RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Mayo - Junio 2021 | 135

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

ISSN 1851-0590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© ABELEDOPERROT S.A.

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 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.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDA

DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Mayo - Junio 2021 | 135

DIRECTOR:
JUAN CARLOS CASSAGNE

SUBDIRECTORES:
Pablo Esteban Perrino
David Andrés Halperin
Estela B. Sacristán

ABELEDOPERROT

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Jorge Muratorio - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

Coordinador

Nicolás R. Acerbi Valderrama

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanke (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vandelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martin Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

ESTUDIOS

Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular
Patricio M. E. Sammartino 3

Actividad jurídica y no jurídica de la Administración. Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración
Fernando Gabriel Comadira 92

Sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal. Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual
Francisco Pozo Gowland 131

La operación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros
Álvaro Bautista Flores 155

El uso de inteligencia artificial en el acto administrativo
Carlos A. Nielsen Enemark 184

La digitalización del procedimiento administrativo disciplinario
Leandro Salgan Ruiz 197

Análisis de la situación actual del personal militar incorporado a la Fuerza Aérea Argentina mediante la resolución 915/2001
Juan I. Rafti 207

El problema del estado de desprotección de algunas relaciones contractuales de empleo público y una interpretación indemnizatoria y cautelar *pro homine*
Roberto C. Suárez 221

Contrataciones electrónicas y su impacto en los principios de las contrataciones públicas
Nicolás D. Vergara 236

Control constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Un estudio actual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia esencial
Juan Garda 247

¿Es posible el control de constitucionalidad en la Administración pública?
Christian Marcelo Dominique 267

Excesos en tiempos de pandemia: ¿hasta dónde llegan las competencias de los municipios correntinos en la emergencia sanitaria?
Guillermo P. Chas - Paula N. Martin Blanco 281

Responsabilidad de los directores y del oficial de cumplimiento en el sistema nacional de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo. Causales exculpatorias de responsabilidad
Matías M. Mendy 293

La exigencia de agotamiento de la vía administrativa, en su configuración actual, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva
Sofía Laffitte 302

La gestión de medidas no estructurales frente a las inundaciones. El caso de la ciudad de La Plata
Guillermo F. Rizzi 308

El caso "Ferrocarriles Argentinos SE", una técnica de participación pública diferente
Florencia M. Palacio 318

ESTUDIOS

Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular

Patricio M. E. Sammartino

Sumario: I. Introducción.— II. Primera parte. El acto administrativo y sus matrices constitucionales.— III. Segunda parte. Extinción del acto administrativo. Antijuridicidad estructural genética u originaria. El acto irregular y sus antecedentes causales. "Vicios puramente administrativos" y "vicios constitucionales y convencionales".— IV. Tercera parte. Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias que nacen del acto administrativo irregular.— V. Cuarta parte. Conclusiones en torno al régimen legal jurisprudencial de las consecuencias principales directas e indirectas que resultan del acto administrativo irregular.

I. Introducción

La extinción del acto administrativo afectado por una *antijuridicidad estructural genética u originaria* plantea múltiples problemas.

De inicio, la primera cuestión se relaciona con el antecedente causal que determina del retiro del acto.

En este punto cabe interrogarnos si, de acuerdo con la naturaleza del defecto, resulta admisible reconocer la existencia de actos administrativos portadores de *vicios puramente administrativo*s, por un lado, y actos administrativos afectados por *vicios constitucionales o convencionales,* por otro.

De aceptarse esta distinción se presenta una nueva cuestión, relativa al régimen jurídico de la extinción. Esto es, si la extinción de los actos afectados por vicios puramente administrativos y vicios constitucionales o convencionales se rige por un el mismo régimen jurídico o si, en cambio, unos y otros están sometidos a principios y reglas diferenciadas. El segundo problema concierne al régimen de las consecuencias jurídicas.

En este punto se hace necesario discernir: (i) qué efectos jurídicos específico impone, prohíbe o habilita el *principio de juridicidad* frente al acto afectado por una ilegitimidad genética u originaria; (ii) *quién* tiene la atribución constitucional y legal para hacer actuar, formal y materialmente, el principio de juridicidad (esta encrucijada es capital, pues está llamada a determinar qué órgano estatal tiene atribuciones específicas —competencia— para decidir y brindar eficacia a la extinción por ilegitimidad; (iii) *cómo* se prepara y expresa formalmente el acto extintivo. Este interrogante nos inquiere sobre su método de elaboración. Desde el punto de vista técnico, esta cuestión reconduce al *procedimiento* —o proceso— que antecede a la emisión del acto estatal extintivo; (iv) cuál es la *finalidad* de la anulación, esto es para qué se extingue un acto administrativo por razones de ilegitimidad.

Las respuestas a cada una de estas cuestiones no son univocas. Variarán según la matriz de derecho administrativo que se haga predominar.

Los tres modelos básicos de derecho administrativo que coexisten en el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo (esto es, el desarrollado durante períodos de quiebre institucional; el desplegado durante el Estado formal y democrático de derecho y el del Estado constitucional-convencional social de derecho, que se extrae de la Constitucional Nacional convencionalizada) han brindado respuestas legales, jurisprudenciales, administrativas y doctrinales a cada uno de esos interrogantes.

El problema, sin embargo, reside en examinar si las respuestas que brinda el régimen legal jurisprudencial a las cuestiones precedentes resultan compatibles con los valores y principios del Estado constitucional social de derecho que emana de la Constitución Nacional convencionalizada.

II. Primera parte. El acto administrativo y sus matrices constitucionales

Una observación atenta del régimen jurídico del acto administrativo permite comprobar la *coexistencia* de modelos de derecho administrativo que responden a opciones valorativas diferentes.

Es así pues que sobre un mismo objeto de estudio —el acto administrativo— *cohabitan* al mismo tiempo, y con variable intensidad, principios y reglas que responden matrices constitucionales distintas **(1)**.

Por cierto, cuando aludimos al régimen jurídico del acto nos referimos a las normas regulatorias y a las interpretaciones que realizan la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos especializados de la propia Administración, sin olvidar, claro está, a la doctrina autoral cuyas posiciones adquieren carácter prejurisprudencial.

De manera inicial podemos apreciar que las diferentes parcelas básicas que vertebran el acto administrativo en el ámbito nacional (noción; requisitos; régimen de la invalidez; vicios; caracteres; extinción) están sometidas, *simultáneamente,* a tres esquemas básicos d e ordenación: el elaborado durante períodos de quiebre institucional; el consagrado bajo el estado formal y democrático de derecho, y en menor medida, el que reposa en el Estado constitucional social de derecho afincado, de manera primordial, en la Constitución Nacional convencionalizada juntamente con las interpretaciones que realiza el alto Tribunal federal.

II.1. En efecto: la primera matriz de derecho administrativo que gravita sobre el régimen jurídico del acto administrativo fue diseñada en períodos de *quiebre o ruptura institucional*.

Este modelo se compone de: (i) normas legales y reglamentarias, dictadas por autoridades de facto, que están vigentes (v.gr., ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, ley 16.986 de Amparos); (ii) doctrina jurisprudencial labrada por la CS en períodos de ruptura del sistema democrático [v.gr. "Universidad Bmé. Mitre" **(2)**; "Duperial" **(3)** "Rodríguez Blanco de Serrao" **(4)**, entre otros] que, a pesar de los cambios institucionales y de la reforma constitucional, pervive en pronunciamientos judiciales de los últimos lustros; (iii) doctrina administrativa de organismos de asesoramiento elaborada en tiempos de quiebre democrático, que aún se mantiene en los asesoramientos consultivos; (iv) doctrina autoral respaldatoria de las normas, jurisprudencia y doctrina anteriores.

El desprecio por el derecho de defensa del particular; la entronización de la teoría de la *subsanación* **(5)***; la naturalización de la reformatio in pejus* (como supuesta derivación del principio de verdad jurídica objetiva que emana del art. 7º, inc. c, de la LNPA); la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como recaudo de admisibilidad de la pretensión procesal de amparo de los derechos y garantías fundamentales; la expansión de las denomi-

(1) Otros institutos centrales de derecho administrativo —como el procedimiento administrativo; la organización administrativa; el proceso administrativo; la responsabilidad del estado; los servicios y contratos públicos— enfrentan una encrucijada similar a la que exponemos con respecto al acto administrativo.

(2) Fallos 273:134 (1969).

(3) Fallos 301:953 (1979).

(4) Fallos 304:898 (1982).

(5) Fallos 273:134 ("Universidad Bartolomé Mitre") y 267:393 ("Argentine Land And Investment Co. Ltd. c. Nación").

nadas *potestades inherentes* como poder indeterminado habilitante para restringir derechos y otras situaciones jurídicas activas; la energización de la potestad anulatoria de actos favorables que concretizan la satisfacción de derechos fundamentales indisponibles; el ejercicio *de poderes discrecionales* fuera de todo marco de razonabilidad y detraído de control; el indudable desapego por la índole de las situaciones jurídicas activas creadas, reconocidas o declaradas por un acto administrativo; el miraje restrictivo al momento de valorar la admisibilidad de la pretensión amparista frente a la actividad o inactividad formal o material de los poderes públicos **(6)**; la generalizada e indiferenciada carga de agotar la vía administrativa previa, sin ponderar la naturaleza e índole de los derechos en juego; la aceptación de que mediante la mera cita de una norma se satisface el requisito de la motivación suficiente de un acto discrecional, entre otras, son manifestaciones de esta matriz que aún perdura.

Allende el catálogo elogios dispensado por la doctrina autoral afín de los regímenes de facto, lo cierto es que las "leyes" de amparo y procedimientos administrativos, juntamente con la jurisprudencia y doctrina complaciente labrada en los años de discontinuidad institucional procuraron encubrir y disfrazar lo insoslayable: la múltiple *deslegitimación* del poder político y de las construcciones jurídicas realizadas en torno a él por jueces designados sin que se observara el procedimiento complejo establecido, entonces **(7)**, como ahora **(8)**, en la Constitución Nacional.

La susodicha deslegitimación no solo es de origen, sino de ejercicio. En efecto: el acceso al poder a través de actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático fue acompañado por actividad estatal y paraestatal desarrollada extramuros de las mínimas exigencia que impone el principio de dignidad humana.

Al respecto no podemos perder de vista que sin supremacía de la Constitución; sin división de poderes; sin participación popular en la toma de decisiones; sin respeto por la persona

(6) La situación descrita se refleja en el caso "R. V., I.", resuelto por la CNFed. Cont. Adm., Sala I de 12 de noviembre de 2018. En ese juicio de amparo el actor postuló una pretensión de amparo contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objeto de condene al tribunal "en su carácter de autoridad de aplicación, a reglamentar la ley 26.861, de manera que permita su funcionamiento". La susodicha ley tiene por objeto regular el ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación, mediante el procedimiento de concurso público. El objeto de la pretensión amparista tuvo en miras hacer cesar la inactividad "administrativa" tendente a poner en práctica la ley. El tribunal de alzada consideró que el pedido de cese de la omisión que el actor le imputa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación a la Ley 26.861 "resulta inadmisible en virtud de lo dispuesto por el art. 2º inc. b) de la ley 16.986" toda vez que por esa vía se procura impeler a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a reglamentar una ley. Cabe recordar que el art. 2º, inc. b) de la ley de facto 16.986 establece: "[l]a acción de amparo no será admisible cuando: ... b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial...". Si mayores esfuerzos se observa que la sentencia de la Cámara no consideró el principio de "plenitud revisora". Este es uno de los estándares estructurales introducido por la reforma constitucional de 1994. En efecto: el art. 43, primer párrafo, de la CN establece toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, "contra todo acto u omisión de autoridades públicas" de consiguiente la pretensión de amparo es admisible contra "todo" acto u omisión de "autoridades públicas". La norma constitucional no establece excepciones en cuanto a la naturaleza de la actuación ni con respecto a la índole del órgano del cual emana el acto u omisión lesiva. El constituyente plasmó el estándar de plena justiciabilidad de "todo" acto u "omisión" de las "autoridades públicas". El art. 43 no establece excepciones ni dispensas. El amparo es admisible contra "todo" acto u omisión, cualesquiera el órgano o autoridad pública a quien se le impute uno u otra. Quedan comprendidos dentro del objeto de control del juez del amparo tanto los actos como las omisiones de los órganos que componen el poder judicial. En la especie, cabe recordar, además, que la pretensión amparista estaba dirigida a hacer cesar la inactividad formal de la Corte en una cuestión que atañe a la función administrativa. En definitiva: la sentencia desestimatoria del amparo con fundamento en el art. 2º, inc. b, de la ley de facto 16.986, es producto de una interpretación realizada es ajena al art. 43 de la CN, y por ende, se ubica extramuros del Estado constitucional vigente en la república.

(7) Art. 86, inc. 5º, de la Constitución Nacional de 1853-60.

(8) Art. 99, inc. 4º, CN. Cabe recordar que el caso "Aparicio", de 21/04/2015, el Alto Tribunal federal sostuvo que los recaudos contemplados en el art. 99, inc. 4º, de la CN —mayoría de dos tercios de los miembros del Senado de la Nación presentes—, se aplica no solo al procedimiento de designación de jueces de la Corte sino también a los abogados —que no integran el órgano judicial— en carácter de "conjueces".

y sus derechos esenciales; sin un poder judicial independiente e imparcial; con jueces que reconocieron el imperio de los actos de la fuerza que quebrantaron el sistema democrático; sin una Administración comprometida con la dignidad de la persona humana; sin respeto por los derechos humanos, en fin, *sin Estado de derecho, no existe ni puede existir derecho administrativo* **(9)**. Es, por ello, que, todos los productos jurídicos que tienen origen en esta matriz (leyes, jurisprudencia y doctrina administrativa) en tanto en cuanto singularizan una mera "apariencia" de "legalidad" deben ser íntegra y urgentemente reexaminados y adecuados a los valores, principios y reglas del Estado constitucional vigente en la república.

La gravitación actual de esta matriz sobre las diferentes partes que estructuran el acto administrativo es un fuerte llamado de atención al sistema democrático.

A la vez, la pervivencia de legislación, jurisprudencia y doctrina labrada en las márgenes de los principios basilares del Estado de derecho explica uno de los factores que retrasa la imprescindible tarea de acomodamiento y compatibilidad del régimen jurídico del acto administrativo con la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

II.2. El modelo anterior convive con el régimen administrativo construido bajo el *Estado formal y democrático de derecho*.

Bajo esta matriz el derecho administrativo se desarrolla con arreglo a los principios basilares del Estado de derecho: supremacía de la Constitución; separación de poderes; legalidad; reserva de ley; elección popular de los gobernantes y representantes; periodicidad de los mandatos públicos; creación del derecho a través de la participación de los gobernados; publicidad de los actos de gobierno; reconocimiento de derechos fundamentales inalienables que protegen la libertad, propiedad, seguridad y autonomía de la persona **(10)**; poder judicial independiente del poder político para la protección de los derechos; sistema de responsabilidad de la Administración y del Estado en general; procedimientos judiciales y administrativos que aseguran la tutela judicial y administrativa adecuada de derechos.

La dogmática especializada reduce los soportes estructurales básicos que sustentan a este modelo en la *división de los poderes*; el *principio de legalidad* o legitimidad —que predetermina, subordina y, por ende, legitima los actos formales de la Administración— y el *control judicial* de la Administración —a través de jueces independientes e imparciales que, en el marco de un caso contencioso, revisan la legitimidad de las actuaciones regladas o predominantemente discrecionales.

En nuestro país este modelo asume que el derecho administrativo, esto es el régimen jurídico de la función administrativa, está llamado a equilibrar las prerrogativas (sustanciales y procesales) de la Administración —por conducto de las cuales se expresa la preeminencia de los intereses generales sobre los particulares, en la inteligencia de que aquellos no pueden quedar sujetos a los intereses privados— con las garantías (sustanciales y procesales) de los particulares. Esa idea de "equilibrio" o conciliación entre poder y libertad se afinca primordialmente en el respeto a la legalidad formal y en la idea de que la Administración gestiona, satisface y sirve de manera inmediata el interés general, definido por los órganos que ejercen el poder político —cuyos titulares resultaron elegidos por el pueblo, a quienes representan—. De este modo el

(9) El Estado de derecho es el presupuesto indispensable del derecho administrativo. Por ello, no resulta apropiado hablar de la presencia de régimen administrativo en tiempos de discontinuidad institucional. Así, referirnos al derecho administrativo creado y desarrollado de espaldas a los principios basilares que sustentan el Estado de derecho, como v.gr., la legitimación democrática directa o indirecta de quienes titularizan el órgano que despliega la función administrativa, encierra una verdadera paradoja. Proponer respuestas plausibles que expliquen razonablemente esa incongruencia, es un desafío que difícilmente se lo pueda afrontar con éxito.

(10) La esencia del Estado de derecho, subraya Schmidt-Aßmann, consiste en garantizar por medio del Derecho la libre determinación de las personas. Y agrega: "la clave conceptual del Estado de derecho sigue siendo la libertad individual. De esta forma, el Estado de derecho se nos muestra como forma de Estado capaz de dejar espacio al individuo, de garantizar su autonomía individual" (SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, "La teoría general del derecho administrativo como sistema", Ed. Marcial Pons, 2003, Madrid, p. 52).

interés general lo define, de manera primordial, el órgano que desarrolla la función legislativa, según el procedimiento deliberativo propio de la formación y sanción de las leyes, sin perjuicio de que la Administración, en tanto gestora inmediata de los intereses públicos, también los define al ejecutar y desarrollar las leyes.

