictados durante la ejecución del contrato, sin requerir específicamente que se lo haga mediante presentaciones calificadas como recursos o reclamos, lo más seguro sería recurrir a ellas (67).

La reglamentación (dec. 695/2024) no ha tratado este punto de manera tal que subsiste el interrogante.

También se ha señalado que se trata de un plazo máximo (o, si se quiere, una opción) por lo que nada impide al contratista a entablar antes la demanda.

Contrataciones de la Administración Nacional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 254 y ss.

(67) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley...”, ob. cit.

Otra cuestión que, seguramente se planteará en los contratos de larga duración, es el problema relativo a la prescripción.

Según hemos visto, la norma traslada el inicio del plazo de caducidad de 180 días para interponer la demanda del art. 25 LNPA hasta la extinción del contrato “serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta [180] días de la extinción del contrato...”; sin embargo, parecer sugerir que igualmente correrá de modo paralelo el plazo de prescripción (“...sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan”).

En este caso, cabe remitirse a lo ya dicho respecto efecto interruptivo del curso de la prescripción de los reclamos o recursos, y las dudas que plantea la aparente contradicción entre las normas implicadas (arts. 1º bis, inc. i, 26 y 31).

Sin embargo, hasta que sean resueltas, en el caso de los reclamos será necesario considerar las probables estrategias disponibles frente al silencio (v.gr.: provocar el dictado de la resolución antes del vencimiento del plazo de prescripción a través de las vías administrativas y judiciales pertinentes) y al acto denegatorio (v.gr.: evitar que adquiera “firmeza” a través de los recursos administrativos disponibles), al menos, para postergar el inicio de su cómputo.

XI. Algunas conclusiones preliminares

La ley ha mantenido los dos requisitos procesales que condicionan el acceso a la justicia (el agotamiento de la vía administrativa y los plazos de caducidad para recurrir en sede administrativa y entablar demanda judicial), y que muchos consideran incompatibles con la tutela judicial efectiva. Para ellos, seguramente, la reforma puede ser una oportunidad perdida.

Otros, en cambio, han visto un reconocimiento a la LNPA y a sus autores (68).

(68) Ha dicho Coviello: “... frente a posiciones doctrinarias que desmerecieron la LNPA, la reforma introducida a ella contiene, a mi modo de ver, un reconocimiento legislativo a los valores que el texto anterior contiene, lo

En esta ocasión, no pretendemos ingresar en estos arduos debates; sino tan solo destacar que se percibe hasta el momento en la doctrina una valoración general positiva de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, tanto en las publicaciones (69) como en las disertaciones (70).

Por nuestra parte, consideramos acertada la consagración de los “principios fundamentales” y, concretamente, el desarrollo de la tutela administrativa efectiva. También, que la mayoría de las modificaciones de trámite analizadas resulten congruentes con ella.

Lógicamente, el tiempo nos permitirá ir detectando con mayor precisión los aciertos y errores de la reforma.

Creemos, también, que se trata de una oportunidad inmejorable para promover en algunas provincias la actualización de sus leyes de procedimiento administrativo.

mismo que a sus autores, pero que fue una ‘puesta al día’ (‘aggiornado’ decimos vulgarmente), conforme los avances de la dogmática del Derecho Administrativo, más no ‘derogado’ por contener alguna incompatibilidad jurídica que repugne algún principio constitucional” (COVIELLO, Pedro J. J., “La confianza legítima en la reforma...”, ob. cit.).

(69) MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley...”, ob. cit.; VILLATA, Ricardo A., “Modificaciones de la Ley Bases...”, ob. cit. administrativos”.

(70) Algunas se encuentran disponibles en la web con libre acceso hasta la fecha. Por ejemplo, las de Pablo E. Perrino - Jorge I. Muratorio (Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 12 de julio de 2024, “La reforma a la ley nacional de procedimientos administrativos”, disponible en: <https://www.colabogados.org.ar/posicion/nota.php?id=1384>), Eduardo Avalos y Leonardo Massimino (Escuela de Abogados del Estado de Córdoba, 13 de agosto de 2024, “Ley de Bases y Derecho Administrativo. Impacto y reformas”, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=NZETuPOH5_c), Alfonso Buteler (TRLAley - Redacción Jurídica, 28 de junio de 2024, “Ley Bases - Modificaciones a la Ley de Procedimiento Administrativo. Por Alfonso Buteler”, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=82nNQ3P5dZo&t=305s>).

Hacia una tutela judicial y administrativa efectiva: reflexiones desde la reforma constitucional de 1994 hasta la Ley Bases

Análisis de los presupuestos procesales de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa



Desirée Riccieri (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Tutela judicial efectiva.— III. Tutela administrativa efectiva.— IV. Desafíos de la tutela judicial y administrativa: agotamiento de la vía administrativa y plazos de caducidad en el reclamo administrativo previo.— V. Epílogo.

I. Introducción

Desde la reforma constitucional de 1994 hasta la actualidad, la República Argentina ha experimentado una notable evolución en su marco jurídico-normativo, particularmente en lo que respecta a la garantía de la tutela judicial efectiva, la cual se ha establecido como la piedra angular del acceso a la justicia, constituyendo uno de sus pilares fundamentales a la hora de proteger los derechos de los interesados. Una de las singularidades inherentes a esa tutela judicial radica en que no se restringe meramente a garantizar el acceso a la justicia, a ser oído y a peticionar, sino que también podemos ob-

servar la manifestación de sus efectos a lo largo del proceso judicial, es decir, a la hora de presentar pruebas, alegatos y de obtener una sentencia fundada que aborde todos los aspectos peticionados por las partes intervinientes e indudablemente asegure con certeza la posibilidad de ejecución de esta, evitando que se torne ilusoria.

No obstante, debo poner en resalto que dicha tutela efectiva no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurisdiccional, sino que también se extiende hacia el procedimiento administrativo mediante la “tutela administrativa efectiva”. Esta es manifestada a través del derecho al debido proceso adjetivo, que comprende el derecho a ser oído por parte de la administración, a ofrecer y producir prueba y obtener una decisión fundada. En relación con el derecho a ser oído, Gordillo expresa que “el principio de oír

(*) Abogada, docente de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, auxiliar letrada del Juzgado de Familia Nro. 2 del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión” (1).