La piedra angular de este modelo reside en el respeto por la legalidad, libertad, la propiedad, la seguridad jurídica **(11)**, la igualdad formal y el debido proceso, sustantivo y sustantivo.

Bajo esta matriz el derecho administrativo se estructura en torno a la idea de un régimen exorbitante del derecho privado **(12)** dotado de prerrogativas estatales —sustanciales **(13)** y procesales **(14)**— y garantías —sustanciales y adjetivas— del particular que se desenvuelven en armónico equilibrio constitucional **(15)**.

Ciertamente, el núcleo vital de esta matriz se aloja en el deber de la Administración de actuar con plena sujeción y sometimiento al principio de *legitimidad* **(16)**. *En este sentido, la potestad de revisar y anular por sí y ante sí sus propios actos administrativos se presenta como una manifestación de la subordinación de la función administrativa al principio capital de legalidad* **(17)**.

Esta matriz, a la vez, confiere prioridad a la observancia de las formas en su función de garantía de los derechos. La conocida aseveración realizada en pronunciamientos judiciales en cuanto a que *en las formas se realizan las esencias* **(18)**, representa con nitidez el núcleo duro de este modelo. En este marco, el debido procedimiento previo a todo acto es un principio que está llamado a proteger diferentes esencias: la libertad individual, la propiedad, la igualdad formal y por cierto la adecuada gestión y satisfacción de los intereses públicos.

Esta matriz se asienta sobre la base de una amplia revisión de la actividad de la Administración por parte del Poder Judicial **(19)** indepen-

(11) Para algunos autores, como Neil MacCormick la seguridad jurídica es el valor más importante del Estado de derecho. Señala: "entre los valores que puede garantizar (el Estado de Derecho) ninguno es más importante que la seguridad jurídica, excepto quizás sus compañeros, la seguridad de las expectativas jurídicas y la protección de los ciudadanos de la intervención arbitraria de los gobiernos y sus agentes... Cuando se respeta el Estado de Derecho, la gente puede tener una certeza razonable por adelantado acerca de las reglas y los estándares por medio de los cuales su conducta será juzgada" y agrega que en el Estado de Derecho se puede tener "una seguridad razonable en sus expectativas sobre las conductas de otro, y en especial de quienes ostentan puesto oficiales bajo el Derecho" (MAC CORMICK, Neil, "Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico", Ed. Palestra, Lima, 2017, p. 53).

(12) Fallos 318:441; 316:2454 y su cita: Fallos 308:731.

(13) V.gr. la facultad de la administración de crear unilateralmente vínculos obligatorios; a priori se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico —presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente—; facultad amplia de volver sobre sus actos ora por razones ilegitimidad como de interés público; régimen especial en materia de contratación pública y dominio público.

(14) V.gr. agotamiento de la vía administrativa; plazo breve de caducidad para introducir la pretensión procesal administrativa, por ende, los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece la ley, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado; imposibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios por el obrar ilegítimo de la Administración, sin impugnar judicialmente, previa o concomitantemente, la decisión generadora del daño; facultad de demandar la nulidad de sus propios actos, etc.

(15) Fallos 316:2454.

(16) El principio de legitimidad está constituido por la legalidad y la razonabilidad. La observancia del susodicho principio otorga validez a los actos de los órganos del Estado (conf. Fallos 320:2509, consid. 15, "Solá", de 25/11/1997). En relación con el ejercicio de facultades discrecionales la jurisprudencia subraya que, ellas solo pueden ser consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que le ha atribuido a la Administración una potestad con ese carácter, presentándose, así como una libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (Fallos 315:1363, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos").

(17) Dijo la CS en "Espacio" (Fallos 316:3157): "... correlato necesario del principio de legalidad es la potestad de que disponen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores emitidos de manera irregular, vale decir, aquellos que carecen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido...".).

(18) Fallos 315:106; 317:1333. CNFed. Cont. Adm., sala I, "G., R. A. c. ISSB", de 12/05/2000 (ED 31-10-00).

(19) Fallos 316:2454 ("Serra").

diente e imparcial. Esa revisión judicial *amplia,* sin embargo, está sometida a ciertas condiciones generales de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa: habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa y plazo de caducidad **(20)**. Ambas son prerrogativas procesales de la Administración pública. La limitación temporal para postular la pretensión procesal administrativa es considerada, desde esta matriz, como una reglamentación razonable del derecho de defensa **(21)**, en tanto no lo suprime ni lo desnaturaliza.

En este modelo la garantía patrimonial se expresa por medio del desarrollo de la responsabilidad del Estado a través de sus propios *factores objetivos de atribución*, la falta de servicio (para supuestos de actividad estatal antijurídica) y el sacrificio especial (en relación con la actividad legítima del Estado).

En lo que atañe al acto administrativo esta matriz pone el acento, primordialmente, en el *quién* y *cómo* del acto.

Bajo los postulados capitales del Estado formal de derecho el acto administrativo asume una misión primordialmente *ordenadora* y, a la vez, *limitadora* de las prerrogativas administrativas. Como correlato, el acto administrativo, en el Estado formal y democrático de derecho, se erige en una *primaria garantía de libertad y autonomía de la persona y de sus derechos.*

En la República Argentina, el derecho administrativo labrado torno a las matrices directivas del Estado formal y democrático de derecho presenta tres importantes debilidades:

(i) Inicialmente advertimos que, bajo este modelo, algunas importantes parcelas del derecho administrativo aparecen como una prórroga congenial de las construcciones normativas y jurisprudenciales cimentadas en períodos de quiebre o discontinuidad institucional. La pervivencia y gravitación de la matriz desarrollada en períodos de interrupción del orden constitucional reingresa en el derecho administrativo del Estado de derecho. Ello acarrea, como consecuencia inmediata previsible, la consolidación de criterios que favorecen la hipertrofia de las prerrogativas sobre las garantías sustanciales y procesales.

(ii) En segundo lugar es dable observar que algunos esquemas —legales, reglamentarios y jurisprudenciales— de ordenación administrativa labrados bajo esta matriz fueron permeables o directamente sufrieron la cooptación de los intereses sectoriales **(22) (23)**.

(20) Ibidem.

(21) Fallos 318:441("Gypobras").

(22) V.gr. Ley 27.328. Cabe puntualizar que el art. 9º, inc. p, de la ley 27.328 (PPP) excluye del régimen de los contratos públicos de participación público-privada la aplicación de las leyes 21.499 (expropiaciones); la ley de Responsabilidad el Estado (LRE) 26.944 y el régimen de contrataciones dec. 1023/2001. Concretamente establece que "en el caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el dec. 1023/2001 y sus modificatorias". A la vez, la norma le prohíbe a la administración decidir la suspensión o "nulidad del contrato por razones de ilegitimidad" (textual) en tanto prescribe que tanto la suspensión como la susodicha declaración de nulidad deberá ser solicitada y declarada por el Tribunal competente.

(23) Una de las variables de este modelo, la desarrollada durante los años noventa, retornó con modulaciones en el último lustro de la segunda década del siglo veintiuno. A partir de la desacompasada influencia de la doctrina continental —respaldatoria de los intereses económicos de los países centrales—, comenzó a abrirse camino, a paso firme, el ideario del denominado Estado garante o Estado garantizador, sintagma sugerente bajo el cual se solapa el propósito de transferir importantes porciones de la actividad estatal a la sociedad civil. Se predica así el repliegue del estado, la idea de un Estado mínimo que gaste y cueste menos. Barnés ("Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con derecho privado, procedimientos de tercera generación" en obra colectiva Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, Madrid, 2012, ps. 315 y ss.) destaca que en este marco el actor privado es copartícipe del proceso regulatorio e igualmente prestador de servicios de interés general que antes satisfacía el Estado por sí mismo. Stolleis puntualiza, sin embargo, que el traslado de parte de las funciones del Estado a la sociedad (por medio, v.gr., de las privatizaciones) si bien se plantea bajo el argumento de una mayor competitividad y eficiencia tiene su verdadera razón en el elevado endeudamiento público. Enfatiza este autor que el susodicho traslado de funciones estatales a la sociedad conlleva el traspaso de las formas de protección jurídica del Derecho público al derecho privado o bien lo privado ha de sea vigilado

(iii) La tercera debilidad reside en la *neutralidad* que este modelo de derecho administrativo adopta frente a la naturaleza de los derechos que cada relación jusadministrativa pone en juego y la *indiferencia* con la cual asume las necesidades esos derechos están llamados a satisfacer.

Como veremos, el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho procura vencer las debilidades que presenta esta matriz.

II.3. Junto a los esquemas anteriores ingresa y se desarrolla en nuestro país un modelo de derecho administrativo afincado en los valores, principios y reglas del *Estado constitucional social de derecho*.

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho adviene como un esquema sistemático de ordenación y armonización de potestades y garantías afincado en los principios, valores y reglas que emanan de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

Este modelo, sin ambigüedades ni concesiones, asume que las bases formales y materiales del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son las bases que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

Es así pues que con arreglo a esta impronta el *derecho administrativo* adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua realización*.

Bajo la matriz del Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo se

---

estatalmente, por ello, se habla de "autorregulación regulada" (STOLLEIS, Michael, "Introducción al derecho público alemán", Ed. Marcial Pons, 2017, ps. 201 y ss.). Según la doctrina administrativista europea más autorizada que pregona este modelo, ha emergido un nuevo derecho administrativo(SCHMIDT ASSMANN, Eberhart, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho Administrativo", en la obra colectiva Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, Madrid, 2012, p. 108) que, en sus trazos más gruesos, transita de un Estado prestador (modelo tradicional de servicio público, de corte francés) a un Estado que es garante de la prestación (de estilo norteamericano).Se trata, básicamente, de la delegación de actividades estatales, actualmente detraídas del mercado, a la gestión y regulación privada. Sobre la base de un Estado que parece vaciarse (ESTEVE PARDO, José, "La nueva relación entre Estado y sociedad", Ed. Marcial Pons, 2013, p. 174) y, en virtud del supuesto colapso del Estado social, se rediseñan las relaciones entre el Estado y la sociedad y se lo sustituye por el denominado Estado garante o garantizador. E. Schmidt Assmann subraya que, el constante desplazamiento del reparto de tareas entre la sociedad y el Estado tiene inmediatas consecuencias para la ciencia del Derecho Administrativo. En ese marco, el profesor alemán puntualiza que la responsabilidad del estado de garantizar la prestación se ha erigido en un concepto clave. Señala que ese compromiso de la Administración, de ordinario impuesto por la ley, implica asegurar que esa actividad de interés general sea satisfecha en condiciones adecuadas por el sector privado. La Administración garantiza el resultado final (prestación adecuada a un precio razonable). Enfatiza que se trata de una nueva clase de Administración Pública. Además de las formas tradicionales de Administración —como las denominadas Administración prestacional y Administración ordenadora— ha surgido una nueva clase de Administración garantizadora de la prestación. Schmidt Assman puntualiza que lo singular y característico de esta forma de administración que garantiza un resultado reside en que la Administración y el sector privado actúan de consuno y en común para satisfacer el bienestar general. Y concluye: el Derecho Administrativo del futuro seguirá siendo un Derecho de la Administración ordenadora (policía), prestadora, directora, planificadora, pero será además Derecho de la Administración garante de un resultado. La idea que gobierna esta tendencia reside en afirmar que es el derecho y el Estado quienes tienen la capacidad de conducir, de llevar el timón, de timonear la compleja sociedad actual. Esta concepción ideal de un Estado que deja de remar y solo lleva el timón, y por ende, regula, controla y garantiza que sectores de la sociedad civil (remeros) realicen la efectiva prestación del servicio y el resto de actividades que realizaba el Estado, plantea perplejidades como la formulada, casi al pasar, por Rainer Wahl (WAHL, Rainer, "Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán", Ed. Marcial Pons, 2013, ps. 132-133, nota 242): ¿de dónde puede sacar el Estado la fuerza para llevar el timón y para hacer que se cambie el rumbo si en la barca hay remeros de tanto peso específico y tan obstinados? Pensemos simplemente que si desde la mayor potencia económica de Europa (Alemania) se plantea semejante riesgo, qué cabe esperar para los países en desarrollo de América Latina, como la Argentina. Circunstancias económicas, políticas y sociales truncaron (pusieron en crisis) la plena expansión de estas ideas en nuestro país. La pandemia originada por la propagación de la COVID 19 puso al descubierto las insuficiencias del susodicho modelo para la Argentina y los países de la América latina. En la Argentina no fue el mercado sino el Estado —endeudado y enflaquecido de recursos— quien, en estas circunstancias difíciles, garantizó el acceso a las prestaciones básicas e indispensables que le permitieron a la sociedad civil afrontar la situación de emergencia.

preocupa por la observancia de las formas esenciales y sustanciales y de manera preferencial asume el compromiso de brindar efectividad a la *juridicidad material que emana de la Constitución, sobre todo, en lo que atañe al respeto y protección de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana.*

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho hunde sus raíces en la en la *supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada* en 1994 y en su *fuerza normativa* (el documento constitucional es norma jurídica, no mero programa). En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los derechos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En lo que atañe a las relaciones jusadministrativas, esta matriz predica que la Administración debe subordinar toda su actividad formal y material al principio de juridicidad. Cabe subrayar que, en el Estado constitucional social de derecho el principio de juridicidad —al que está sometida la Administración— se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los *principios preestatales* que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional, los tratados, las leyes, los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la Corte IDH **(24)**.

En esta matriz anida la idea de una juridicidad material, por los valores, que no solo limita los poderes de la Administración pública y se abre a la sociedad civil a través de la transparencia de los procedimientos, sino que, comprometido con la nota de alteridad, a la vez ordena o encarga el desarrollo de actividad positiva tendente crear las condiciones de igualdad real que le aseguren a todos los miembros de la comunidad el acceso a los bienes necesarios para satisfacer el mínimo existencial, indisponible, que les corresponde por el solo hecho de ser persona humana.

En este modelo la observancia del principio de juridicidad —dentro del cual la Administración debe servir inmediatamente a los intereses generales— está indisolublemente asociada a la idea de previsibilidad y *seguridad jurídica* **(25)** y naturalmente a la *expectativa de certeza jurídica* **(26)**.

En el Estado constitucional contemporáneo o Estado de los derechos fundamentales, los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio "jurídico" fundamental de dignidad. En este sentido todas las autorida-

(24) En "Rodríguez Pereyra", consid. 11, de 27/11/2012, la Corte federal enfatizó, con sustento en el precedente "Mazzeo" (Fallos 330:3248) que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos".

(25) La Corte federal, en "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c. PEN s/ sumarísimo", de 4 de septiembre de 2018, voto de la mayoría, ha dicho que "el principio de juridicidad que emana del art. 19 de la CN sirve como medida de todos los derechos y deberes, de las acciones y de las omisiones". Y agrega: "la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible". Finalmente concluye en que, el art. 19 de la CN "exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige".

(26) Al respecto Aarnio puntualiza que la expectativa de certeza jurídica significa que todo ciudadano tiene el derecho esperar protección jurídica; con otras palabras: el tribunal u otro órgano adjudicativo (agregamos nosotros, la administración) tiene la obligación de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Este es el derecho jurídico básico de todo ciudadano en sociedad. Subraya el autor que la expectativa de certeza jurídica cubre dos elementos sustanciales: a) que se evite la arbitrariedad y b) que la decisión sea sustancialmente correcta, en concordancia con el derecho válido (enfatiza que no es suficiente que la decisión previsible, debe ser sustancialmente correcta) (conf. AARNIO, Aulis, "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica", Ed. Palestra, Lima, 2016, ps. 29-30).

des públicas, cualquiera sea el tipo de función que desarrollen, tienen el *compromiso jurídico fundamental* de respetar y garantizar la dignidad de la persona humana.

En efecto.

Dignidad de la persona humana, derechos humanos fundamentales y principio pro persona, componen la *tríada basal material* que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo —junto con uno de sus corolarios, *el principio de interdicción de la insensibilidad* (frente a cualquier violación, lesión o intervención de los derechos humanos)— inaugura *vínculos "jurídicos" obligatorios.*

La vocación de efectividad de esos vínculos jurídicos fundamentales —incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inc. 22 de la CN— hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización también lo son *de ruptura con el derecho administrativo labrado en períodos de interrupción del orden constitucional*

Ciertamente, la aludida tríada basal material que emerge del art. 75, inc. 22 de la CN, al tiempo que renueva la savia (interés general) que recorre la función administrativa, inmuniza el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideario autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

En definitiva: en el Estado constitucional social de derecho el derecho administrativo está llamado a resolver las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden esta matriz anuda y asume compromisos vigorosos:

(i) Con la *supremacía de la Constitución convencionalizada* y su *fuerza normativa*;

(ii) Con el principio de *dignidad de la persona humana*;

(iii) Con los *derechos humanos* que le son inherentes y el *principio pro persona*, en su doble formulación **(27)**;

(iv) Con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad;

(v) Con el *principio democrático* (art. 36 de la CN);

(vi) Con los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la *separación de poderes y control recíproco*, como garantía de libertad de las personas;

(vii) Con las reglas actuales de *control de constitucionalidad*;

(viii) Con el corpus iuris interamericano;

(ix) Con el *control judicial difuso de convencionalidad*;

(x) Con el *control administrativo de convencionalidad*, según la jurisprudencia de la Corte IDH **(28)**;

---

(27) En Fallos 336:672("Asociación Trabajadores del Estado", consid. 11, último párrafo, de 2013), el Alto Tribunal subrayó que el principio pro homine o pro persona exhibe dos manifestaciones principales. "Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías... Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas... Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (idem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten".

(28) Sentencias recientes de la Corte IDH reafirman la doctrina consagrada en "Gelman" (2011) y "García Ibarra", entre otras. Así, el tribunal interamericano sostuvo que "el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de

(xi) Con la *armonización de las potestades públicas con los derechos humanos*;

(xii) Con su corolario, el principio material de *justa administración.*

II.4. En lo que concierne a nuestra unidad de estudio —extinción del acto administrativo por razones de antijuridicidad genética u originaria—, anticipamos que, en el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho, las bases de la teoría de las consecuencias jurídicas del acto ilegítimo deben tener en consideración las siguientes ideas rectoras:

(i) Reconocimiento de nuevos hontanares de *estabilidad* tendentes a brindar particular protección —en sede administrativa— al acto cuyo contenido está llamado a satisfacer, de modo inmediato, *derechos indisponibles* o el *contenido esencial* de un derecho fundamental **(29)**.

(ii) Renovada gravitación jurídica de las *legítimas expectativas* de continuidad del acto como factor que modula, total o parcialmente, el ejercicio de la potestad anulatoria. En algunos supuestos, la *buena fe* del interesado operará como valladar que evitará la frustración total o parcial de las legítimas expectativas en el mantenimiento de los derechos que emanan del acto sometido a revisión; en otros casos, en cambio, las legítimas expectativas incidirán sobre la temporalidad de la ineficacia del acto declarado inválido.

(iii) Pleno respeto de las *garantías fundamentales que preceden al acto extintivo*. En tal sentido, la traslación al procedimiento anulatorio de las garantías mínimas que en función del debido proceso legal consagra el art. 8º de la CADH —con relación a la persona humana— deviene imprescindible.

(iv) Reexamen del margen de apreciación de la Administración en cuanto a la evaluación del *conocimiento del vicio* (art. 18, LNPA). Como venimos sosteniendo en trabajos anteriores **(30)**, la doctrina labrada por la PTN en lo que atañe al conocimiento del vicio debe ser revisada cuando el contenido del acto atañe a derechos fundamentales indisponibles.

(v) El ejercicio de la potestad anulatoria de actos administrativos favorables, cualquiera sea la naturaleza del vicio que lo afecte, está siempre sometido al *principio de plazo razonable*; este debe ser modulado según la naturaleza de la prestación.

En este trabajo abordaremos las cuestiones relativas al antecedente causal del acto extintivo y nos introduciremos en la teoría de las consecuencias jurídicas del acto administrativo irregular.

III. Segunda parte. Extinción del acto administrativo. Antijuridicidad estructural genética u originaria. El acto irregular y sus antecedentes causales. "Vicios puramente administrativos" y "vicios constitucionales y convencionales"

III.1. Modos de extinción del acto administrativo. Introducción

III.1.a. Los *modos* de extinción del acto administrativo son múltiples **(31)**. Y, sobre todo, heterogéneos.

Este panorama impide ensayar pautas de clasificación, dotadas de validez científica, basadas únicamente en estándares materiales.

Para superar esta dificultad consideramos que resulta más sólido encarar esta parcela de

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (Corte IDH, "Petro Urrego", sent. de 08/07/2020, párr. 107; "Urrutia Laubreaux", de 27/08/2020, párr. 93).

(29) Ver: SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la 'cosa juzgada administrativa' al 'área de estabilidad'", LA LEY de 20/05/2019.

(30) "La estabilidad del acto administrativo", publicado en RDA 2019-125, de 07/10/2019, ps. 883 y ss.

(31) De ordinario, se considera que son medios (modos) de extinción del acto administrativo los siguientes: cumplimiento o agotamiento del objeto; expiración o vencimiento del plazo; acaecimiento de una condición resolutoria; imposibilidad sobrevenida; renuncia; rechazo; revocación por razones de ilegitimidad; anulación judicial del acto; revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (revocación fundada en razones de interés general); caducidad.

la teoría del acto administrativo con un criterio formal-material **(32)**.

Desde este vértice, distinguimos de manera inicial dos grandes grupos: por un lado, los *modos formales de extinción;* por otro, los modos *no formales*.

En relación con los primeros la extinción, y consiguiente cesación definitiva de los efectos del acto administrativo, se produce a través de otro acto estatal, v.gr., un acto administrativo, o bien, una sentencia judicial **(33)**. Con respecto a los segundos, la extinción del acto adviene sin que se requiera una actuación formal del órgano o ente que desarrolla función administrativa.

Dentro del primer grupo (*modos formales*) el esquema clasificatorio se sustenta en criterios materiales según las causas que le dan origen (v.gr., antijuridicidad genética, sobrevenida y funcional, por un lado; interés público, por otro). Asimismo, las consecuencias temporales de la ineficacia exhiben modulaciones según el evento jurídico antecedente que la genera y el modo (o medio) que las concretiza.

Los modos no formales, en cambio, son básicamente heterogéneos.

III.1.b. En Argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, concebida hace cinco décadas, regula solo algunos *modos formales de extinción*: la revocación por razones de ilegitimidad; la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y la caducidad.

La extinción del acto administrativo fundada en antijuridicidad originaria se plasma a través del denominado acto revocatorio también denominado acto anulatorio.

Desde un miraje inicial, cabe conceptualizar al acto administrativo revocatorio como una *declaración extintiva que produce, de manera directa e inmediata, la cesación definitiva —total o parcial— de los efectos jurídicos de un acto administrativo portador de una antijuridicidad estructural genética u originaria.*

El antecedente causal del acto revocatorio por razones de ilegitimidad exhibe dos variables: el acto irregular, portador de vicios determinantes de nulidad absoluta (art. 17, primera parte, LNPA) y el acto regular afectado por un vicio leve o no fundamental (art. 18, segunda parte, LNPA). Como se verá, los regímenes jurídicos de uno y otro son bien distintos.

Al respecto consideramos que un acto administrativo sufre un vicio cuando alguna de las piezas que vertebran su estructura padece en una infracción o defecto jurídico, formal o material, consistente en la transgresión de los *principios* y *reglas* que gobiernan su emisión.

La doctrina española más reciente señala que un vicio "es el efecto de la violación de una norma sobre la producción del acto" **(34)**.

A la vez, según el esquema legal vigente en el ámbito nacional, la extinción sustentada en predominantes motivos de interés público se formaliza mediante la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia del acto administrativo regular. En este supuesto el acto administrativo revocatorio es una declaración extintiva que produce, de manera directa, la clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo *regular*.

La caducidad se exterioriza por conducto de un acto extintivo originado en el incumplimiento de obligaciones fijadas en el propio acto.

Los modos extintivos a los que nos referimos están regulados, de manera insuficiente, en los arts. 17, 18 y 21, de la LNPA y 17, 18 y 21 de la LPA CABA.

III.1.c. La Ley de Procedimientos Administrativos nacional no se ocupa de los modos no formales de extinción.

En efecto. El agotamiento de los efectos del acto administrativo; la imposibilidad sobreve-

(32) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Extinción del acto administrativo en el estado constitucional", LA LEY de 10/05/2017.

(33) La ley no prevé, en cambio, que la extinción de un acto administrativo sea producida directamente por una disposición legal, aunque esta, bien podrá operar como antecedente de derecho del modo formal extintivo.

(34) CANO CAMPOS, Tomás, "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", Documentación Administrativa, DA, 5, Nueva época, enero-diciembre, Madrid, 2018.

nida; el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria; la renuncia y la declinación (rechazo) no sujetos a aceptación **(35)** del órgano o ente que despliega función administrativa, son modos extintivos que no han sido expresamente contemplados por ese cuerpo normativo.

En esta materia, la LPA CABA sigue, con escasas variaciones, a la LNPA. Por ende, exhibe las mismas deficiencias.

III.1.d. El fragmentario tratamiento que las leyes de procedimientos administrativos nacional y de la Ciudad le brindan a esta parcela de la teoría del acto contrasta con el amplio despliegue regulador que exhiben algunos ordenamientos provinciales como las leyes de procedimientos administrativos de Mendoza (ley 9003), Neuquén (ley 1284), Salta (ley 5348) o Corrientes (Código de Procedimientos Administrativos), entre otras. Estos cuerpos normativos reglamentan, con mayor o menor detalle, los modos formales y no formales de conclusión del acto.

III.2. Antecedente, modo extintivo y nexo de causalidad. La interrupción del vínculo causal

De manera general es dable observar que los *modos de extinción* del acto administrativo responden *causalmente* a un específico *evento fáctico o jurídico antecedente.*

La sustantividad del *nexo de conectividad* —que une y vincula el evento antecedente o generador del acto extintivo con el respectivo modo extintivo— es un factor que, de ordinario, resulta ignorado. Y ello no nos sorprende. En esta materia, la dogmática, por lo general, también omite considerar que la relación de causalidad es un *elemento esencial implícito* en el art. 7º, LNPA.

Dentro de los *modos formales,* el evento antecedente y el modo extintivo del acto administrativo están legalmente *predeterminados*. No son producto de la libre configuración de la Administración.

Así acontece con los distintos supuestos de hecho que acarrean, respectivamente, la revocación por razones de ilegitimidad (anulación), la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y la caducidad (arts. 17 y 18 y 21, LNPA y LPA CABA, respectivamente).

En efecto.

En cuanto atañe a los modos formales de extinción del acto administrativo, el *evento antecedente* aparece tipificado en diferentes normas, los arts. 17, 18 y 21 LNPA. A la vez, los correlativos *modos extintivos* aparecen también preestablecidos con variable grado de precisión. Es así como, v.gr., la declaración de lesividad —en los supuestos que corresponda, según el régimen legal jurisprudencial vigente **(36)**— no es un modo extintivo del acto, aun cuando algún asesoramiento administrativo o doctrina autoral pudiese considerar, erróneamente, lo contrario. Es más, la susodicha declaración tampoco es un acto administrativo en tanto no modifica, por sí misma de manera directa, inmediata y concreta la situación jurídica del destinatario.

La LNPA establece modos formales de extinción que están causalmente vinculados a antecedentes específicos.

Así, el retiro del acto irregular reconoce la presencia de un vínculo de conectividad inmediato que liga un acto administrativo gravemente ilegítimo —ajeno al área de estabilidad— con la declaración de invalidez y consiguiente revocación por razones de ilegitimidad (anulación) por parte de la autoridad administrativa. La ley, en cambio, no predetermina ni conecta causalmente el acto afectado por un vicio grave o muy grave (acto irregular) con la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ni con la caducidad del acto. Ciertamente, si la Administración revocase por razones oportunidad, mérito o conveniencia un acto administrativo irregular, el acto extintivo, en este supuesto, será gravemente ilegítimo y, por ende, irregular.

Claro está, si se comprobase que el acto administrativo irregular está alojado en el área de

(35) Bien diferente es el tratamiento que realizan algunos ordenamientos provinciales, v.gr. art. 155, Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes.

(36) CS, "AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo" de 17/12/2013.

estabilidad —por subsumirse en la situación descrita en el art. 17, segunda parte, de la LNPA, según la interpretación brindada por la CS en "Almagro"— tal circunstancia habrá de resultar idónea para producir la *interrupción el nexo causal* preestablecido en el art. 17, primera parte, LNPA.

Naturalmente, de ignorarse el susodicho factor de ruptura del nexo causal —estabilidad del acto irregular— el acto anulatorio que dicte la Administración con desconocimiento de la excepción del art. 17, segunda parte, LNPA, padecerá una antijuridicidad estructural originaria toda vez que el susodicho acto resultará portador de vicios graves en la competencia, causa, objeto y formas esenciales (art. 14, inc. b, LNPA).

En sentido inverso, de comprobarse la concurrencia de alguna de las excepciones o salvedades previstas en el art. 18 segunda parte de la LNPA —v.gr., el conocimiento del vicio—, ellas habilitarán a la Administración a interrumpir el vínculo de conectividad que existe entre el acto regular, notificado, creador de derechos subjetivos y la consecuencia jurídica reconocida y consagrada por la norma, la inalterabilidad del acto en sede administrativa.

III.3. Precisiones conceptuales en torno a las locuciones "extinción", "anulación", "revocación", "retiro" y "revisión"

La extinción y consecuente cesación definitiva de los efectos jurídicos del acto administrativo que incurre en una inobservancia del principio de juridicidad se formaliza a través del acto administrativo revocatorio (acto revocatorio) también denominado acto anulatorio o directamente anulación (alguna doctrina administrativa aislada distingue, según el grado o intensidad de la ilegitimidad, entre nulificación y anulación).

Ya sea que se denomine revocación o anulación lo concreto es que, en lo sustancial, estamos frente a una declaración extintiva de un acto administrativo ilegítimo.

Concretamente, en este ámbito, el acto administrativo revocatorio se presenta como una declaración extintiva, emitida por un órgano o ente que desarrolla función administrativa, que produce de manera directa e inmediata la cesación definitiva, total o parcial, de los efectos jurídicos de otro acto administrativo que, en su origen, incumple los principios y reglas que rigen su emisión.

(i) La semántica de la unidad lingüística *revocación* es ciertamente discutible en el derecho administrativo nacional y extranjero.

En el ámbito federal, la LNPA utiliza la locución "revocación" en un sentido amplio pues se refiere a la declaración —emanada de un órgano o ente que desarrolla función administrativa— que, de manera directa, inmediata, singular y concreta, produce el retiro de un acto administrativo, ora por razones de ilegitimidad, ora por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En lo que concierne a nuestro objeto de estudio, cabe puntualizar que el art. 17 de la LNPA regula la "revocación del acto nulo".

En su gramaticalidad, la sintaxis de esta construcción —"revocación del acto nulo"— es poco afortunada. Revocación del acto nulo, como prescribe la norma, es tanto como decir extinción del acto que ya ha sido expulsado, eliminado o retirado del mundo jurídico.

De acuerdo con el criterio orgánico asumido por el régimen legal jurisprudencial vigente, la norma debió hacer aludir a la revocación del acto irregular o retiro del acto irregular.

El título del art. 18, LNPA, también merece reparos. De inicio se observa que, si bien el epígrafe de esa previsión normativa alude a la "revocación del acto regular", lo concreto es que esta es solo una parte del contenido del artículo. El título de esa norma ignora que el art. 18, LNPA regula uno de los aspectos más relevantes de la teoría del acto administrativo: el reconocimiento legal del principio de estabilidad del acto regular que crea, declara o reconoce derechos subjetivos.

Es evidente pues que, en el miraje de las autoridades de facto que proyectaron y sancionaron el dec.-ley 19.549/1972, como de la doctrina autoral afín, la función represiva de la potestad prevaleció sobre la garantía de estabilidad del acto regular.

(ii) En el derecho administrativo provincial se emplean las expresiones revocación y anulación.

Algunas leyes provinciales adoptan un criterio similar al de la ley nacional en tanto, con criterio amplio, engloban dentro de la locución "revocación" a la declaración extintiva de un acto administrativo por razones de oportunidad como también por ilegitimidad **(37)**.

Sin embargo, la Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de Río Negro emplea expresamente dos significantes distintos (revocación y anulación) para un mismo significado, extinción por razones de ilegitimidad **(38)**.

El Código de Procedimientos Administrativos de Corrientes, no utiliza el sintagma "revocación por razones ilegitimidad". Emplea una construcción dotada de superior calidad técnica: *retiro del acto viciado* **(39)**.

Desde un criterio material se habla de nulificar **(40)** o anular del acto administrativo, según la gravedad de la antijuridicidad que padezca el acto; sin embargo, con un sentido amplio, se incluyen ambas variables dentro de la locución anulación.

(iii) En el derecho administrativo comparado la tendencia predominante se orienta hacia el empleo de la locución anulación o alguna de sus variantes.

En España, los arts. 106.1 de la ley 39/2015, y el art. 102.1, de la derogada ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, establecen que frente al acto nulo las Administraciones Públicas "*declararán* de oficio la nulidad".

El texto actual de la ley española (arts. 106.1, ley 39/2015) difiere, en cambio, del art. 109 de la ley de 1958 modificada en 1963— fuente de nuestra LNPA— en cuanto establecía que la Administración "podrá" declarar la nulidad de los actos enumerados en el art. 47.1, esto es los actos nulos.

Sin embargo, no podemos ignorar que en el Reino de España el sintagma revisión de oficio del acto administrativo alude, de ordinario, a la eliminación del acto viciado de ilegalidad por la propia Administración **(41)**.