El derecho de peticionar conlleva intrínsecamente la correspondiente obligación por parte de la administración de proporcionar una respuesta adecuada y en un plazo razonable. Ante el interrogante sobre las implicaciones cuando la administración no emite un pronunciamiento o lo hace de manera tardía, es imperativo considerar las diversas técnicas o herramientas que proporciona la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos para contrarrestar los efectos o perjuicios que puede generar esa ficción legal. Al respecto, podemos mencionar el amparo por mora, la configuración del silencio de la administración o incurrir en queja ante el órgano superior. Sin perjuicio de ello, se pone en manifiesto que esa inactividad de la administración es contraria a los fundamentos de la tutela administrativa efectiva, ya que resulta ser un obstáculo adicional que enfrenta aquel que busca salvaguardar sus derechos. Y frente a las disposiciones de la ley, surge el interrogante sobre si esas herramientas se inclinan hacia una tendencia excesiva de defensa del Estado o realmente son medios que posee el interesado a fin de poder contrarrestar esa inactividad formal.

Sin embargo, a mi juicio, no resulta congruente ni coherente afirmar la existencia de una tutela administrativa efectiva frente a una administración que no cumple con su deber de expedirse o lo hace de manera tardía.

En ese orden de ideas, la tutela administrativa efectiva actúa como un componente fundamental del Estado de Derecho que, conforme ha señalado la CS, la plenitud de ese Estado, “no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende,

la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones de la ley y de los conflictos jurídicos. La función del Estado de derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho” (2). Por ello, debe estar presente en las distintas etapas del procedimiento administrativo, resguardando la seguridad jurídica y promoviendo la protección primordial del interés público.

En las líneas continuas realizaré un análisis general sobre la evolución de esa garantía en el transcurso de los últimos 30 años en el derecho administrativo argentino, las preguntas que me realicé a la hora de comenzar el presente trabajo fueron: ¿cómo ha evolucionado la legislación argentina desde 1994 para fortalecer la protección de los derechos mediante la tutela judicial y administrativa efectiva?, ¿qué rol han desempeñado los tratados internacionales y la jurisprudencia en la promoción de esas garantías?, ¿qué diferencias fundamentales existen entre la tutela judicial y la administrativa en términos de efectividad y aplicación en la práctica?, ¿cuáles han sido los principales obstáculos históricos para garantizar una tutela judicial efectiva?, y ¿qué impacto ha tenido la ley bases en la mejora de esas tutelas efectivas en comparación con las normativas anteriores? Asimismo, en virtud de la extensión del presente artículo, debo mencionar que me centraré específicamente en analizar el impacto y proyección de las tutelas efectivas en los presupuestos procesales de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

II. Tutela judicial efectiva

En el orden nacional, la garantía de la tutela judicial efectiva se desprende desde el Preámbulo de la Constitución Nacional, donde se releva, conforme expresa Cassagne, “el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de ‘afianzar la justicia’, configurando así un principio jurídico afín a la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares” (3).

(1) GORDILLO, A., “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, Teoría General del Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, 1ª edición, T. 8, p. 473.

(2) CS, 21/12/1978, “Pérez de Smith, Ana M. y otro”.

(3) CASSAGNE, J. C., “El principio de la tutela judicial efectiva”, Thomson Reuters, RDA, 101-1321, 2015, p. 3.

Asimismo, en el art. 18 de la Carta Magna se encuentra expresamente la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio de la persona y de los derechos, estableciendo —*entre otras cosas*— que ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Esta es complementada con el art. 109 del mismo texto constitucional, donde se veda al poder ejecutivo del ejercicio de funciones judiciales, respetando la forma republicana de gobierno y garantizado el debido proceso.

Cabe destacar, conforme expresan los arts. 116 y 117 de la CN, que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con las reserva del art. 75 inc. 12 y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

De seguido, debo hacer mención como uno de los pilares fundamentales de la tutela judicial efectiva a la acción de amparo, que ha sido incorporada a la Constitución Nacional en su art. 43 a partir de la reforma de 1994, posee origen pretoriano a partir de los fallos “Siri” y “Kot”, y garantiza el derecho de toda persona de interponer la acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías de los ciudadanos.

Dentro de los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocidos con jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inciso 22 de la CN, podemos destacar —*entre otros*— la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá Colombia, 1948, la cual recepta en su art. 18 el derecho de toda persona de poder concurrir a tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, dispone la existencia de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, consagra en su art. 10 el derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.

El art. 8° de Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, firmada el 22 de noviembre de 1969) consagra la garantía judicial como 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.

En conclusión, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en Argentina, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantizan el derecho fundamental de toda persona a acceder a la justicia de manera igualitaria y con las debidas garantías. El plexo normativo no solo consagra el derecho de acudir a tribunales para hacer valer derechos fundamentales, sino que también aseguran un proceso justo y equitativo ante la ley, esencial para proteger y promover la dignidad y los derechos de cada individuo. Por ende, podemos

concluir que esa garantía de tutela judicial efectiva, en menor o mayor medida, se encontraba receptada implícitamente hace más de 30 años en el derecho argentino, sin embargo, en la práctica, ¿se ve garantizada tal como es mencionada por la doctrina y receptada en la normativa jurídica vigente?

III. Tutela administrativa efectiva

Al igual que la tutela judicial efectiva, la tutela administrativa encuentra sus raíces en la Constitución Nacional, en los principios básicos de protección de los derechos humanos y de debido proceso, tales como el de legalidad, defensa, razonabilidad e igualdad, donde sentaron las bases para el desarrollo de mecanismos que permitieran a los ciudadanos cuestionar actos de la administración pública, garantizar el derecho a la defensa y el acceso a la justicia.

No debo dejar de mencionar los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, que contribuyeron directamente a la iniciación y progreso de la tutela administrativa efectiva.