En la doctrina española hay consenso en que las locuciones revisar o anular de oficio un acto nulo de pleno derecho —tipificado en el art. 47.1 de la ley 39/15, LPC (o en el art. 62.1, LRJAP)—, se presentan como equivalentes y parecen confundirse **(42)**.

Nuevas aportaciones doctrinales puntualizan, con rigor lógico y jurídico, que la revisión opera como cauce procesal y la revocación, en cambio, es una declaración de la Administración, un acto administrativo que cuando la ley lo permite extingue la eficacia de uno suyo anterior **(43)**.

(37) LPA CABA —DNU 1510/1997—, arts. 17 y 18; Ley 1284 de Procedimientos Administrativos de Neuquén, art. 83; LPA Salta 5348, art. 85 ("la autoridad en ejercicio de funciones administrativas puede disponer la extinción del acto, conforme a las disposiciones de esta ley, por: a) Revocación por ilegitimidad. b) Revocación por oportunidad..."); ley 9003, art. 89, de Mendoza.

(38) Así arts. 21 y 22 de la LPA de Río Negro. Así el art. 21, en línea similar al art. 17 primera parte, LNPA, reza: "el acto administrativo de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa". Sin embargo, el artículo siguiente dispone: "... La anulación deberá fundarse en razones de legalidad, por vicios que afecten el acto administrativo y la revocación, en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público". Con la cual el art. 22 distingue en entre anulación (extinción fundada en razones de legalidad) y revocación (extinción fundada en circunstancias de oportunidad basadas en el interés público).

(39) Código de Procedimientos Administrativos, secc. XI del tít. VII, "Extinción", arts. 169 y ss.

(40) V.gr. Dictámenes ONC (Oficina Nacional de Contrataciones) IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, párr. XII; IF-2018-48128999-APN-ONC#JGM, párrs. XXIV y XXV; Dictamen ONC 403/2014, párr. IX; Dictamen ONC 93/2015, párr. V.; Dictamen ONC 114/2015, párr. VI.

(41) Por todos: BOCANEGRA SIERRA, "Lecciones sobre el acto administrativo", Ed. Thomson-Civitas, 2006, 3ª ed., p. 209.

(42) Confr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo", 2009, 2ª ed., t. II, ps. 611 y ss.

(43) SANTAMARÍA ARINAS, René J., "Sobre el concepto de revocación en el derecho administrativo", Revista de Administración Pública - RAP 207, 2018, ps. 177-207.

En Italia se utiliza la voz anulación (*annullamento*). Así, el art. 21 *nonies* de la ley 241, con las modificaciones de 2005, establece que el acto ilegítimo puede ser *anulado* de oficio por la Administración

El art. 48.1, de la Ley de Procedimientos Administrativos alemana dispone que un acto administrativo ilegal puede ser *anulado* con efectos retroactivos o futuros.

En Brasil, el art. 53 de la ley Reguladora del Proceso Administrativo dispone que la Administración debe *anular* sus propios actos que padezcan vicio de legalidad (art. 53).

A la vez, el art. 6º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México establece que la *nulidad* del acto será *declarada* por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido.

El art. 106 del Código Orgánico Administrativo de Ecuador, de 2017, determina que "las administraciones públicas *anularán"* el acto administrativo mediante el ejercicio de la "potestad de revisión".

El art. 83 de la LOPA venezolana faculta a la Administración para "reconocer la nulidad absoluta" de los actos dictados por ella.

En Perú, el art. 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la Administración puede declarar la nulidad de los actos administrativos.

Se observa pues que en el derecho comparado el retiro del acto por razones de ilegitimidad y la consecuente cesación definitiva de sus efectos jurídicos está asociada la voz anulación; al sintagma declaración de nulidad o a algunas de sus variables.

(iv) Más allá de la indudable influencia que el derecho español ha tenido y tiene sobre el derecho administrativo latinoamericano, en el ámbito doméstico resulta necesario despejar incertidumbres y fijar el alcance de los términos *revisión, anulación y revocación* del acto administrativo.

Así, la primera locución (revisión del acto administrativo) indica el procedimiento previo por conducto del cual la Administración examina y controla la legitimidad de sus propios actos administrativos. Las locuciones anulación o revocación, en cambio, se presentan como las posibles secuelas a las que puede arribar el procedimiento administrativo de revisión.

El procedimiento de revisión del acto, iniciado *de oficio* —esto es a instancias de la Administración o solicitada a esta por un interesado una vez vencidos los plazos de impugnación— o por *vía recursiva*, podrá tener como uno de sus posibles resultados el retiro o expulsión del acto del mundo jurídico siempre que, además de la ilegitimidad, la Administración verifique y certifique, previamente, que el acto administrativo sometido a revisión, en caso de ser favorable al particular, es ajeno al área de estabilidad.

Sin embargo, la susodicha revisión puede desembocar en un *acto de comprobación* que constate el carácter inalterable del acto sometido a examen por hallarse alojado en alguno de los hontanares que abastecen el área de estabilidad, o por encontrarse, v.gr., encuadrado en un supuesto de estabilidad predeterminado específicamente por la ley (v.gr., art. 9º inc. p, ley 27.328).

Por cierto, de constatarse que el acto administrativo habita dentro del *área de estabilidad* **(44)**, la Administración tendrá vedado el ejercicio legítimo de la potestad anulatoria, mas no estará impedida de introducir una pretensión procesal administrativa de anulación o declarativa de nulidad en sede judicial. Antes bien, en el caso de actos portadores de vicios graves dotados de estabilidad (art. 17, segunda parte, LNPA) cuyo objeto no está llamado a satisfacer derechos indisponibles, la Administración está obligada a impugnar judicialmente su propio acto para proteger los bienes jurídicos comunes y generales (interés público) que tutela la juridicidad en el Estado constitucional **(45)**.

(44) Para ampliar: SAMMARTINO, Patricio M. E., "La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional...", ob. cit., LA LEY 20/05/2019; y "La estabilidad del acto administrativo", RDA 2019-125, p. 883.

(45) Desde una perspectiva bien diferente, un cuestionable dictamen de la PTN (Dictámenes 307:167, de 2018), relativo a cuestiones patrimoniales, señala, sin embargo, que en tales casos la administración tiene un

Con arreglo a estas premisas es posible concluir que la medida del poder de revisión difiere del de revocación o anulación. Concretamente: la *competencia* de la Administración para revisar un acto es ciertamente más amplia que la facultad extintiva.

En efecto: el poder de la Administración para reexaminar o revisar sus propios actos es amplio. Puede tener fundamentos en razones de antijuridicidad, estructural y también sobrevenida (arts. 17 y 18, LNPA y LPA CABA), o de interés público (art. 18, *in fine*, LNPA y LPA CABA). La finalidad que inspira el ejercicio de esa potestad, en el primer caso es, según lo entiende la jurisprudencia, restablecer la vigencia de la legitimidad. En el segundo, acomodar el acto a los intereses generales.

Así, el alcance de la potestad revocatoria de la Administración (competencia, art. 7º, inc. a, LNPA y LPA CABA), está acotada por los límites que impone el principio de juridicidad (la Constitución, los principios preestatales que la informan, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional —art. 75.22, CN— y las leyes). Estos límites quedan reflejados y concretizados en la conformación del área de estabilidad del acto administrativo, en virtud del cual el acto está inmune a la potestad revocatoria.

Por ello, el *área de revocación* —espacio dentro del cual la Administración está habilitada para ejercer la potestad extintiva de sus actos administrativos anteriores —es ciertamente más reducida que el área de revisión. Aquella, de manera residual, queda configurada una vez delimitada el área de estabilidad.

(v) Frente al criterio orgánico establecido en la ley de facto 19.549, un sector de la doctrina **(46)** predica —desde un vértice material u objetivo— que "corresponde designar" con la locución *anulación* a la extinción con fundamento en razones de legitimidad, sea que ella proceda de la Administración o de un tribunal de justicia. En tal sentido se destaca que la voz revocación alude a la extinción dispuesta por la Administración con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

A pesar de la calidad técnica que exhibe la distinción precedente— en línea con la utilizada en España— aquella prescinde del texto legal vigente y de la posición asumida por el alto Tribunal

El derecho administrativo español, de ordinario, emplea la voz anulación cuando la extinción del acto tiene motivo en razones de legalidad, es decir —según lo indica la doctrina— por vicios de nulidad o anulabilidad. A la vez, la voz revocación se refiere al retiro del acto por razones oportunidad, por la apreciación sobrevenida de la conveniencia al interés público **(47)**.

La LNPA se enrola decididamente en un criterio *subjetivo.* Emplea la locución *revocación* para referirse al acto extintivo que emita la Administración, ora por ilegitimidad (arts. 17, primera parte, y 18), ora por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18, última parte, LNPA). El mismo criterio sigue la LPA CABA.

Los pronunciamientos de la Corte federal de los últimos treinta años emplean la locución revocación y sus variables cuando se refieren al acto que formaliza el retiro del acto *irregular.*

Así, el Tribunal alude a la "obligación de la Administración Pública de *revocar* en sede administrativa sus actos irregulares" ; a "la *actividad revocatoria* de la propia Administración" ; a "la facultad de la Administración de *revocar*" o directamente al "acto revocatorio" de sus actos irregulares **(48)**.

margen de apreciación para declarar la lesividad. Este asesoramiento subraya que, la decisión de promover una acción de lesividad tiene aspectos de oportunidad, mérito o conveniencia que son de resorte exclusivo del órgano con competencia decisora.

(46) COMADIRA, Julio R., "El acto administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 190.

(47) Conf. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo", Valencia, 2016, 8ª ed., p. 550.

(48) Fallos 341:1679 ("Tandanor", consids. 16 a 18); Fallos 338:212 ("Kek", de 2015); Fallos 336:2364 ("AFIP -DGI s/ solicita revocación de acto administrativo" de 17 de diciembre de 2013); CS, "Astilleros Mestrina" (de 14/09/2010, consids. 10 y 11); Fallos 314: 323 (1991).

Cabe recordar que la ley nacional alude expresamente a *declaración de nulidad* cuando la decisión extintiva emana de un tribunal judicial (art. 17, *in fine*).

III.4. Antecedentes causales de los modos formales de extinción del acto administrativo **(49)**

Los modos formales básicos de extinción del acto administrativo, en el ámbito nacional, obedecen a tres antecedentes causales diferentes:

(i) inobservancia del principio de juridicidad;

(ii) oportunidad, mérito o conveniencia (interés público);

(iii) decisión privada lícita que requiere un acto formal (aquiescencia) de la Administración.

III.5. Extinción del acto administrativo por inobservancia del principio de juridicidad. Antecedentes causales

La extinción del acto administrativo inobservancia del principio de juridicidad, en razón de su antecedente causal, presenta tres variables:

(i) Revocación por antijuridicidad estructural genética u originaria

En este supuesto el antecedente o causa del acto revocatorio —antijuridicidad— es connatural al nacimiento del acto.

Por cierto, el régimen jurídico de la revocación del acto portador de una antijuridicidad estructural genética u originaria no es uniforme. Exhibe modulaciones según el grado o intensidad de la infracción. Desde esa atalaya, el sistema vigente distingue *actos irregulares* y *regulares*, portadores de vicios leves.

La revocación (anulación) del acto irregular está expresamente contemplada en el art. 17, LNPA. La del acto regular, en cambio, está prevista en el art. 18, segunda parte, LNPA.

(ii) Revocación por antijuridicidad estructural sobrevenida

Este modo extintivo opera cuando el advenimiento de nuevas circunstancias habría llevado a la Administración a no dictar el acto, siempre que la pervivencia de este perjudique o lesione los bienes jurídicos protegidos por el sector o sistema normativo en el que aquel se hubiera insertado —afectación del interés público —. Tal pues lo sucedido en el célebre caso "Motor Once" **(50)**.

(iii) Extinción por antijuridicidad funcional (caducidad)

Desde una perspectiva técnica, este modo extintivo se lo denomina caducidad. Actúa cuando el interesado favorecido por el acto incumple las condiciones fijadas en él o en su régimen jurídico.

Seguidamente desarrollaremos la extinción del acto administrativo fundada en la existencia de *antijuridicidad estructural genética u originaria—*.

III.6. Acto administrativo afectado por antijuridicidad estructural genética u originaria. Actos irregulares y regulares. Concepto

III.6.a. La revocación por razones de ilegitimidad se vincula causalmente con la existencia de vicios determinantes de una *antijuridicidad estructural genética* u *originaria* (arts. 17 y 18, LNPA). Como se indicó, un acto administrativo sufre un vicio cuando alguna de las piezas que vertebran su estructura padece en una *infracción* o *defecto* jurídico, formal o material, consistente en la transgresión de los *principios* y *reglas* que gobiernan su emisión.

Este supuesto de extinción del acto administrativo está inescindiblemente anudado al régimen jurídico administrativo de la invalidez (arts. 14 y 15, LNPA).

En efecto: la ley, al tratar la revocación del acto administrativo, estatuye regímenes diferentes según se lo califique como irregular o regular (arts. 17 y 18, LNPA). Esta clasificación,

(49) Para ampliar: v. SAMMARTINO, Patricio M. E., "Extinción del acto administrativo en el estado constitucional", LA LEY de 10/05/2017.

(50) Fallos 312:659.

propia del derecho administrativo, responde al grado de sometimiento o discordancia del acto administrativo con respecto al régimen jurídico que lo condiciona.

La susodicha taxonomía es tributaria de la doctrina jurisprudencial labrada con anterioridad a la LNPA.

Ya en "Carman de Cantón" **(51)**, de 1936, la CS se refería a los actos *regulares* como aquellos que "reúnen condiciones esenciales de validez (forma y competencia)". De modo residual era dable considerar a los actos que no reunían tales características como irregulares.

Con anterioridad a que irrumpiera la ley *de facto* 19549/72, Ley de Procedimientos Administrativos, la Corte federal nombrada según el procedimiento establecido por la Constitución, en "Cáceres Cowan" **(52)** (1961), realizó una detallada descripción en torno a la noción de acto administrativo regular e irregular.

En ese pronunciamiento el alto Tribunal consideró *regulares* a los actos administrativos "en que aparecen cumplidos los requisitos externos de validez, que esta Corte ha especificado como forma y competencia".

A la vez, la sentencia indica que el acto administrativo es irregular "cuando *contraría la solución legal que corresponde para el caso*. Se trata de los supuestos en que el acto administrativo incurre en *error grave de derecho*, porque el *apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable* en cuanto a su interpretación, *linda con la incompetencia*".

III.6.b. Con posterioridad a la vigencia de la LNPA algunos fallos han considerado, extramuros del texto legal vigente y de la interpretación jurisprudencial y administrativa predominante, que el acto irregular requiere que el vicio, además de grave, resulte visible, patente, manifiesto.

Así, en Pustelnik **(53)** (1975), el alto Tribunal federal subraya que, dentro de las "categorías de la invalidez" de los actos administrativos el acto irregular es aquel que "luce manifiestamente grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley". Agrega el fallo que el acto irregular debe ser calificado "como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene".

En este mismo pronunciamiento ("Pustelnik") la Corte federal destaca que *aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad* el acto administrativo es regular si ostenta *cierto grado de legalidad* que lo hace estable, en consecuencia, no le es dable a la Administración revocarlo por sí y ante sí en razón de su legitimidad, sino que debe demandarla judicialmente o revocar por razones de oportunidad mérito o conveniencia.

En "Pradera del Sol" **(54)** el Tribunal anuda el acto irregular con aquel acto administrativo portador de vicios formales o sustanciales, o ha sido dictado sobre la base de presupuestos fácticos *manifiestamente irregulares*, reconocidos o fehacientemente comprobados.

Desde un miraje similar al indicado en el párrafo precedente en "Kek" **(55)** (2015) la Corte asocia el acto administrativo irregular con aquel que "carece de las condiciones esenciales de validez" por hallarse afectado de "*vicios graves y ostensibles* en su forma, competencia o contenido" ; fue dictado sobre la base de "presupuestos fácticos *manifiestamente irregulares*, reconocidos o fehacientemente comprobados" ; o, en otras palabras, fue dictado "a raíz de un error grave de derecho (consid. 7º)". Concretamente, en este precedente —como en "Pustelnik"—, la noción de acto irregular queda acotada al acto administrativo que padece no solo un vicio grave sino también visible, palmario, patente, ostensible, manifiesto.

La adopción de este criterio jurisprudencial, minoritario en el ámbito nacional, se proyecta sobre el alcance de la denominada cosa juzgada

(51) Fallos 175:368.

(52) Fallos 250:491 (1961).

(53) Fallos 293:133 (1975).

(54) CS, Fallos: 327:5356 (2004).

(55) CS, Fallos: 338:212, consid. 8º (2015).

administrativa. Concretamente: al considerarse que solo es irregular el acto administrativo que padece un vicio grave y ostensible, se colige que el acto afectado por un vicio grave no manifiesto es regular. Esta consecuencia acarrea la ampliación del área de estabilidad. Desde este vértice —que insistimos no es el que predomina en la jurisprudencia— solo son actos administrativos irregulares, ajenos al área de estabilidad, los actos administrativos portadores de una ilegalidad grave y manifiesta.

Sin embargo, esta última conclusión no es la que se extrae de la ley ni de la jurisprudencia administrativa predominante.

En efecto: la ley vigente en el ámbito nacional (art. 17, primera parte, LNPA) como la jurisprudencia que la interpreta ["Furlotti" **(56)** —1991—; "Astilleros Mestrina" **(57)** —2010—; "Talleres Navales Dársena Norte" **(58)** —2018—, entre otros)] anudan el acto administrativo irregular a la constatación de *defectos jurídicos que determinan la nulidad absoluta*, extramuros del carácter visible o palmario del vicio que lo pudiese afectar.

III.6.c. En estos términos, el acto administrativo se considera *regular* cuando reúne *condiciones esenciales de validez*. La observancia de las condiciones esenciales de validez depende, en primer lugar, del cumplimiento o concurrencia simultánea de los elementos esenciales: competencia, causa, objeto, procedimiento esenciales y sustanciales (expresos o implícitos), motivación, finalidad y forma **(59)**.

Es así pues que el fuero especializado en materia administrativa también enfatiza que la legalidad del acto implica la validez de sus elementos constitutivos **(60)**.

Ahora bien, en la economía del régimen legal-jurisprudencial, el acto administrativo que reúne condiciones esenciales de validez es perfecto, cuando reúne plenamente, sin mácula, los requisitos esenciales del art. 7º de la LNPA. sin embargo, también se considera regular el acto que padece un vicio *leve* o no fundamental en alguna de sus piezas indispensables o requisitos esenciales.

Una perspectiva residual señala, sin embargo, que regular es todo acto administrativo que no es irregular. Ciertamente, de adoptarse este criterio el peso del problema tendente a discernir la noción de acto regular se traslada la adecuada configuración del acto irregular.

III.6.d. El régimen legal-jurisprudencial predominante considera que un acto administrativo es irregular cuando incurre en una inobservancia severa, capital, grave o muy grave del régimen jurídico que lo condiciona.

Desde este vértice la calificación de *irregular* (art. 17, LNPA) está primordialmente destinada al acto administrativo que es susceptible de ser declarado nulo por *omitir* o *carecer* de un requisito esencial **(61)** (art. 14, LNPA)**.**

Así, v.gr., en el régimen legal vigente, es irregular (art. 17) el acto al que le *falta* causa (art. 7º, inc. b, LNPA), por haber sido dictado sin que existan los hechos antecedentes, o cuando el derecho invocado fuere inexistente (art. 14, inc. b).

(56) Fallos 314:322.

(57) Fallos 338:212.

(58) Fallos 341:1679.

(59) CNFed. Cont. Adm., sala III, "Pantaleoni de Valitutto, Pierina y otros c. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - entel residual", consid. V, y sus citas, de 11/02/2010.

(60) CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Naggi, Liliana S. c. COMFER", consid. 5º, de 22/11/2012. Y luego el tribunal agrega: "la ausencia de causa y motivación, elementos esenciales del acto administrativo en los términos de la ley 19.549, acarrea consecuentemente la ilegitimidad de la resolución impugnada".

(61) Con toda claridad lo expresa la CS en Fallos 311:161 ("Cabanas", de 23 de febrero de 1988), sostiene que un acto administrativo no es regular (y por tanto es irregular)" cuando... adolece de uno de los requisitos fijados por la ley, lo que determina su nulidad absoluta y, por ende, la posibilidad de dictar la revocación por razones de ilegitimidad en sede administrativa" (consid. 1º). Luego, en el consid. 5º del mismo pronunciamiento subraya que "la resolución que concedió el haber de retiro es nula, no anulable, porque se dictó sin encontrarse reunido uno de los requisitos exigidos por la ley". En un fallo anterior "Borgo, Hermes F.", de 13 de febrero de 1986, el alto tribunal puntualizó que la "omisión del recaudo sustancial previsto en la ley" (alude a la ausencia de intimación previa a la declaración de caducidad, conforme art. 21, LNPA) solo puede "dar lugar a la nulidad absoluta del acto".

A la vez, la jurisprudencia y la doctrina los considera igualmente irregulares al acto portador de un defecto o vicio *grave* en alguno de sus elementos esenciales (art. 7º, LNPA). En este supuesto el acto que sufre un vicio grave opera como un *equivalente funcional* de aquellos a los que les falta un requisito esencial.

Nuevamente, siguiendo el ejemplo del requisito esencial "causa", es dable advertir que la invocación de hechos o derecho *falsos* (art. 14, inc. b, LNPA) es un vicio de tal envergadura que, por el grado de trasgresión al principio de juridicidad, se *equipara* legalmente a la falta este elemento esencial**.**

Sin embargo, no todos los defectos que tornan irregular al acto administrativo, por resultar determinantes de una nulidad absoluta, se presentan con la misma precisión que exhibe el vicio en la *causa*.

El art. 14, inc. b, de la LNPA, en cuanto alude a los vicios de incompetencia, violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad, no presentan mayores precisiones ni especificaciones.

Basta confrontar el art. 14, inc. b, de la LNPA con normas análogas de otros ordenamientos jurídicos administrativos **(62)** para comprobar que tanto la *configuración* del vicio como la *graduación del rango, magnitud o grado de antijuridicidad*, está sujeto a un *amplio margen apreciación* subjetivo de la Administración que, por su limitada previsibilidad, no favorece la seguridad jurídica. Basta un somero examen de los registros jurisprudenciales para comprobar que los generosos y difusos pliegues del art. 14, LNPA conspiran contra la expectativa de certeza jurídica **(63)**.

III.6.e. En definitiva:

- Un acto es *irregular* si padece vicios determinantes de una nulidad absoluta (art. 17, LNPA). Tal es lo que sucede cuando el acto adminis-

(62) Tal como sucede, v.gr., en el art. 47 de la ley 39/15 del Reino de España, o el art. 44.2, de la Ley alemana de Procedimientos Administrativos, o los arts. 66 y 67 de la ley 1284 de Neuquén, o el 175 del Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes o el tít. III, cap. II, Sección Primera de la ley 9003, de Mendoza, para citar solo algunos.

(63) Tomemos el fallo dictado por el Alto Tribunal en "Kek" (2015). Con fundamento en una norma legal similar al art. 14, LNPA (me refiero al art. 126 de la ley 1140, de la provincia del Chaco) las autoridades políticas, primero, y la máxima instancia judicial de la provincia, más tarde, consideraron que las designaciones de los actores se habían realizado sin observar el procedimiento del concurso previo. De este modo las autoridades locales consideraron el acto debía ser anulado en sede administrativa por estar afectado de un vicio determinante de una nulidad absoluta. A su turno el alto Tribunal federal consideró que los nombramientos no padecían vicios "graves y ostensibles", que no existía "grave error de derecho" puesto que, según sostiene el fallo de la Corte nacional, la exigencia de concurso para acceder a los cargos para los que fueron designados no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la administración comunal toda vez que el municipio no había reglamentado la ley provincial que impone el susodicho recaudo procedimental (concurso). Cabe advertir que la sentencia dictada "Kek" considera irregular el acto que padece un vicio grave y manifiesto. De la lectura del fallo se advierten diferencias de criterios, no ya en cuanto al grado o magnitud de la ilegitimidad, sino en torno a la configuración y existencia misma del defecto. Durante el sombrío período de quiebre institucional, la Corte federal —integrada jueces designados por el poder de facto sin cumplir los procedimientos establecidos por la Constitución—, dictó el fallo "Rodríguez Blanco de Serrao". Como examinaremos más adelante, esta sentencia, refleja claramente cómo juega, tanto en sede administrativa como judicial, el amplio margen de ponderación del vicio que el art. 14, de la LNPA les confiere a las autoridades públicas que tiene a su cargo la revisión. En cuanto atañe a la graduación del rango de la antijuridicidad (magnitud del vicio) los ejemplos son variados. Bajo el Estado de derecho la CS dictó sentencia en "Borgo". El pronunciamiento de la alzada había considerado que la falta de intimación o interpelación previa al particular para que se reincorpora determinaba la anulabilidad del acto administrativo. Desde un vértice diferente el alto Tribunal federal consideró que la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley, esto es la interpelación previa que prevé el art. 21 de la LNPA, da lugar a la nulidad absoluta del acto ("Borgo, Hermes F. c. Junta Nacional de Granos", consid. 7º, de 13/02/1986). En relación con el vicio en el debido procedimiento previo, la CNFed. Cont. Adm., en "Uromar SA" de 20/12/1999, sostuvo que existió lesión al derecho de defensa del peticionario por cuanto la autoridad administrativa no valoró los argumentos sostenidos ni la prueba ofrecida en apoyo de su derecho, con lo cual el particular no pudo desplegar toda su actividad procesal defensiva en apoyo a su pretensión. En ese marco sostuvo que el derecho a ser oído consagrado en la LNPA es de raigambre constitucional, y su incumplimiento es una irregularidad que hace a las formas esenciales. Subrayó además que tales vicios no pueden ser subsanados en sede judicial, pues ello llevaría a los jueces a tener como función normal suplir la voluntad de la administración,

trativo *omite* o *carece* de un requisito esencial (art. 7º, LNPA).

- También se califica de irregular al acto administrativo afectado por un *vicio grave* **(64)**. Se considera tal al defecto que, por su importante magnitud, impide considerar cumplido el bien jurídico protegido por cada uno de los requisitos esenciales del acto establecidos en el art. 7º, LNPA.

- Sin embargo, como se indicó, algunos fallos aislados consideran que recién se puede calificar de irregular a los actos que padecen una ilegitimidad grave y *manifiesta* **(65)**. La consecuencia jurídica inmediata que se deriva de este criterio jurisprudencial —que no es predominante— consiste en la ampliación del área de estabilidad.

- Si el defecto jurídico que se le imputa al acto no impidiera la existencia de un requisito esencial, se debe considerar que el vicio es leve (conf. art. 15, LNPA).

III.6.f. Con un criterio diferente al que rige en ámbito nacional, algunos ordenamientos administrativos provinciales —como v.gr. las leyes de procedimientos administrativos de las provincias de Salta, Mendoza, Neuquén y Corrientes, entre otras— consideran regular también al acto administrativo que padece un vicio grave. Para estos cuerpos normativos el acto administrativo es irregular cuando si padece vicios muy graves o groseros, lo cual acarrea la calificación de *acto administrativo inexistente*. No es este el criterio que emana del régimen legal-jurisprudencial vigente en el orden nacional.

Por cierto, el acto administrativo inexistente —contemplado en algunas leyes provinciales como acto portador de una antijuridicidad muy grave o grosera— se refiere a la inexistencia *jurídica,* la cual se distingue de la inexistencia de acto. Tal es lo que sucede, por ejemplo, cuando se verifica el incumplimiento absoluto de un requisito visceral de forma. En este supuesto el acto no alcanza a nacer como tal **(66)**.

III.6.g. Finalmente es necesario tener presente que los actos administrativos regulares e

---

exorbitando sus atribuciones, las que son de control, para transformarse en administradores con evidente violación al principio de división de poderes. Desde un miraje distinto, la sala II de la CNFed. Cont. Adm., en "HSBC Bank Argentina SA y otros c. Banco Central de la República Argentina"; sostiene que la efectiva violación del art. 18 de la CN no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanar esa restricción en una etapa jurisdiccional posterior porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia. Y más adelante agrega: la denegación de la producción de prueba no importa violación del principio de defensa en juicio, si el posterior proceso judicial ofrece —como acontece en autos— oportunidad de subsanar tal circunstancia. Con ese fundamento el Tribunal de alzada desestimó el planteo de nulidad sustentado en la denegatoria de la producción de la prueba testimonial y, parcialmente, de la pericial informática. Se observa sin demasiado en esfuerzo que en "Uromar" la sala IV de la CNFed. Cont. Adm. consideró que la falta valoración de la prueba en sede administrativa nos coloca frente a un vicio que no puede ser subsanado en sede judicial, configurándose así un vicio grave en las formas esenciales (art. 14, inc. b, LNPA). En una situación similar, pero desde un miraje diferente, la sala II del fuero, en el citado caso "HSBC c. BCRA", entiende, en cambio, que la violación al art. 18 de la CN no se produce cuando existe la posibilidad de subsanar la restricción en la etapa jurisdiccional posterior. Con lo cual, para este último pronunciamiento, el susodicho vicio no es grave, sino leve, en tanto es susceptible de saneamiento.

(64) Conf. CS, "Solá", consid. 13, entre otros.

(65) Conf. Fallos 293:133(Pustelnik, 1975); 327:5356 (Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón, 2004); 338: 212("Kek", 2015).

(66) Fallos 323:1550, consid. 7º ("Más Consultores" de 1 de junio de 2000) Fallos 323:1550 consid. 8º de "Ingeniería Omega Sociedad Anónima"; CS, "Lix Klett SAIC", consid. 9º, 31/07/2012. Al respecto, cabe recordar que en estos precedentes la CS consideró que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia" (conf. "Más Consultores", Fallos 323:1550, consid. 7º, de 1 de junio de 2000). En Fallos 323:1550, consid. 8º ("Ingeniería Omega Sociedad Anónima") la CS reitera la doctrina del consid. 7º de "Más Consultores" (Fallos 323:1550) en cuanto a la inexistencia de acto (bilateral) por ausencia de un requisito visceral de forma. A la vez, tiempo después, en 2012 el alto Tribunal señaló: "cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (CS, Fallos: 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 326:3206; 327:84 y 329:809)" (CS, "Lix Klett SAIC", consid. 9º, de 31/07/2012).

irregulares pueden a la vez ser *favorables* y *desfavorables*.

Se considera favorable el acto cuyo objeto o contenido declara, reconoce o hace nacer, situaciones jurídicas activas. Es desfavorable el acto que crea una situación jurídica pasiva o disminuye una situación jurídica activa.

A la vez, dentro de los actos administrativos regulares favorables e irregulares favorables es dable discernir actos que gozan de estabilidad, y que, en función de brindar protección a la situación jurídica activa creada, son inalterables en sede administrativa.

De consiguiente, reduciendo la complejidad, es posible reconocer:

1. Actos administrativos *regulares favorables:*

(i) dotados de estabilidad, v.gr., art. 18, primer párrafo, LNPA;

(ii) sin estabilidad.

2. Actos administrativos *regulares desfavorables.*

3. Actos administrativos *irregulares favorables:*

(i) con estabilidad, v.gr. art. 17, segunda parte, LNPA;

(ii) sin estabilidad.

4. Actos administrativos *irregulares desfavorables.*

III.7. El acto irregular y sus antecedentes causales: "vicios puramente administrativos" y "vicios constitucionales y convencionales"

III.7.a. El régimen legal vigente y la jurisprudencial predominante construye la noción de *acto administrativo irregular* desde un miraje exclusivamente administrativo, anclado en una perspectiva unidimensional que se considera a los derechos administrativo, constitucional e internacional de los derechos humanos, como sendas paralelas que parecen no poder confluir.

Esta situación, empobrece la teoría del acto administrativo y aísla su régimen jurídico de la Constitución Nacional convencionalizada en tanto lo apartan de las bases constitucionales y convencionales que sustentan el derecho administrativo argentino contemporáneo

De ordinario la jurisprudencia y la doctrina administrativa han desplegado el régimen de los vicios y el de la invalidez desde un miraje *puramente* administrativo, fuertemente inspirado en construcciones del derecho civil. Basta reexaminar "Ganadera Los Lagos" **(67)**, de 1941, o el consid. 8º, de "Ingeniera Omega", de comienzos de este siglo, para comprender la profunda influencia que el régimen del acto o negocio jurídico, de derecho civil, tuvo y aún conserva sobre el esquema de ordenación del acto administrativo.

En la actualidad, la traslación total o parcial al acto administrativo de las construcciones desplegadas por el derecho privado debería ser objeto de una revisión integral y profunda. El nuevo Cód. Civ. y Com. ha establecido que las cuestiones que atañen al derecho administrativo —como la responsabilidad del Estado— se rigen "por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda". De este modo el legislador nacional ha puesto de relieve la autonomía científica y legislativa del derecho de la función administrativa. Este criterio —consagrado en el art. 1765 del Cód. Civ. y Com.— es enteramente predicable para el acto y procedimiento administrativo no solo porque la aplicación analógica de las normas del derecho privado —Cód. Civ. y Com.— regulatorias del acto jurídico resulta innecesaria —pues el tít. III de la LNPA (arts. 7 a 22) regula directamente el régimen jurídico del acto administrativo **(68)**—, sino porque el régimen legal jurisprudencial del acto ignora las proyecciones, garantista y transformadora del derecho constitucional y convencional sobre el derecho administrativo, en general, y sobre el procedimiento y el acto administrativo, en particular.

III.7.b. Una visión macroscópica del derecho público —no penal— compatible con los principios, valores y reglas del Estado constitucional

(67) Fallos 190:142.

(68) Conf. CS, "SA Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado" de 17 de febrero de 1998.

social de derecho, nos permite reconocer, *según el antecedente causal, dos clases de actos irregulares*.

Por un lado, existen actos administrativos irregulares afectados por vicios o defectos graves *pura o predominantemente administrativos*.