Desde la perspectiva jurisprudencial, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha introducido por primera vez la expresión “tutela administrativa efectiva” en el fallo “Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER C dto. 310/1998 s/ amparo ley 16.986”, donde expresó que el art. 18 de la CN y las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (4).

En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549), previo a las modificaciones efectuadas por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (ley 27.742), contábamos de —*forma implícita*—

con la garantía de la tutela administrativa efectiva, para ello debemos remitirnos a su anterior art. 1° inc. f, acápite 1, 2 y 3, el “debido proceso adjetivo” que encuentra su estructura en 3 aspectos fundamentales, conforme lo he comentado anteriormente: 1) el derecho a ser oído, 2) el derecho a ofrecer y producir prueba y 3) el derecho a obtener una decisión fundada.

Ahora bien, debemos destacar que la ley de bases dispone en su art. 25 la incorporación del art. 1° *bis* a la ley 19.549, que, entre otros principios, recepta expresamente el de la tutela administrativa efectiva como uno de los fundamentales del procedimiento administrativo. Asimismo, identifica como un cuarto aspecto de los mencionados recientemente, que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa, disponiendo que la administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

Lo mencionado resulta un fortalecimiento a la tutela administrativa efectiva, toda vez que garantizaría una mayor transparencia y celeridad en la gestión administrativa, con el fin de promover una administración más responsable, prudente y justa (5), acorde a los nuevos principios consagrados en el nuevo texto normativo, tales como la buena administración, transparencia, confianza legítima, y la eficiencia burocrática.

IV. Desafíos de la tutela judicial y administrativa: agotamiento de la vía administrativa y plazos de caducidad en el reclamo administrativo previo

Conforme señala Perrino, “la realidad demuestra que el derecho de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa a menudo sufre diversas e indebidas trabas derivadas en algunos casos, de regulaciones inapropiadas, y otras veces, de interpretaciones judiciales desafortunadas” y que esas dificultades para alcanzar la revisión judicial del comportamiento administrativo resultan “doblemente cuestionables pues, además de generar situaciones de privación de justicia, esconden en muchas ocasio-

(4) CJ, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER C dec. 310/1998 s/ amparo ley 16.986”.

(5) Art. 25 de la ley 27.742.

nes una equivocada tendencia a sobreproteger al Estado, situación esta última que frecuentemente, termina operando como un incentivo para que la Administración actúe ilegítimamente” (6).

En igual sentido, Hutchinson manifiesta que la LNPA establece diversos plazos perentorios que condicionan el acceso a la instancia judicial (7).

Al momento de acceder a la jurisdicción, además de los requisitos generales exigibles a los particulares, el proceso contencioso-administrativo establece, como condición adicional, el agotamiento de la vía administrativa, el cual puede llevarse a cabo mediante 2 vías, por un lado, la vía recursiva, la cual se desarrolla a través de la interposición de recursos administrativos cuando pretendemos impugnar actos administrativos de alcance particular.

Ahora bien, en relación con la vía reclamatoria, debemos acudir al reclamo impropio cuando lo que se pretende impugnar es un acto de alcance general y al reclamo administrativo previo a la demanda judicial (arts. 30 a 32 LNPA) cuando nos referimos a hechos u omisiones por parte de la administración, sobre el cual me explicaré más adelante.

Como segundo presupuesto de acceso a la instancia judicial, debemos mencionar el cumplimiento de la presentación de la demanda judicial dentro del plazo de caducidad establecido en el art. 25 LNPA, el cual, previo a la reforma de la ley constaba en un plazo de 90 días hábiles judiciales, actualmente ha sido ampliado a 180 días hábiles judiciales, adicionando que no habrá plazo para impugnar las vías de hecho administrativas sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción, asimismo, se pone en resalto que la falta de impugnación de actos que adolezcan de nulidades no obstará

a su planteo como defensa dentro del plazo de prescripción (8).

Doctrinariamente, el requisito del agotamiento de la vía administrativa suele ser cuestionado, ya que, como expresa Monti, esa crítica suele tener fundamento en que parte la doctrina manifiesta que “constituye un ritualismo inútil, o dilata en forma innecesaria la defensa de los derechos de los particulares en sede judicial, o se trata de un privilegio estatal excesivo, conspirando así contra el derecho a la tutela judicial efectiva”, pero lo que se pretende, en verdad, es “la debida tutela de los intereses particulares” y “procurar la legitimidad de la actuación estatal por la legalidad y la razonabilidad, otorgándole a la Administración la posibilidad de enmendar sus propios errores” (9).

El reclamo administrativo previo constituye un requisito indispensable de forma previa a acudir a la vía judicial, y ha sido objeto de diversas interpretaciones y debates a lo largo de los últimos 30 años, los cuales han influido en la aplicación de la garantía de la tutela judicial efectiva.

La Ley de Emergencia Económica Financiera 25.344 sancionada el 19 de octubre de 2000 introdujo cambios significativos en el reclamo administrativo previo, Hutchinson opina que estos han sido en desmedro del particular en virtud de que “ha alterado la tradición de la ley 3.952 ya que modificó el principio de que no existe plazo para su interposición, salvo el de la prescripción de la acción”, ya que “mientras la LNPA no traía —en el caso del silencio denegatorio del reclamo administrativo previo— plazo alguno para iniciar la acción, consecuente con el derecho del particular de optar por esperar la obligatoria decisión del órgano competente, la reforma de la ley 25.344 exigía que la demanda se instaura dentro del plazo de noventa días contados a partir del vencimiento de los treinta días (hábiles administrativos) desde la presentación

(6) PERRINO, P. E., “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativo”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, pp. 257/294.

(7) HUTCHINSON, T., “Ley nacional de procedimientos administrativos Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”, Astrea, Buenos Aires, 1987, 1ª reimpression corregida, Tomo 1, p. 464.

(8) Art. 43 de la ley 27.742

(9) MONTI, L. “Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva” en *Estudios de Derecho Público* [ALONSO REGUEIRA ENRIQUE M., dir.], Asociación de Docentes, Buenos Aires, diciembre de 2013, 1ª edición, pp. 317-318.

de pronto despacho” (10), por lo cual esta modificación generó varios debates en relación a la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio (art. 18 CN).