Por otro, es dable comprobar la presencia de actos administrativos irregulares portadores de vicios *constitucionales o convencionales***.**

III.7.c. En relación con los actos administrativos aquejados de vicios *constitucionales o convencionales,* es dable distinguir tres supuestos:

(i) Actos administrativos que padecen una *infracción estructural (genética u originaria) formal* **(69)** *directa de la Constitución convencionalizada.*

(ii) Actos administrativos portadores de una *infracción estructural (genética u originaria) material directo de la Constitución convencionalizada***.**

(iii) Actos administrativos afectados por una *infracción estructural (genética u originaria) formal-material directa de la Constitución convencionalizada*.

III.7.d. Ciertamente, desde una perspectiva técnica el acto administrativo que incurre en alguna de las susodichas infracciones puede ser denominado *acto administrativo inconstitucional* o *acto administrativo inconvencional.*

(69) En el derecho administrativo, señala Beladiez Rojo con respaldo en un trabajo de T. R. Fernández, la forma puede ser entendida de dos maneras: como un elemento más del acto administrativo, el elemento formal y como término genérico que alude a "aquella parte del acto que no se refiere al objeto material o contenido de la resolución. En este último sentido, la forma se definiría contraponiéndola al fondo del acto" (BELADÍEZ ROJO, Margarita, "Validez y eficacia de los actos administrativos", Madrid, 1994, p. 116 y nota 45).Cuando en el texto nos referimos a la infracción "formal" directa de la Constitución, lo hacemos desde la segunda perspectiva, en tanto aludimos al esquema estructural del acto con prescindencia de los efectos jurídicos directos, inmediatos y concretos que aquel produce sobre los derechos fundamentales del destinatario del acto.

III.8. Actos administrativos irregulares afectados por vicios pura o predominantemente administrativos. Examen jurisprudencial

III.8.a. Los actos irregulares portadores de vicios pura o predominantemente administrativos se caracterizan por exhibir una *incompatibilidad grave o muy grave con respecto al sistema de ordenación administrativo* que lo condiciona. Son vicios que implican la inobservancia de:

(i) normas legales o reglamentarias de naturaleza administrativa;

(ii) principios propios y específicos de derecho administrativo —en particular los relativos a la organización y el procedimiento—;

(iii) el orden público administrativo **(70)**.

Estos vicios son tributarios de la evolución de las técnicas de control desplegada por el Consejo de Estado francés durante el siglo diecinueve, hasta las primeras décadas del siglo pasado. A la incompetencia y vicios de forma o procedimiento, le siguieron nuevas aperturas como la desviación de poder y el error manifiesto de apreciación de los hechos. En tal sentido no debemos perder de vista que la inicial inspiración de estos desarrollos fue *asegurar el orden regular de las competencias,* esto es, *depurar en interés de la Administración sus irregularidades más visibles*, y, solo como consecuencia refleja, eliminar la lesión o agravio que sufrió el particular.

Por cierto, en el ámbito doméstico, los vicios pura o predominantemente administrativos también advienen como producto de la traslación, con modulaciones, del régimen de vicios y nulidades del acto o negocio jurídico del derecho civil al derecho administrativo. El pronunciamiento dictado por la CS en “Ganadera Los Lagos” **(71)** (1941) es una clara muestra de la susodicha *administrativización* de la parte general del derecho civil que atañe a los elementos, vicios y nulidades del acto jurídico.

(70) Fallos 302:545 ("Movimiento Scout Argentino").

(71) Fallos 190:142.

III.8.b. El catálogo de *actos irregulares afectados por vicios pura o predominantemente administrativos* es profuso y, a la vez, heterogéneo.

(i) Basta memorar los ejemplos clásicos (como, v.gr., la revocación de un acto administrativo ya revocado; la designación de una persona fallecida; el traslado de un agente fundado en una solicitud que nunca fue realizada; el otorgamiento de un beneficio previsional a quien no acreditó la edad o años de servicio; la autorización para construir un edificio con una altura superior a la permitida por las normas urbanísticas; el nombramiento en un cargo público de quien no cumple con requisitos profesionales exigidos por la ley; etc.) para comprender qué significado le asignamos al sintagma *vicios pura o predominantemente administrativos*.

(ii) La competencia primaria para determinar si un acto es irregular o regular corresponde a la Administración o al ente que tenga asignada función administrativa. Esa valoración se realiza con arreglo al estándar establecido en los arts. 14 y 15 de la Ley de Procedimientos Administrativos y a la jurisprudencia labrada en torno a ellos.

A diferencia de algunos ordenamientos provinciales y extranjeros, ambas normas exhiben una insoslayable *textura abierta*, de dilatado espectro, que permite y a la vez favorece la práctica de interpretaciones variables, a veces contradictorias, por parte de la Administración, lo cual atenta contra la certeza y seguridad jurídica.

En el ámbito federal la textura abierta del régimen legal de invalidez le otorga al órgano o ente que despliega la función administrativa un importante margen de apreciación. En ese orden, basta pues comparar la parquedad de los arts. 14 y 15 de la LNPA (y de la LPA CABA) con los arts. 51 a 71 de la ley 9003, de la Provincia de Mendoza; 66 a 68 de la ley 1284 de Neuquén o los 47 y 48 de la ley 39/2015, del Reino de España para comprobar que ese extenso espacio de ponderación no solo concierne y se patentiza en la facultad de determinar la existencia o no del vicio; se refleja también, de manera prístina, en la competencia primaria conferida por la norma para valorar por sí el grado o magnitud de la discordancia del acto con el régimen jurídico que lo condiciona.

El generoso radio de ponderación que la LNPA le confiere al órgano para calibrar la entidad, grado o magnitud de vicio (arts. 14 y 15), contrasta con la mera constatación predominantemente objetiva que es dable realizar con respecto al carácter favorable o desfavorable del contenido del acto (art. 7º, inc. c, LNPA). En este último supuesto el susodicho margen de evaluación aparece notoriamente acotado.

Por ende, un sistema de revisión y extinción formal que adopte como base regulatoria el carácter favorable o desfavorable del acto, ofrece, sin dudas, mayores certezas y previsibilidad que el edificado en torno a la calificación de regular o irregular.

En este orden entendemos que el susodicho criterio objetivo debe ser utilizado cuando están en juego derechos fundamentales indisponibles.

III.8.c. Circunscribiendo el análisis *actos irregulares afectados por vicios puramente administrativos*, cabe recordar, de manera ejemplificativa y pedagógica, las siguientes situaciones:

(i) Existe un vicio puramente administrativo en el acto administrativo dictado por avocación por el ministro de educación mediante el cual se dio de baja a un agente de una universidad pública. La decisión titular del ministerio ignoró que la *avocación* es una técnica propia de la subordinación jerárquica mas no resulta predicable en supuestos que existe *relación de tutela*. En estas condiciones nos enfrentamos a un acto irregular, desfavorable o de gravamen, violatorio de normas y principios de derecho administrativo, en tanto fue emitido por un *órgano incompetente en razón de la materia*. Por la magnitud del vicio se consideró que el acto es nulo de nulidad absoluta (art. 14, inc. b, LNPA) **(72)**.

(ii) Existe un vicio puramente administrativo en el acto administrativo dictado por la autoridad competente *sin la intervención previa del órgano especializado*, según lo establecen las normas administrativas regulatorias **(73)**. En

(72) Fallos 305:171 ("Peña de Tuero, Magdalena").

(73) Fallos 302:545 ("Movimiento Scout Argentino"), consid. 5º; CS, "Misiones, Provincia de c. Estado Nacional y otro s/ nulidad de acto administrativo", consid. 20.

este supuesto estamos frente a una *omisión de un requisito de forma esencial*. En tales condiciones el susodicho acto administrativo deviene irregular en tanto y en cuanto está afectado por un vicio que produce su nulidad absoluta e insanable (arts. 7º y 14 ley 19.549) **(74)**.

(iii) Existe un vicio puramente administrativo en el acto emitido por un *funcionario que carece de facultades legales o reglamentarias*, originarias o delegadas, para representar a un organismo estatal. En este caso, el acto es irregular por ausencia de competencia y corresponde que se declare su nulidad **(75)**.

(iv) También existe un vicio grave puramente administrativo en el acto administrativo que no cumplió *el debido procedimiento previo establecido en la disposición reglamentaria aplicable* **(76)**.

(v) El acto administrativo que autoriza la registración de planos para la construcción de un edificio cuyas características técnicas, tipología y volumetría exceden a las previstas en las normas de edificación específicas para el predio **(77)**, incurre en un vicio grave pura o predominantemente administrativo. En este supuesto estamos frente a un acto irregular que padece vicios graves en la causa y el objeto —el contenido del acto está *prohibido por el régimen administrativo regulatorio de la edificación*— lo cual es determinante de una nulidad absoluta.

(vi) Estamos en presencia de un vicio puramente administrativo en el acto administrativo que adjudica una licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación radial por modulación de frecuencia sin que estuviere acreditado que el peticionario hubiese cumplido las condiciones y procedimientos establecidos en el pliego de bases y condiciones generales y particulares del concurso **(78)**.

(vii) El acto que dispone la caducidad del acto favorable sin que previamente se hubiera cursado la interpelación al particular, como lo establece el art. 21 LNPA, incurre en un vicio pura o predominantemente administrativo. En este supuesto estamos frente a acto irregular pues se verifica una *omisión del recaudo sustancial* previsto en la ley administrativa (LNPA). Ello determina la nulidad absoluta del acto **(79)** por violación grave de las formas esenciales, aunque, para el alto Tribunal, se incurrió en violación de la ley aplicable.

(viii) El acto administrativo que otorgó un haber de retiro a un funcionario judicial que no reunía los requisitos exigidos por la ley para acceder al beneficio (desempeño de 5 años en un cargo de la justicia nacional), nos pone en presencia de un acto afectado por un vicio grave en el elemento causa. Ello permite considerar que estamos en presencia de un acto irregular —portador de un vicio puramente administrativo— por cuanto carece de uno de los requisitos establecidos por la ley administrativa aplicable. Tal circunstancia determina su nulidad absoluta **(80)** del acto.

(74) Fallos 302:545 ("Movimiento Scout Argentino" consids. 5º y 10).

(75) CNFed. Cont. Adm., sala III, "Panteleoni de Valitutto, Pierina y otros c. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - entel residual", de 11/02/2010.

(76) Fallos 325:1038 ("Adidas Argentina y otros c. EN - Ministero de Economía"). En este caso se declaró la nulidad de un acto (res. 122/2000) del Ministerio de Economía) que prorrogó la industria del calzado por cuanto el acto que dispuso la susodicha extensión "no cumplió con el procedimiento reglamentario para el dictado de un acto de prórroga de una medida de salvaguardia inicial" al respecto el procedimiento necesario para adoptar una prórroga está previsto en el art. 29 del dec. 1059/1996, reglamentario de la ley 24.425 (que aprobó el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, y el Acuerdo de Marrakesh). La previsión normativa establece que las prórrogas de las medidas definitivas impuestas serán adoptadas siguiendo el mismo procedimiento que para la imposición de las medidas iniciales. Según se desprende del fallo, confirmatorio de lo decidido por la alzada, la autoridad de aplicación, al momento de disponer la prórroga, omitió tales procedimientos. Por cierto, en este fallo también se advierte un vicio puramente administrativo en la causa, puesto que el órgano decisor ignoró el derecho aplicable.

(77) Fallos 326:1614 ("Algodonera San Nicolás SA y otros" voto Dres. Belluscio y Petracchi, de 20/05/2003).

(78) Fallos 326 3316 ("Miragaya", de 08/09/2003).

(79) CS, "Borgo, Hermes F. c. Junta Nacional de Granos", de 13/02/1986.

(80) CS en "Cabanas", de 23 de febrero de 1988.

(ix) El convenio de suministro acordado directamente entre un organismo estatal y una sociedad anónima con *omisión del procedimiento de selección establecido en la ley aplicable* —licitación pública—, incurre en vicios puramente administrativo. En este caso el acto es gravemente ilegítimo, y por ende, irregular, pues ha obviado los presupuestos necesarios que hacen a la legitimidad de todo acto administrativo: el debido procedimiento previo y también la causa y motivación. Tales circunstancias determinan su nulidad absoluta (art. 14, inc. b de la ley 19.549; aplicables a los contratos administrativos en virtud de lo dispuesto en el art. 7º *in fine*) **(81)**.

(x) El acto del Poder Ejecutivo que dispuso la cesantía de un funcionario sin que estuvieran acreditado el evento de la realidad abstractamente previsto en la norma aplicable. Concretamente: el decreto que dispuso la cesantía de un funcionario padece vicio grave en la *causa* (arts. 7º, inc. b, y 14, inc. b, de la ley 19.549) pues se fundó en un evento de la realidad (situación de conflicto en el organismo) que no estaba tipificada como causal de remoción en el régimen legal específico del organismo **(82)**.

III.8.d. Los vicios graves pura o predominantemente administrativos se alojan tanto en actos de *gravamen* como en actos *favorables.*

Dentro de estos últimos (actos favorables), los defectos graves puramente administrativos determinantes de una nulidad absoluta, se presentan en actos irregulares favorables no estables y en actos administrativos irregulares dotados de estabilidad. Esta última parcela (actos irregulares inalterables en sede administrativa en función de la situación activa creada por el acto sujeto a revisión) está comprendida en la salvedad prevista en el art. 17, segunda parte, de la LNPA, según la interpretación realizada en "Almagro" **(83)**.

En uno y otro caso, los vicios graves pura o predominantemente administrativos *no* ponen en juego, de manera *directa e inmediata*, principios, valores y reglas constitucionales o convencionales.

Concretamente, estos vicios no comprometen de *manera directa la supremacía de la Constitución,* ni su *fuerza* normativa. Tampoco comprometen la vocación de efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional convencionalizada

Por cierto, la captación lógica neutral del régimen administrativo argentino actual permite visualizar que la a*dministrativización* de los vicios del acto administrativo absorbió (colonizó) a los vicios constitucionales y convencionales, restándoles a estos, toda posible sustantividad. De este modo, a pesar de la diferente naturaleza, pervive un régimen jurídico único en el que se igualan los vicios pura o predominantemente administrativos con los vicios constitucionales o convencionales.

III.9. Características de los actos irregulares portadores de vicios pura o predominantemente administrativos

Los actos administrativos portadores de defectos o vicios graves pura o predominantemente administrativos, determinantes de nulidad absoluta, son desde el punto de vista técnico actos administrativos irregulares.

Ellos están informados de un elenco de características que la doctrina más autorizada se ha encargado de hacer notar como caracteres de los actos nulos. Como veremos luego, algunas de estas características son verdaderos efectos o consecuencias **(84)** del acto irregular.

Así, tradicionalmente se subraya que, tales actos administrativos no pueden ser declarados nulos de oficio [esta nota es tributaria de la doctrina labrada por la CS en "Ganadera Los Lagos" **(85)**].

(81) CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Warning SA c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales -INCAA", de 05/11/2002.

(82) Fallos 320:2509 ("Solá", de 25 de noviembre de 1997).

(83) Fallos 321:169 (1998).

(84) Para ampliar ver: SAMMARTINO, Patricio M. E., "Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el estado constitucional de derecho", Ed. El Derecho, 2014.

(85) Fallos 190:142.

A la vez se enfatiza que los actos irregulares deben ser declarados nulos —en principio, por la propia Administración, según lo determina el art. 17, LNPA— para restablecer la juridicidad.

La calificación de irregular conlleva no solo la obligación de remover el acto sino de hacer cesar de manera definitiva sus efectos.

El planteo impugnatorio, en sede judicial, se debe realizar dentro del plazo de caducidad (art. 25, LNPA).

En tanto el vicio es originario, la doctrina predominante sostiene que los efectos de la declaración de nulidad deben ser iniciales, retroactivos (*ex tunc*). En tal sentido se produce aquello que Santamaría Pastor, en línea con la doctrina italiana, denomina *efecto repristinatorio*, esto es, la eliminación de los efectos que el acto pudiera haber producido en el pasado, y la reposición de las cosas a una situación idéntica o equivalente a la que hubiera existido de no haberse dictado el acto **(86)**.

En virtud de la magnitud de la antijuridicidad estos actos no son susceptibles de saneamiento o convalidación.

Un sector de la doctrina administrativista argentina predica que, frente a un acto irregular, portador de un vicio grave y manifiesto, el particular tiene, a su cuenta y riesgo, la opción de desobedecer el acto toda vez que, según se afirma, este carece de presunción de legitimidad. Sin embargo, no se puede perder de vista que, en el orden nacional, tal criterio colisiona frontalmente con la doctrina jurisprudencial del alto tribunal según la cual los actos administrativos recién pierden la presunción de legitimidad cuando una autoridad competente así lo declara o determina. En este último sentido la CS es enfática cuando afirma que, con arreglo al art. 12 de la LNPA, "se presume que toda la actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente" **(87)**.

Finalmente, los actos irregulares son susceptibles de suspensión en la medida que concurra alguna de las causales *alternativas* previstas en el art. 12, LNPA. Cabe señalar, sin embargo, que, según la doctrina administrativa actual (PTN, Dictámenes 307:167, de 2018) los actos irregulares estables también serían susceptibles de ser suspendidos. Este criterio, lejos de ser pacífico, modifica el estándar consagrado en Dictámenes 259:011, en cuanto consideró vedada tal posibilidad.

Por lo demás, la suspensión de los efectos de un acto estable —cuando atañe a derechos disponibles, renunciables, patrimoniales— debe ser compatibilizada con el art. 16 de la LMC (ley 26.854). En tales casos —acto irregular *estable*— la suspensión de los efectos, en principio, debería ser judicial, salvo que *impostergables y fundadas razones de interés público justifiquen paralizar de inmediato, en sede administrativa, los efectos jurídicos y materiales de la declaración*. En este supuesto, en simultáneo con la suspensión en sede administrativa la Administración deberá postular, en similares términos, la pretensión suspensiva en sede judicial, ora como medida cautelar autónoma o anticipada, ora coetáneamente con la pretensión procesal de nulidad de su propio acto. Por ende, en este supuesto especial la suspensión administrativa del acto estable se extenderá hasta el momento en que el tribunal estime o rechace la pretensión procesal suspensiva de los efectos del acto.

III.10. Actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales y convencionales

Los actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales y convencionales exhiben tres variables principales: (i) actos administrativos afectados por una infracción estructural (genética u originaria) *formal* di-

(86) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos". Revista de Administración Pública, 213 septiembre-diciembre (2020), ps. 111-140; doi: https://doi.org/10.18042/cepc.rap.213.06.

(87) Fallos 319:1476 ("Alcántara Díaz Colodrero", consid. 6º, de 20/08/1996); en igual sentido: CS, "Asociación Mutual del Personal de Obras y Servicios Públicos c. Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/ daños y perjuicios", consid. 11, de 24/09/2013; "Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina c. Buenos Aires, Provincia de" consid. 4º, de 28/06/2016).

recta de la Constitución convencionalizada; (ii) actos administrativos portadores de una infracción estructural (genética u originaria) *material* directa de la Constitución convencionalizada; (iii) actos administrativos afectados por una infracción estructural (genética u originaria) *formal-material* directa de la Constitución convencionalizada;

En efecto.

III.10.a. En algunos supuestos, el vicio constitucional residirá, únicamente, en la estructura *formal* del acto administrativo, y, por ende, la inobservancia de las previsiones constitucionales o convencionales se alojará en cualquiera de las piezas indispensables (requisitos esenciales) que lo vertebran.

Ciertamente la inobservancia del debido procedimiento previo por violación de las garantías mínimas que, en función del debido proceso legal adjetivo reconoce el bloque de constitucionalidad, es uno de los supuestos comprendidos dentro de esta clase o categoría de invalidez

Sin embargo, cabe enfatizar que la infracción formal directa de la Constitución convencionalizada no se agota en la violación del debido proceso legal.

III.10.b. En otros casos, en cambio, el *vicio constitucional o convencional* se manifiesta en los efectos jurídicos directos e inmediatos que el acto produce sobre los bienes jurídicos protegidos por un derecho fundamental. En estos supuestos estamos frente a una *intervención injustificada* (ilegítima) sobre sobre el *ámbito de la protección* de un derecho fundamental de fuente constitucional o convencional.

Es por esa razón que calificamos a esta variable como infracción estructural *material* directa de la Constitución.

En este punto se pondera si los efectos jurídicos inmediatos y concretos del acto traspasan el límite que impone el contenido esencial del derecho fundamental reconocido en una norma constitucional o convencional con jerarquía constitucional.

Al respecto cabe tener en cuenta que la titularidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponde a *seres humanos*. En tal sentido el Preámbulo de la Convención Americana da cuenta que el núcleo de la CADH se centra la protección y titularidad de los derechos del ser humano. En ese orden la Corte IDH enfatiza que el objeto y fin de la CADH es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos **(88)**. Desde esta interpretación del art. 1.2 de la CADH cabe concluir que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales.

Sin embargo, a partir de una interpretación evolutiva de la Convención, la Corte IDH sostiene que las *comunidades indígenas* son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros.

A la vez, acerca de las *organizaciones sindicales* la Corte IDH entiende que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones están habilitadas para presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos.

En lo que atañe al ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas la Corte IDH entiende que en determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de personas jurídicas puede acudir al Sistema para hacer valer sus derechos fundamentales. Tal pues lo ocurrido en el caso "Ivcher Bronstein" **(89)**,en el que se diferencian los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, o "Granier" **(90)**, caso en el cual el tribunal interamericano sostuvo que las restricciones a la libertad de ex-

(88) OC-22/16 párr. 42. Reitera así la jurisprudencia consagrada en "Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 45, y "Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 19.

(89) Corte IDH, "Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 6 de febrero de 2001.

(90) Corte IDH, "Caso "Granier", sentencia de 22 de junio de 2015.

presión se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan.

Hasta el momento, la Corte solo ha conocido casos en que el ejercicio del derecho fue realizado a través de personas jurídicas respecto al derecho a la propiedad y al derecho a la libertad de expresión.

III.10.c. Por cierto, existen situaciones en las que el acto administrativo incurre, simultáneamente, en ambas inobservancias. A estos supuestos los denominamos infracción estructural *formal-material directa* de la Constitución convencionalizada en 1994.

III.10.d. Los vicios constitucionales y convencionales se podrán configurar por tanto por *comisión* **(91)** como por *denegación* **(92)**.

Los vicios constitucionales y convencionales originarios, por la magnitud de la antijuridicidad, tornan irregular al acto administrativo que los padece. Se conforma así el antecedente causal de la extinción por ilegitimidad grave.

Sin embargo, como se verá, de ordinario el régimen legal jurisprudencial de las consecuencias jurídicas no exhibe modulaciones con relación a los actos administrativos irregulares portadores de vicios pura o predominantemente administrativos. Concretamente: el régimen legal-jurisprudencial vigente ignora la sustantividad de los vicios constitucionales y convencionales. Ese desconocimiento se proyecta en el régimen de las consecuencias jurídicas puesto que, sin importar la naturaleza del vicio, el régimen vigente le asigna el mismo trato jurídico al acto irregular portador de vicios puramente administrativos y al acto irregular afectado por vicios constitucionales o convencionales.

III.10.e. Las variables primarias que presentan los vicios constitucionales y convencionales son las siguientes:

III.10.e.i. Acto administrativo afectado por una infracción estructural (genética u originaria) formal directa de la Constitución convencionalizada

Un acto administrativo incurre en una infracción de esta índole cuando *alguna de las piezas indispensables que lo estructuran (art. 7º, LNPA) resulta* formal y directamente incompatible con la Constitución, *siempre que los efectos jurídicos que emanan del objeto no interfieran sobre el contenido esencial de un derecho fundamental.*

Esta clase de antijuridicidad comprende a los actos administrativos que padecen vicios constitucionales o convencionales —incluidos los dictados extramuros del debido proceso legal, conf. art. 8º, CADH— en tanto y en cuanto su objeto no produzca una intervención injustificada sobre el ámbito de protección (bienes jurídicos) tutelado por un derecho fundamental reconocido en el bloque de constitucionalidad. De registrarse esta última situación estaremos en presencia de otro tipo de ilegitimidad, la infracción estructural formal-material directa de la Constitución Nacional convencionalizada

La infracción estructural *formal* directa de la Constitución convencionalizada puede afectar a los actos favorables —v.gr. "Aparicio"— como también a los de gravamen —v.gr. "Copa"—.

Cuando nos referimos a una infracción estructural *formal* directa de la constitución convencionalizada aludimos a vicios que conciernen al *quién, por qué*, *para qué* o *cómo* del acto, esto es vicios que se alojan en la competencia, causa, finalidad o en las formas esenciales (v.gr. en el debido procedimiento previo tanto en su variable defensiva como no defensiva) sin que ello afecte, de manera directa e inmediata la sustancia constitucional o convencional de un *derecho* fundamental del destinatario del acto.

Desde esta atalaya es dable verificar que una porción de vicios de esta índole, se vinculan con los principios constitucionales que gobiernan el estatuto del poder, la separación de poderes y el control recíproco. Otra parcela, no menos

(91) V.gr., Corte IDH, "Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela", de 01/07/2011.

(92) V.gr., Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bósico vs. República Dominicana", de 8 de septiembre de 2005

relevante, concierne a la violación de garantías fundamentales reconocidas en el texto constitucional y el derecho interamericano, como v.gr., el debido proceso legal (arts. 18, CN, 8º, CADH).

Un caso paradigmático se presenta en el caso "Aparicio" **(93)**.

En el marco de proceso en el que conjueces de la CS debían dirimir la procedencia de pago de diferencias remuneratorias de magistrados, con fundamento en el art. 110, CN, se planteó el siguiente conflicto: si la designación de los abogados conjueces debía considerarse constitucionalmente válida. Específicamente, el núcleo del conflicto exigía dilucidar "si el proceso que concluyó con el dictado del dec. 856/2014, de designación de conjueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se adecuó a las reglas y recaudos establecidos en la Constitución Nacional".

La sentencia del alto Tribunal puntualizó que el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo Nacional nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Dado que el acuerdo que la cámara de Senadores les dio a los conjueces solo fue por mayoría, el alto tribunal consideró que se debía declarar, de oficio, la nulidad de la designación de conjueces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4º, primer párrafo de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que la Constitución establece esa mayoría calificada solo para los jueces de la CS. Sin embargo, en una interpretación mutativa por adición consideró que ese recaudo también era aplicable a los conjueces del alto Tribunal.

El decreto de designación de los susodichos conjueces —según el fallo aludido— exhibe, en términos técnicos, vicio grave en las formas esenciales (art. 14, inc. b, LNPA) establecidas en la Constitución Nacional (art. 99, inc. 4º) toda vez que el acuerdo del Senado resultó inválido, según el Tribunal, pues no se había reunido la mayoría calificada de dos tercios.

Sin embargo, ahondando en esta cuestión advertimos que la nulidad de las designaciones realizadas por el poder ejecutivo se origina en la inobservancia de la Constitución. Más precisamente en el incumplimiento del art. 99, inc. 4º de la ley fundamental, toda vez que, al no haberse alcanzado la mayoría especial exigida por la norma, la designación de conjueces no cumplió el requisito constitucional que exige el acuerdo de los dos tercios del Senado. En estos términos el susodicho acto incurrió, a la vez, en violación de la ley aplicable.

Es evidente que, desde el miraje de la sentencia del alto Tribunal, la designación de los conjueces incurrió en un *vicio grave en las formas esenciales* (art. 14, inc., b, LNPA) por inobservancia del debido procedimiento previo, puesto que el acuerdo del Senado — en tanto no cumplió con la mayoría que establece la CN para la designación de jueces de la CS— se consideró como que nunca fue realizado.

En estos términos cabe concluir que el acto de designación está afectado por una infracción estructural (genética u originaria) formal directa de la Constitución Nacional.

En la causa "Copa" **(94)**, en la que se discutía la validez del acto administrativo que dispuso la disminución del monto del haber previsional sin previa participación del afectado, la Corte puntualiza que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios —arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241— existen a condición de que dicha nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y "presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio (arts. 18 de la CN y 1º, inc. f, de la ley 19.549), extremos que no pueden estimarse cumplidos en el caso".

(93) Fallos 338:284.

(94) CS, "Copa, Diego c. ANSeS s/ medidas cautelares" de 24/04/2001.

En la especie el Alto Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* que había declarado la nulidad del acto administrativo que modificó el monto de la prestación y la formulación de cargos *sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en dicho trámite.* La Corte enfatiza que en este caso "se ha vulnerado su derecho de defensa".

En este caso la violación de las garantías mínimas que en función del debido proceso legal previo le asiste al particular (conf. arts. 18 de la CN; 8º de la CADH), configura una infracción estructural formal directa de la Constitución convencionalizada.

III.10.e.ii. Acto administrativo afectado por una infracción estructural (genética u originaria) material, directa de la Constitución convencionalizada

En este supuesto encontramos al acto portador de una *infracción estructural (genética u originaria)* material, *directa de la Constitución convencionalizada*.

Ello ocurre cuando los efectos prácticos del acto administrativo, esto es aquello que el acto decide, viola el límite que establece el núcleo irreductible, intocable, que imponen los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Tal es lo que sucede con los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales que afectan de modo directo e inmediato su primer límite, el ámbito de protección que aseguran y reconocen los derechos humanos.

Esta clase infracción, sin embargo, presenta una variable compleja que aparece con frecuencia en algunas sentencias de la Corte Interamericana.

Me refiero al acto administrativo que, coetáneamente, padece un vicio estructural pura o meramente administrativo juntamente con una infracción estructural material directa de derechos convencionales, que, en el plano doméstico, tienen jerarquía constitucional. En este esquema el acto portador de un vicio pura o meramente administrativo adquiere el carácter de actuación estatal injustificada que interviene directa e inmediatamente sobre el ámbito de protección de un derecho fundamental.

Tanto en la variable simple, como en la compleja, el acto administrativo afectado por una infracción estructural (genética u originaria) *material,* directa de la Constitución convencionalizada se presenta en actos que son desfavorables al destinatario.

Vayamos por partes.

(i) La primera modalidad adviene cuando el *objeto* de un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales —válidamente otorgadas por una norma atributiva— excede o ignora su primer límite y lesiona, de modo directo e inmediato, el ámbito de protección (bienes jurídicos) que protege un derecho fundamental.

Así, en este plano, es posible encontrar supuestos de sanciones administrativas de carácter pecuniario (multas) **(95)** que, en tanto resultan desproporcionadas en relación con la entidad de la transgresión verificada **(96)**, lesionan directamente la garantía de razonabilidad (art. 28, CN), del debido proceso legal (arts. 18, CN y 8º, CADH) y producen una ablación indebida del derecho de propiedad (art. 17, CN). En tales supuestos (quantum de una multa no se corresponde con la magnitud intrínseca de la infracción reprochada) nos coloca frente a un acto portador de una infracción estructural

(95) Al respecto la jurisprudencia especializa subraya que "la graduación de la sanción es resorte primario del órgano administrativo y constituye una potestad discrecional de la autoridad de aplicación... La actuación administrativa debe ser racional y justa y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado... en el ejercicio de la potestad sancionatoria ha de reconocerse al órgano competente un razonable margen de apreciación en la graduación de la pena a imponer... debiendo en cada supuesto particular verificarse el regular ejercicio de tal prerrogativa (CNFed. Cont. Adm., sala III, "Jumbo Retail Argentina SA c. DNCI s/ recurso directo", consid. VIII y sus citas, de 09/12/2014).

(96) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Bodegas de Argentina AC c. Estado Nacional - DNCI", de 21/08/2012, JA 2012-IV.

material directa de la Constitución convencionalizada.

En algunos supuestos este vicio constitucional podrá ir acompañado de vicios en el elemento finalidad —v.gr., si, extramuros de procurar la restauración del orden jurídico infringido, la sanción pecuniaria se la emplea como fuente de recursos para el erario, esto es, se le asigna fines recaudatorios—; o en la causa —cuando el exceso de punición no es ya el producto de la actividad discrecional del órgano decisor sino que aquella se aloja en el antecedente de derecho, esto es, en la norma aplicable—. Ambas situaciones, si bien complejas, exhiben diferencias. Mientras en el primer supuesto habrá un vicio constitucional en el objeto y meramente administrativo en la finalidad, en el segundo es dable reconocer que la infracción constitucional se presenta tanto en el antecedente de derecho —causa— y se refleja en el contenido u objeto del acto. En este último caso ingresamos en la tercera variable, esto es, en la infracción formal material de la Constitución convencionalizada.

(ii) Como se indicó, una segunda modalidad se presenta cuando el acto padece uno o más *vicios graves meramente administrativos en su estructura formal* —v.gr., en la competencia, la causa o el debido procedimiento previo— y, a la vez, incurre en una infracción material, en tanto y en cuanto el acto *lesiona el contenido esencial de un derecho constitucional o convencional*.

El derecho interamericano de los derechos humanos ofrece un catálogo importante de actos de esta naturaleza.

Una situación particular se presenta en el caso de las niñas Yean y Bósico **(97)**.

Según se desprende de la sentencia dictada por la Corte IDH, las niñas Yean y Bósico nacieron en República Dominicana. Allí vivieron y crecieron. Sus madres son de nacionalidad dominicana y han vivido en la República Dominicana. Los padres son haitianos. Destaca el tribunal que no cabe aplicar a las niñas la excepción referente a los hijos de una persona en tránsito, ya que, las madres de las víctimas son dominicanas y las niñas nacieron en la República Dominicana.

El núcleo del conflicto se aloja en la denegatoria de las autoridades dominicanas en inscribir el nacimiento de las niñas.

En efecto: la solicitud de inscripción tardía de nacimiento de las niñas fue denegada por las autoridades dominicanas con fundamento en el incumplimiento de la presentación de once o doce requisitos, *los cuales no eran los exigibles a los niños menores de 13 años de edad*, pero igualmente le fueron aplicados a las niñas. De este modo la autoridad agravó las condiciones para la inscripción del nacimiento. Destaca el tribunal interamericano que, al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas. Puntualiza que esta situación refleja que en la República Dominicana no existe un criterio uniforme para la exigencia y aplicación de los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de los menores de 13 años de edad.