García Pullés, al tiempo de examinar las modificaciones que introdujo la ley 25.344 en los arts. 30, 31 y 32 de la LNPA, expresó que la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 al ámbito del reclamo administrativo previo presentaba serias objeciones constitucionales, que se agravaban por el modo estableciendo en la nueva regulación legal, en cuanto esta transforma el sistema del silencio la de la ley por un sistema de acto ficto, incompatible con los principios que rigen el procedimiento administrativo, ello en virtud de que “impone el plazo de caducidad al ámbito de las pretensiones civiles contra la Administración Pública y crea un sistema de silencio como acto ficto que contraviene la obligatoriedad de la competencia administrativa y la razonabilidad en la regulación de acceso a la tutela judicial efectiva” (11).

Conforme señala Gordillo, desde los orígenes, cuando se hablaba de la “indemandabilidad del soberano” se admitía de todos modos que el Poder Ejecutivo podía contestar la demanda sin oponer la falta de venia legislativa y esa regla siguió vigente luego del dictado de las leyes 3952 y 11.634, como referencia, hace alusión a la doctrina de la Corte en el fallo “Perezlindo, Zenón Evaristo y otra c. Nación” (12) “queda librado al representante del Poder Ejecutivo nacional aceptar directamente la controversia judicial cuando tal requerimiento al reclamo administrativo no se ha cumplido”. En ese sentido, dicho autor expresa que “el juez no podía exigir de oficio que se acreditara haber efectuado el reclamo para proveer la demanda, pues era un privilegio de la administración que esta usaría o no al con-

testar la demanda” exponiendo que ese régimen ha sido modificado en perjuicio de la tutela judicial efectiva (13).

A partir del fallo “Gorordo” en el año 1999 (14), la Corte se aparta de su doctrina anterior en los casos “Cohen” y “Construcciones Taddia SA”, al pronunciarse a favor de la revisión de oficio por parte del juez sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la acción procesal administrativa antes de la traba de la litis. El Alto Tribunal argumenta que, para poder analizar el fondo de una demanda, es fundamental verificar ciertos requisitos procesales que permiten al juez la posibilidad de desestimar de forma oficiosa la demanda en una etapa preliminar, sin perjudicar el equilibrio entre las partes. Asimismo, resalta que, además de los requisitos del Cód. Proc. Civ. y Com., en los procesos contencioso-administrativos se deben cumplir requisitos específicos establecidos en la ley 19.549, los cuales el juez está facultado a verificar. La Corte menciona que la revisión de oficio de estos requisitos también está prevista en diversas leyes federales y códigos procesales administrativos provinciales, lo que refuerza su decisión. Finalmente, el tribunal determina que, dada la naturaleza de los plazos de caducidad establecidos en la ley 19.549, el juez de primera instancia tiene la facultad de examinar de oficio su cumplimiento y rechazar la pretensión si no se cumplen, en conformidad con el art. 337 del Cód. Procesal.

En ese sentido, la ley 25.344 del año 2000 reemplaza en su art. 12 la sustitución del art. 31 de la ley 19.549, adicionando que 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, nótese que se ha vuelto una obligación para los jueces la verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

(10) HUTCHINSON, T., “Régimen De Procedimientos Administrativos ley 19.549 - Decreto reglamentario 1759/1972, texto ordenado 1991 según reformas introducidas por decreto 1883/1991. Con remisión al texto constitucional de 1994”, Astrea, Buenos Aires, 2014, 9ª edición actualizada y ampliada 2ª reimpresión, p. 195.

(11) GARCÍA PULLES, F. R., “Tratado de lo contencioso administrativo I”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., pp. 527-528.

(12) CS, 25/11/1955, “Perezlindo, Zenón Evaristo, y otra c. Nación”.

(13) GORDILLO, A., “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, T. 4, El procedimiento administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, 11ª ed. ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, p. 546.

(14) CS, 4/02/1999, “Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c. Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)”.

Actualmente, se advierte que, con la reforma introducida por la Ley Bases, en 2024, se ha eliminado el párrafo del art. 31 *in fine*, en relación con el control de oficio que debían efectuar los jueces del cumplimiento de los recaudos y plazos en la vía impugnatoria y reclamatoria, debiendo analizar y examinar como se llevará en la práctica ese control de oficio, lo cual, resulta difícil prever con exactitud sus efectos a largo plazo.

Finalmente, en relación con el famoso plazo de caducidad establecido en el art. 25 del decreto-ley, cabe destacar que la modificación efectuada al art. 31 por la Ley de Emergencia Económica Financiera ha dado lugar a diversas interpretaciones, al respecto, se pone en resalto que el artículo establecía que “(...) el pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa [90] días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco [45] días, podrá aquel iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción (...)” esa peculiar redacción ha constituido diversas interpretaciones y confusiones entre la doctrina y jurisprudencia, toda vez que el interrogante planteado era: si la administración no se expide, ¿rige el plazo de caducidad del art. 25 LNPA?; y si es así, ¿a partir de cuando se empezaría a contabilizar?

El 22 de noviembre de 2012, la respuesta a dicho interrogante fue proporcionada por la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, en el dictamen emitido en el caso “Biosystems” (15), al cual la Corte se remite, donde expresa que no era necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 31 LNPA —*conforme lo había efectuado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III)*— ya que se debe interpretar que el término de caducidad del art. 25 de la LNPA no se aplica en caso de que exista silencio por parte de la administración, es decir, solo va a regir el plazo de prescripción en el caso de que la administración no emita un pronunciamiento. La Dra. Monti resaltó que el control de constitucionalidad de

las normas es uno de los fines supremos del Poder Judicial de la Nación, y que, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia. Por ello, debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico, el artículo debía interpretarse de una forma adecuada, teniendo en cuenta que el plazo de caducidad solo rige cuando el reclamo sea resuelto expresamente en contra del interesado, es decir, cuando haya una resolución denegatoria, y no cuando se hubiera producido el silencio de la administración. Esa interpretación se encuentra en congruencia con lo normado por los arts. 10 y 26 de la LNPA.

¿Qué establece la Ley Bases sobre el plazo de caducidad en el reclamo administrativo previo? ¿Hubo modificaciones al respecto? El art. 31 LNPA, con la modificación efectuada, ha quedado redactado de la siguiente forma: “El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa [90] días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado podrá requerir pronto despacho y, si transcurrieren otros cuarenta y cinco [45] días, podrá aquel iniciar la demanda, la que podrá ser interpuesta en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo nacional, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte [120] y sesenta [60] días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo podrá ser recurrida en sede administrativa. La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta [180] días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquella. Esto último, sin perjuicio de la opción que el administrado tiene de recurrir en sede administrativa la denegatoria, conforme lo previsto en el art. 23, inc. c) final”.

De esta manera, se prevé expresamente que, habiendo presentado el reclamo y en su caso, el pronto despacho facultativo, la demanda puede ser interpuesta en cualquier momento, siempre teniendo en cuenta los plazos de prescripción,

(15) CS, 11/02/2014, “Biosystems SA c. EN - MO Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo”.

y en el caso de que exista una denegatoria expresa en sede administrativa establece el plazo de 180 días hábiles judiciales para interponer la demanda judicial, y la posibilidad de recurrir esa denegatoria en sede administrativa, lo que anteriormente no estaba previsto, ello conforme lo previsto en el art. 23, inc. c) final, lo que configura una herramienta más a favor del administrado, ya que en los casos en que no deseen expresamente acudir a la vía judicial e intentar de concluir el procedimiento en la sede administrativa, tienen la opción de recurrirlo en esa etapa. La nueva redacción del artículo otorga mayor certeza jurídica al administrado, evitando cualquier tipo de ambigüedad.

Finalmente, entre las modificaciones efectuadas por la Ley Bases en relación con el presente acápite, debo destacar la recepción expresa de los plazos de prescripción en su art. 22 LNPA, que anteriormente no se encontraban inmersos, disponiendo 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. Y asimismo, se pone en resalto, a favor de la tutela administrativa y judicial efectiva, la eliminación de la necesidad de interponer un pronto despacho, como estaba prescripto anteriormente, estableciendo de esta forma que si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamien-

to, este no podrá exceder de sesenta [60] días y vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración, constituyendo un gran aporte a la celeridad y eficacia del procedimiento administrativo.

V. Epílogo

En síntesis, el examen de la evolución de la tutela judicial y administrativa efectiva en Argentina en los últimos 30 años focalizado en los presupuestos procesales pone de manifiesto un sistema jurídico en constante transformación que aspira a mejorar el acceso a la justicia y a salvaguardar los derechos de los particulares, ello conforme se desprende de los nuevos principios incorporados a la ley 19.549.

Sin embargo, persisten desafíos significativos que obstaculizan la efectiva realización de dicha tutela, lo que constituye un objetivo aún por alcanzar. Este propósito demanda un compromiso sostenido por parte de las instituciones, así como de la administración y los distintos poderes intervinientes, para superar las limitaciones que restringen su eficacia. En última instancia, la viabilidad de la tutela efectiva no solo radica en su reconocimiento normativo, sino también en su correcta aplicación, la cual debe ser objeto de supervisión y promoción para asegurar que el Estado de derecho se traduzca en una justicia tangible y efectiva para los particulares.

Luces y sombras del impacto de las modificaciones de la Ley de Bases al procedimiento tributario



Diana M. Queirolo (*)

El objetivo del presente trabajo es el intento de delinear algunos de los alcances —y sus efectos— que trajo al procedimiento tributario, la sustancial modificación de la ley 19.549 (y a su reglamento), mediante la llamada Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, ley 27.742 (1).

Para situarnos en perspectiva, es imprescindible partir de la relación entre ambos procedimientos. Y podemos decir que, figurativamente, el procedimiento administrativo es la “madre nodriza” del tributario. Si bien la ley 11.683 es del 12 de enero de 1933, está conside-

rada como un procedimiento especial en virtud de la facultad establecida en cabeza del Poder Ejecutivo en el art. 2° de la ley 19.549. Ello así, porque el dec. 9101/1972, y con posterioridad, el dec. 722/1996 (al fusionarse la DGI en AFIP), se ratificó la especialidad de las disposiciones del procedimiento tributario, que son propias, expresas y, muchas veces, diferentes a las del administrativo.

De allí que, partiendo de la autonomía normativa, y sin desconocer las vinculaciones entre uno y otro, fuimos catalogando o esquematizando las cuestiones cuyas modificaciones pueden impactar —aunque con diverso efecto— en el procedimiento fiscal: los principios generales del procedimiento administrativo; la supletoriedad; la remisión expresa y aquello que queda por reglar y/o definir.

Veamos:

I. En primer lugar, resulta innegable que “los nuevos principios generales del procedimiento administrativo” que se agregan en forma expresa en el art. 1° *bis*, vienen a ensanchar la esfera de los principios que llamamos “estatuto de derechos y garantías de los contribuyentes”.

De tal forma, los principios de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela adminis-

(*) Abogada y escribana UNLP. Especialista en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora adjunta interina de la materia “Procesos y procedimientos tributarios” en la Facultad de Derecho de la UBA. Docente en distintas maestrías, posgrados y especializaciones en Tributación, Derecho Financiero y Tributario del país. Autora de diversas publicaciones de la especialidad. Participante en proyectos de investigación UBACYT.

(1) Aclaración preliminar: no se encuentran abarcadas todas y cada una de las modificaciones, sino que realicé una selección arbitraria de temas puntuales, quedan otros tantos para una próxima entrega. Abreviaciones: AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos); DGI (Dirección General Impositiva); CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación); PGN (Procuración General de la Nación); CNACAF (Cámara Nacional de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal); TFN (Tribunal Fiscal de la Nación); DR (decreto reglamentario).

trativa efectiva y la simplificación se incorporan como principios propios.

El debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir prueba, y a una decisión fundada), se ven ahora amplificados con el concepto de “tutela administrativa efectiva”, en el que se adiciona el plazo razonable en la duración del procedimiento que debe ser informado a los interesados.

En ese sentido, deberá compaginarse la duración de los procedimientos con la necesidad de articular pronto despacho y los efectos —negativo o positivo— del silencio. Pensemos, por ejemplo, en la ley 11.683 tenemos algunos plazos reglados, ver el art. 41 que establece como requisito del acta de constatación la citación a la audiencia que se fijará en una fecha no anterior a los 5 días ni superior a los 15 días del labrado de esta; y que el juez administrativo debe pronunciarse después de la audiencia o en un plazo no mayor de 2 días (al respecto, ver el fallo “Aucena” (2), en donde se declaró la nulidad del sumario por incumplimientos de los plazos fijados en la ley); el art. 77 que prescribe un plazo de 10 días para que se expida el superior del juez administrativo en el recurso de apelación de la clausura; art. 78 que prevé un plazo de 10 días para que se expida la autoridad del Organismo en el supuesto de decomiso; después tenemos el plazo de 20 días para resolver el recurso de reconsideración del art. 80; y el art. 74 del DR 1397/1979 que ordena la resolución del recurso de apelación en el plazo de 60 días.

Además, habrá que ver ahora cómo impactan los fallos de la Corte (en materia de sanciones) en donde se aplicó el principio de plazo razonable para declarar prescripta la multa. No me voy a detener en los requisitos de procedencia porque excede la idea de las presentes líneas, sino que los remito a los fallos de la CSJN en “Losi-

cer” (3), “Aaron Bonder” (4), “Fischman” (5), y está la causa “Cosena Seguros” (6) con la posición del dictamen de la PGN (7).

Destacamos la incorporación de la eficiencia burocrática, que dispensa al administrado de aportar como prueba aquella documental elaborada por la propia administración centralizada o descentralizada, siempre y cuando el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Tema que me parece que hay que vincular con el secreto fiscal (art. 101 de la ley 11.683), porque dice que, cuando se trate de informes ya elaborados por un órgano administrativo, estos deberán ser remitidos en el plazo de 10 días a contar desde su solicitud (8).

A su vez, se agrega que la administración podrá recabar datos por medios electrónicos a

(3) Fallos 335:1126, “Losicer Jorge Alberto y otros c. BCRA resol. 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708 s/”, del 26/06/2012.

(4) Fallos 336:2184, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c. Banco Central de la República Argentina s/BCRA s/ resol. 178/93”, del 19/11/2013.

(5) Fallos 332:1492, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Fiszman y Compañía SCA c. Dirección General Impositiva”, del 23/06/2009.

(6) “Cosena Seguros SA c. DGA s/recurso directo de organismo externo”, Expte. CAF 62966/2019/CA1-CS1, del 03/04/2023.

(7) Más allá de la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la garantía penal del plazo razonable, su consagración y aplicación expandida a diversas materias, nos importa analizar si es válida esa doctrina en materia tributaria. ¿Es correcta la aplicación de la garantía penal del plazo razonable en el procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Nación? ¿Cómo debe analizarse lo que la Corte Suprema llama: análisis global del procedimiento? ¿A quién debe atribuirse los lapsos de inactividad procesal?

(8) Pensando en la AFIP y el secreto fiscal hay que considerar que cuando la Corte atenuó el rigorismo de la prohibición legal, lo hizo en los casos en que el propio autor y en cuyo interés fue establecido el secreto de las manifestaciones, hubiera pedido o consentido expresamente que se trajera como prueba en el juicio seguido contra terceros, otros que el fisco, y aún así a condición de que su declaración no contuviera datos referentes a otros contribuyentes (desde sus más antiguos precedentes en Fallos 191:235; 193:109; 196:575 y 581; 206:419, entre otros más recientes: 344:1411).

(2) “Aucena SA s/ inf. Ley 11.683”, fallo emanado del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3, del 24/11/1998.

través de sus redes o bases estatales o mediante consulta a plataformas de intermediación u otros sistemas.

Resta señalar la adquisición del rango legal de la obligación de hacer saber al interesado con la notificación del acto administrativo de los recursos existentes y los plazos para su articulación, indicando, en su caso, si aquel agota la vía administrativa, antes estipulado en el art. 40 del dec. 1759/1972.

Encontramos el expreso reconocimiento de la gratuidad, la celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en el trámite, a los que se suman el obrar de buena fe y lealtad.

Quedan ratificados los principios del informalismo a favor del administrativo siempre que se trate de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente (con la consecuente recalificación de los recursos); la innecesariedad del patrocinio letrado (excepto que se trate de una cuestión jurídica y para no vulnerar el derecho de defensa del administrado); el característico instrucción e impulso de oficio propio de la administración y la búsqueda de la verdad material.

II. Desde otra perspectiva de análisis, el art. 116 de la ley 11.683 prevé la aplicación de la ley de procedimientos administrativos en forma supletoria. De allí que, como lógica consecuencia, podemos decir que el nuevo texto impactará en el contenido de todo el Título I sobre aquellos supuestos no previstos por la ley fiscal.

En esa línea, resulta trascendental indicar diversos temas que fueron modificados por la Ley de Bases.

Por un lado, adquirieron legal jerarquía normas contenidas en el dec. reglamentario 1759/1972, como, por ejemplo, plazos para la remisión de expedientes al superior jerárquico o, incluso, los recurridos a la justicia (véase que en la ley 11.683 tenemos plazos previstos más cortos (verificados los recaudos formales, elevar al juez competente la clausura preventiva, el decomiso, en el plazo de 24 hs.) y el deber de informar el plazo de la duración del procedimiento. Solicitudes de prórroga y la de vista de actuaciones.

Y me quiero detener en la vista de actuaciones. Puntualmente, estaba regulada en el art. 76 del dec. 1759/1972, que únicamente preveía la suspensión de los plazos en dos casos: para recurrir administrativamente o para la impugnación judicial. Con la ley 27.742 se la jerarquizó en el art. 1° *bis*, apart. g) punto VII ampliando los supuestos y detallando inicio y fin de esta. Asimismo, el dec. 695/2024 reglamentó los pormenores y detalles en los arts. 38 y 76.

La solicitud de vista de actuaciones producirá la suspensión de todos los plazos (salvo el de prescripción) para: presentar descargos, contestaciones de vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, promover acciones o recursos judiciales. Suspende desde el momento en que se presente la solicitud y se extenderá por el plazo fijado para tomar vista, que nunca podrá ser inferior a 10 días hábiles administrativos.

En la particularidad de la materia tributaria, el problema de interpretación del alcance del entonces art. 76 del DR 1759/1972 se presentó con las posiciones encontradas entre Tribunal Fiscal de la Nación y la Alzada, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El TFN (verbigracia, las Salas A y D) hacían lugar a los planteos del Fisco relativos a la improcedencia formal del recurso (si eran determinaciones de oficio) o cosa juzgada (en caso de multas o repeticiones) por entender que la solicitud de vista del contribuyente en las actuaciones administrativas no suspendía el plazo para recurrir ante el TFN. Basándose en que el procedimiento ante ese tribunal se encuentra previsto en el Título II de la ley 11.683, que no preveía la aplicación supletoria de la ley 19.549.

Por su parte, las cinco salas de la Cámara mantuvieron un criterio unánime: revocaron esos pronunciamientos por entender que debían interpretarse armónicamente los arts. 76 y 166 de la ley 11.683. El razonamiento seguido fue el siguiente: si la solicitud de la vista de actuaciones producía la suspensión del plazo para la impugnación judicial previsto en el art. 25 de la ley 19.549, de modo semejante, y por analogía, cabía atribuir el mismo efecto suspensivo al recurso ante el TFN. Adicionando que, tal interpretación, resultaba más compatible con el ejer-

cicio del derecho de defensa y respetuosa del resguardo al acceso a la jurisdicción.

En el fallo “Macoser” (9), los jueces de la Sala III expusieron: ¿cuál sería el sentido de conceder la vista si ello podría llevar a perder el plazo para apelar? ¿O de qué le serviría al particular preparar su defensa, si luego no la podrá ejercer?

A modo de ejemplo, podemos listar varios fallos: “Asociación Mutual de Asociados y Adherentes del Centro Sportivo Belgrano” (10); “Laumann, Marcelino” (11); “Polit SA” (12); “SUPE”; “Tarditti Cereales SA” (13); “Durán, Ariel Jorge” (14).

Pero, cuidado, porque hay un fallo de la Sala II, en “Bao Rodríguez, Maximino” (15), que distinguió entre la solicitud de prórroga (que no suspende el plazo) y la vista de actuaciones.

Por su parte, hay que prestar atención a lo dispuesto por el art. 38 del dec. 1759/1972, porque distingue entre la vista de expedientes soporte papel y los expedientes electrónicos. Y con relación a los expedientes electrónicos (TAD) hay una diferencia: una cosa es la consulta, sin suspensión de plazos, que es automática y no requiere solicitud expresa del interesado, lo puede realizar el usuario o apoderado, si el trámite se encuentra en curso se deja una constancia de toma de vista.

Distinto es la “vista” que suspende, porque en el art. 38 del decreto reglamentario se prescribe que hay que requerirlo expresamente (y

lo remarco, porque puede ser una trampa para inadvertidos). Asimismo, trae la posibilidad de obtener copia del soporte electrónico, y si es papel, las copias del expediente, siempre a cargo del requirente.

III. En un tercer aspecto, tanto en la ley 11.683 así como también en su reglamento, el dec. 1397/1979, encontramos remisiones expresas a la ley 19.549 y a su decreto reglamentario, las que sí producen un efecto inmediato, porque (y perdón la obviedad), son normas que se aplican directamente.

Un ejemplo de ello, y de los más significativos, es el envío que establece el art. 74 del DR a los arts. 12 y 23 de la ley de procedimientos administrativos.

Recordemos que el art. 74 del decreto reglamentario de la Ley de Procedimiento Tributario tiene previsto un recurso para poder cuestionar actos administrativos individuales, que, en su origen, fue concebido como “residual”, en cuanto no fuera procedente lo reglado expresamente por las vías optativas y excluyentes en el art. 76 de la ley 11.683, o sea, resoluciones determinativas de impuesto, que impongan sanciones y negatorias de repetición.

Lo cierto es que la actividad del organismo recaudador exorbitó las vías originalmente pensadas y, en la actualidad, son múltiples y variados los actos que generan derechos y obligaciones para los contribuyentes cuya impugnación puede ser realizada por este procedimiento residual. Como por ejemplo, las liquidaciones de anticipos y otros pagos a cuenta, sus actualizaciones e intereses (16); las liquidaciones de actualizaciones e intereses cuando simultáneamente no se discuta la procedencia del gravamen (17); los actos que declaran la caducidad de planes de facilidades de pago y/o las liquidaciones efectuadas como consecuencia de dicha caducidad; los que declaran y disponen la exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (18); mediante los cuales se intima la devolución de reintegros efectuados en concepto de

(9) CNACAF, Sala III, “Macoser SA (TF 22607-I) c. DGI”, 06/05/2008, Expte. 15.839/05.

(10) CNACAF Sala I, “Asociación Mutual de Asociados y Adherentes”, 30/03/2010.

(11) CNACAF, Sala IV, “Lauman, Marcelino (TF 32490-I) c. DGI”, 08/02/2011.

(12) CNACAF, Sala IV, “Polit SA”, 04/12/2007.

(13) CNACAF, Sala V, “Tarditti Cereales SACIFIA (TF 27015-I) c. DGI”, 19/09/2009.

(14) CNACAF, Sala II, “Durán, Ariel Jorge Ramón (TF 25267-I) c. DGI”, 09/02/2010.

(15) CNACAF, Sala II, “Bao Rodríguez, Maximino (TF 32150-I) c. DGI”, 18/10/2012.

(16) Conf. art. 56, DR 1397/1979.

(17) Conf. art. 57, DR 1397/1979.

(18) Conf. art. 26, ley 26.565 y sus modif.

Impuesto al Valor Agregado por operaciones de exportación; las intimaciones cursadas de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la ley 11.683, entre otros.

El citado recurso del art. 74 del DR se encuentra habilitado para ante el director general, aunque, en los hechos ha sido delegado a los jueces administrativos de la estructura dentro de la DGI, posibilidad que otorga el art. 10 del dec. 618/1997. De allí que sea un recurso en carácter de apelación al director (de resolver un juez administrativo inferior jerárquico); o de reconsideración si la resolución que se impugna fue resuelta por el mismo director general.

El trámite es “sin sustanciación”, lo que equivale a decir que, en principio, no habrá apertura a prueba ni alegatos. El plazo para la resolución del recurso es de 60 días hábiles administrativos y requiere dictamen jurídico previo.

Vale la pena indicar que su tramitación, por expresa aplicación de la regla general estipulada en el art. 12 de la ley 19.549, no tiene efectos suspensivos, circunstancia que habilita a la AFIP para ejecutar sus actos, excepto que, la autoridad entienda que deba otorgarse dicho efecto en los siguientes supuestos: 1) por razones de orden público; 2) cuando la ejecución del acto traiga aparejado mayores perjuicios que su suspensión; 3) cuando exista nulidad absoluta y que, por la ley 27.742, se adiciona “ostensible”.

Aquí cabe aclarar que, ante la negativa del juez administrativo de suspender los efectos del acto recurrido, resulta bastante corriente que los contribuyentes planteen medidas cautelares autónomas en sede judicial (sobre todo cuando se trata de actos que intiman al pago, a los efectos de frenar esas intimaciones), hasta tanto se resuelva la apelación del art. 74 en sede administrativa. Las medidas cautelares que se pueden lograr en esta instancia son las que llamamos “cautelares autónomas”, y se dictan con un límite de tiempo expreso, es decir que, la medida otorgada caducará a los 10 días desde la notificación del acto que agote la vía administrativa (según art. 8º, ley 26.854, llamada “Ley de Medidas Cautelares contra el Estado”).

En ese marco, continuando el iter, una vez resuelto el recurso, se agota la vía administrativa

y aparece expedita la judicial a través del mecanismo estipulado en el art. 23 de la LPA, lo que importa otorgar al contribuyente la facultad de impugnación del acto en un proceso de pleno conocimiento, que abarca la posibilidad de oponer defensas, ofrecer pruebas y, en definitiva, de ejercer de forma plena su derecho de defensa en sede judicial, ante el fuero contencioso administrativo federal (en CABA); o federal (en el interior del país).

Si bien es cierto que la aludida impugnación judicial tampoco tiene carácter suspensivo respecto de los efectos que —en orden a la posibilidad de exigencia compulsiva de la obligación tributaria— derivan del mencionado acto intimatorio, ha de puntualizarse que siempre cabrá para el contribuyente la posibilidad de solicitar y obtener en aquella sede la tutela preventiva que corresponda, vinculada con la demanda judicial entablada. O solicitar, nuevamente, la medida cautelar. En este último supuesto, en general, lo que sucede es que se inicia un nuevo expediente, distinto del que tramitó la medida cautelar autónoma que caducó al dictarse la resolución que resuelve el recurso.

Aquí el tema novedoso aparece con la ampliación del plazo para interponer la demanda judicial porque, de 90 días pasó a 180 días hábiles judiciales, lo que implica que el acto tiene pleno efecto y puede ser ejecutado por la administración. Y lo que vemos es que, si bien por un lado se prevé el plazo más extenso para la impugnación judicial (ahora 180 días), el problema será concatenarlo con la posibilidad de ejecución del acto por parte de la AFIP. Recuerdo un fallo, aislado, en una causa “Halliburton Argentina SA”, donde la Sala IV de la CNACAF (19), resolvió la ampliación de la medida cautelar en atención a la urgencia de la situación, a fin de que se extienda su vigencia al marco del proceso judicial, y para salvaguardar sus derechos. Ello, so pena de que se declare la caducidad de la medida solicitada en caso de no presentarse la correspondiente demanda impugnativa, conforme lo previsto en el art. 8 de la ley 26.854 y en el art. 207 del Cód. Proc. Civ. y Com.

(19) Sentencia del 27/10/2020, muy específica, porque el planteo recaía en la aplicación al caso de un fallo de la Corte Suprema in re “Rectificaciones Rivadavia”.

IV. Finalmente, y no por ello menos importante, quedan pendientes definiciones de la autoridad recaudadora en cuanto a las implicancias de los nuevos estándares.

Hay varias especiales referencias que no se pueden dejar de mencionar, una es la del art. 25 *bis*, que refiere al plazo de 30 días —de notificada la resolución administrativa que agote la vía— para la impugnación judicial del acto administrativo por vía de recurso, y expresamente prescribe: “quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores”.

Nos preguntamos, ¿qué pasa con la demanda contenciosa del art. 82 de la ley 11.683; con el recurso de apelación judicial de la clausura y decomiso (de 5 y 3 días, respectivamente, arts. 77 y 78, ley 11.683)? Y, el art. 76, inc. b) recurso ante el TFN que si bien no es judicial ¿se puede asimilar?

Por último, y aunque no tenga la prescripción del art. 25 *bis*, ¿cómo juega el inc. d) del art. 23 que dispone que ningún recurso administrativo susceptible de agotar la vía administrativa debe tener un plazo inferior a 30 días?, ¿se aplica al plazo de presentación del recurso de apelación del art. 74 del decreto reglamentario?

Y qué va a suceder con los plazos de los procedimientos, de incumplirse, se habrá configurado el silencio que, en su caso, y de acuerdo con cada trámite, podrá ser negativo o positivo. Y también hay que pensar: ¿qué consecuencias tiene y cómo operaría el principio de plazo razonable?

Creo que, por cuestiones de prudencia, habrá que esperar un tiempo más, por lo pronto hasta el 1° de diciembre, plazo que estableció el dec. 695/2024 para que cada organismo defina sus supuestos de silencio.