La Corte IDH enfatiza que la actuación estatal no garantizó a las niñas dominicanas de ascendencia haitiana Yean y Bósico el derecho de acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. Sostuvo el tribunal que, en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, *el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas*. Ello constituyó una *privación arbitraria de su nacionalidad,* que provocó la apatridia de las niñas por más de cuatro años, en violación de los arts. 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con su art. 19, y también en relación con el art. 1.1 de este instrumento.

La sentencia subraya que, la decisión denegatoria tuvo consecuencias relacionadas con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre. La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica, dijo la Corte IDH, lesiona la dignidad humana, ya que, niega de

(97) Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bósico vs. República Dominicana", de 8 de septiembre de 2005

forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable. Finalmente, la Corte considera que la *privación a las niñas de su nacionalidad* tuvo como consecuencia de que la República Dominicana *violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre consagrados en los arts. 3º y 18 de la Convención Americana,* en relación con su *art. 19*, y también en relación con el art. 1.1 de este instrumento.

Se aprecia que, desde una perspectiva técnica, el acto que deniega la inscripción tardía de las niñas Yean y Bósico resulta gravemente viciado en la causa y objeto. Ello es así pues la susodicha denegatoria se fundamentó en normas que regían la situación de personas mayores de 13 años y las peticionarias tenían menos de 13 años de edad. De consiguiente, el evento de la realidad —niñas que tenían menos de 13 años y que habían nacido, vivido y crecido en R. Dominicana— no se insertaba en el supuesto de hecho seleccionado por las normas aplicadas por las autoridades administrativas dominicanas. De consiguiente, la situación de hecho estaba en discordancia con la situación reglada en la norma aplicada.

Un miraje inicial permite verificar la presencia de vicios estructurales alojados en los elementos esenciales causa y objeto, siendo estos vicios puramente administrativos.

Sin embargo, desde el punto de vista material, los efectos jurídicos del acto denegatorio, produjo la *privación arbitraria de la nacionalidad de las niñas dejándolas apátridas* por más de cuatro años, con lo cual la autoridad produjo una violación múltiple de derechos humanos reconocidos en la Convención. Concretamente, el acto administrativo denegatorio (viciado gravemente en la causa) interfirió el ámbito de protección de los derechos a la nacionalidad (art. 20) e igualdad (art. 24) juntamente con los derechos del niño (art. 19, CADH) y la garantía de no discriminación (art. 1.1, CADH).

Se aprecia así que, desde un miraje formal, el acto denegatorio de la inscripción del nacimiento presenta un *vicio predominantemente administrativo* en el elemento causa (existe inexactitud material de los hechos y, a la vez, una errónea calificación jurídica de ellos). A la vez, desde una perspectiva *material*, los efectos prácticos del acto denegatorio (alojados en el elemento objeto) producen una lesiona grave e injustificada sobre el ámbito vital de protección de derechos humanos reconocidos en la CADH. En tal sentido el tribunal interamericano considera violados los arts. 1.1, 19, 20 y 24 de la CADH.

Se observa así que, en este supuesto, estamos frente a un acto administrativo portador de una *infracción estructural originaria material de la Convención*, en su variable compleja puesto que, la estructura formal exhibe, además, un vicio grave predominantemente administrativo en la causa.

III.10.e.iii. Acto administrativo afectado por una infracción estructural (genética u originaria) formal-material directa de la Constitución convencionalizada

Este tipo de vicios es más frecuente de lo que superficialmente se pueda suponer.

En estos casos el vicio constitucional o convencional se presenta, de ordinario, en la estructura formal del acto, proyectándose directamente sobre el ámbito de protección de un derecho fundamental reconocido por el bloque de constitucionalidad.

Concretamente, esta variable se abastece de una *doble antijuridicidad constitucional* pues el vicio constitucional o convencional se presenta en la estructura formal del acto y coetáneamente los efectos jurídicos que emanan de su objeto interfieren y lesionan, directamente, el contenido esencial, irreductible, de un derecho o garantía fundamental reconocido por la Constitución convencionalizada.

Son supuestos en que el acto administrativo opera como una actuación formalizada de la función administrativa que, de manera constitucionalmente injustificada interviene (de manera singular, concreta y directa) sobre los bienes jurídicos protegidos por el *ámbito de protección* de un derecho fundamental reconocido en la Constitución y/o en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Cabe subrayar que la infracción estructural formal-material directa de la Constitución convencionalizada, se presenta en actos administrativos de *objeto o contenido desfavorable*.

Algunos ejemplos, tomados de la jurisprudencia, nos permitirán aclarar el tema.

(i) El caso "Ganadera Los Lagos"

Una relectura este célebre precedente permite comprobar, por un lado, la presencia de una infracción estructural formal directa de la Constitución por cuando, según lo sostuvo el Tribunal, la caducidad de la venta de tierras dispuesta por el Poder Ejecutivo fue el producto del ejercicio de competencia judicial cuyo ejercicio está prohibido por el art. 109, CN (ex 95, CN).

En efecto: el alto Tribunal sostuvo que el "decreto ha sido dictado por el Poder Ejecutivo desconociendo la disposición concluyente del art. 95, CN (hoy 109, CN), que veda al presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales". Resulta claro pues que el caso nos pone frente a un supuesto de incompetencia absoluta toda vez el Poder Ejecutivo ejerció facultades correspondientes a otro poder, el Poder Judicial.

Por otro lado, es dable verificar que el objeto del acto sometido a revisión judicial produjo la ablación total del derecho de propiedad, en tanto suprimió totalmente el dominio adquirido por la actora a partir del acto extinguido. Al respecto el fallo subraya que, el decreto ha desconocido la garantía del art. 17 en tanto comporta para el propietario la imposibilidad de disponer de los bienes transmitidos en propiedad.

(ii) El caso "Antinori"

En "Antinori" se presenta un supuesto claro de un acto afectado de una infracción estructural (genética u originaria) *formal-material directa* de la Constitución.

En esa causa el actor demandó al Estado Nacional por el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional en virtud del cual se lo privó de la libertad. Concretamente, sin declaración de estado de sitio se ordenó el arresto del actor a disposición del órgano ejecutivo.

Cuatro días después el Poder Ejecutivo dictó un nuevo decreto en el que declaró el estado de sitio en todo el país y dispuso el arresto a disposición del Poder Ejecutivo del actor y de las mismas personas mencionadas en el decreto anterior, dictado con anterioridad a la declaración del estado de sitio.

Los considerandos del fallo puntualizan que "no cabe duda de que el Poder Ejecutivo dispuso el arresto sin que ninguna norma constitucional lo autorizara; por el contrario, asumió funciones que escapan a la esfera de su competencia y que resultan ser resortes propios del Poder Judicial" lo cual conlleva a "desconocer la existencia de los mecanismos establecidos en el estado de derecho y del principio republicano de la división de los poderes". Y agregó: las únicas figuras previstas en la Constitución Nacional para privar de la libertad a una persona son el debido proceso legal establecido por el art. 18 y, en supuestos excepcionales, el arresto durante el estado de sitio, autorizado por el art. 23. En el caso, el arresto del actor no se sustentó en ninguna de esas normas.

Finalmente, la Corte federal señaló que el defecto de incompetencia del órgano que ordenó los arrestos, al extralimitarse del ejercicio de sus funciones propias, no puede ser objeto de convalidación, en razón de que ello importa un supuesto de nulidad absoluta que, según la ley 19.549, no puede ser objeto de subsanación.

En "Antinori" se presenta una infracción estructural formal-material *directa* de la Constitución; en puridad, estamos en presencia de un acto administrativo inconstitucional. Por un lado, el decreto del PE que dispuso el arresto incurre en el vicio de incompetencia absoluta toda vez que el presidente al arrestar al actor sin que existiera previamente declaración de estado de sitio ni decisión judicial que lo respaldara, asumió funciones que resultan propias del Poder Judicial. Por otro, desde el plano material, el objeto del decreto, esto es la orden de arresto, significó para él la privación de su libertad ambulatoria.

(iii) El caso "Mantecón Valdés"

En "Mantecón Valdés" el actor, de nacionalidad cubana, postuló una pretensión de amparo mediante la cual impugna la resolución

denegatoria de la inscripción al concurso convocado para cubrir cargos de auxiliar en la Biblioteca de la Corte. El acto administrativo que denegó la participación en el concurso se fundó en el art. 11, punto 1.3, de la res. 1331/2004 de convocatoria del concurso, que a su vez hallaba sustento en el art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional, según el cual era menester reunir el requisito de ser argentino, condición que no cumplía el actor.

Siguiendo el criterio sustentado en "Hooft" **(98)** y "Gottschau" la sentencia dictada en "Mantecón Valdés" destaca que, en la especie, resultaba aplicable el art. 16 de la CN en cuanto establece que todos los habitantes de la Nación Argentina "son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".

El fallo tuvo en consideración la presencia de una *categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional"* que, en tanto tal, se la debía considerar *sospechosa de discriminación* **(99)** *y portadora de una presunción de inconstitucionalidad* que corresponde a la demandada levantar (de las constancias de la causa surge que ello no ocurrió).

La sentencia del alto Tribunal declaró *inconstitucionales* los antecedentes de derecho que sustentaron el acto impugnado —arts. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional y 11, punto 1.3, de la res. 1331/2004— y declaró *nula* la resolución que denegó la inscripción del actor en el concurso.

En la especie el acto administrativo denegatorio de la inscripción del aspirante a bibliotecario de la Biblioteca de la Corte incurre en una *infracción estructural originaria formal-material directa de la Constitución Nacional convencionalizada.*

Por un lado, el antecedente de derecho (los arts. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional y 11, punto 1.3, de la res. 1331/2004) es incompatible con el art. 16 de la CN (y con los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional —v.gr. arts. 1.2. y 24, CADH—, según art. 75.22, CN). Desde un miraje administrativista se observa un vicio grave en la causa como antecedente de derecho (arts. 7º, inc. b, y 14, inc. b, LNPA).

Por otro lado, el susodicho defecto se refleja en los efectos prácticos que emanan del objeto del acto (arts. 7º, inc. c y 14, inc. b, LNPA), la denegatoria de la inscripción que imposibilita, de manera absoluta, la participación de una persona extranjera en un concurso para acceder al empleo de auxiliar de biblioteca de un organismo público. Ello lesiona el contenido esencial del derecho a la no discriminación e igualdad —por cuanto en la Argentina todos sus habitantes "son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad"— y trabajar.

En definitiva: el acto administrativo enjuiciado en la especie produce, directamente, una intervención injustificada sobre el ámbito constitucional-convencional de protección de los derechos de igualdad, no discriminación y trabajar, configurándose de ese modo una infracción estructural (genética u originaria) formal-material directa de la Constitución convencionalizada.

(iv) El caso "Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable"

En "Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" nuevamente se presenta un acto administrativo afectado de una infracción estructural formal material de la Constitución, esto es, hay un doble orden de antijuridicidad constitucional.

(98) CS, Fallos: 327:5118.

(99) Cabe recordar que la Corte IDH, en línea con el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (Corte IDH, "Caso Atala Riffo" sent. de 24 de febrero de 2012, párr. 89).

En ese amparo la actora solicitó la declaración de nulidad de dos actos administrativos —emitidos por la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de Salta— que habían autorizado (y prorrogado) el desmonte (deforestación) de predios que tradicionalmente ocupaba la actora y que, en virtud de una ley nacional, habían sido declaradas de utilidad pública y sujetas a expropiación para ser adjudicadas "en propiedad comunitaria a la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi".

Las autorizaciones impugnadas acarrearían la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debida a la erosión y salinización del suelo); y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena —donde también viven algunos de sus miembros—, en las que, además, de hallarse un pozo de agua que la abastece se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes.

El Tribunal, en la primera sentencia **(100)**, destacó que la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la CN **(101)**. En el segundo fallo **(102)**, que rechaza el recurso extraordinario contra la sentencia estimatoria del amparo dictada por la CJ de Salta, la CS puntualiza que la Administración provincial no comprobó las alegaciones del pueblo indígena e ignoró el derecho a la participación en la gestión vinculada a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, están asegurados por la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 17.

En la plataforma fáctica de este caso es posible discernir la existencia de una infracción estructural formal material directa de la constitución convencionalizada. De un lado el acto de autorización y su prórroga no solo omitieron el estudio de impacto ambiental, sino que incurrieron en la inobservancia de un procedimiento esencial y sustancial previo establecido, expresamente, por la Constitución: brindarle a la comunidad indígena —que tradicionalmente ocupaba las tierras en las que se autorizó el desmonte— la posibilidad de participar en todo aquello que atañe a la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que la afecten.

Desde la teoría del acto administrativo, en la especie, se verifica un vicio grave en las formas esenciales por inobservancia del debido procedimiento previo establecido en la Constitución Nacional, art. 75, inc. 17 (desde la LNPA, la situación se encuadra en los arts. 7º, inc. d, y 14, inc. b).

Ahora bien, en el plano material el objeto de los actos administrativos impugnados lesiona el contenido esencial de los derechos y garantías reconocidos expresamente por el art. 75, inc. 17, de la CN a la comunidad indígena, en tanto tales actos administrativos impidieron de modo total y absoluto la participación de la comunidad en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Nuevamente, sin demasiado esfuerzo, se verifica un acto administrativo portador de un doble orden de antijuridicidad constitucional.

(v) El caso "AFIP c. Intercorp SA"

En "AFIP c. Intercorp SA" se enjuició la ejecución de un acto de la Administración —emanado de un agente fiscal de la AFIP— que dispuso el *embargo general de fondos y valores* del ejecutado —en cuentas bancarias, cajas de seguridad, títulos y cualquier otro activo financiero— por deudas tributarias de la actora —saldos de sus declaraciones juradas del impuesto al valor agregado, del impuesto a las ganancias

(100) Fallos 325:1744 (2002).

(101) Reza el art. 75, inc. 17 de la CN: Corresponde al Congreso: "...Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

(102) Fallos 326:3258(2003).

y de aportes al Sistema Único de Seguridad Social— con fundamento el art. 92 de la ley 11.683, modificado por el art. 18 de la ley 25.239. Cabe recordar que esta norma legal facultó a la AFIP a *decretar* y trabar, por sí, medidas precautorias sobre los bienes del responsable ejecutado. En efecto: según lo determina la susodicha previsión normativa el agente fiscal, con el solo informar al Juez, está facultado para decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. El alto tribunal sostuvo que el art. 92 de la ley 11.683 —según la modificación de la ley 25.239— contiene una inadmisible delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial. Sostuvo el Tribunal que el esquema diseñado por la ley al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador. Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no solo violenta el principio constitucional de la división de poderes, sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la CN como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75. La CS subraya luego que las disposiciones del art. 92 tampoco superan el test de constitucionalidad en su confrontación con el art. 17 de la Norma Suprema en cuanto en él se establece que la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella sino es en virtud de una sentencia fundada en ley, toda vez que si bien no hay una ablación se produce una efectiva limitación de otros atributos no menos importantes del derecho de propiedad, cuáles son los de usar y disponer de él.

En "AFIP c. Intercorp SA" es dable apreciar, por un lado, que el acto del órgano administrativo mediante el cual se dispone el embargo padece una infracción formal de la Constitución convencionalizada toda vez que al actuar de ese modo la Administración asume facultades judiciales, prohibidas por el art. 109 de la CN. De consiguiente la norma legal atributiva de la competencia resulta inconstitucional y por consiguiente inaplicable. Hay pues un vicio constitucional en la causa (como antecedente de hecho), en tanto se faculta a la Administración a *decretar* (según la locución empleada por la norma legal) un embargo y a materializarlo; por cierto, existe un vicio en la competencia, pues la norma legal atributiva le confiere al agente fiscal facultades que corresponde a la judicatura, poniendo en riesgo de ese modo uno de los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la separación de los poderes.

A la vez existe una infracción material directa de la Constitución convencionalizada toda vez que el acto mediante el cual se *decreta* el embargo, por parte de la Administración lesiona el derecho de defensa en juicio (arts. 18, CN y 8º, CADH) y propiedad (art. 17, CN), al limitar, en este caso, su uso y disposición.

(vi) También en el plano del derecho sancionador, se presenta el caso de un acto cuyo objeto ordena la ejecución inmediata, sin otra sustanciación, de la sanción administrativa (v.gr. multa) sin que hubiese cesado la garantía de presunción de inocencia del imputado y con total presidencia de la garantía a la tutela judicial *efectiva*.

(vii) Un supuesto de infracción formal material de la Constitución convencionalizada por denegación u omisión se presenta cuando la autoridad administrativa, extramuros de la CADH y de la interpretación que de ella realiza su intérprete último, la Corte IDH, *deniega, y por ende, se abstiene de realizar un control administrativo de convencionalidad* —que según el propio tribunal interamericano es una obligación de todas las autoridades públicas— y se retrae en el ejercicio de una competencia que nace del art. 75.22 y art. 2º, CADH. El acto administrativo que decide denegar el ejercicio de un control de convencionalidad de tipo armonizante concretiza de modo directo e inmediato una lesión sobre el contenido esencial de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la igualdad; a la no discriminación), y a la vez lesiona el contenido esencial de la garantía a la tutela administrativa efectiva (conf. Astorga Bracht).

(viii) En el derecho internacional de los derechos humanos es dable encontrar sentencias dictadas por la Corte IDH que tienen su origen en actos administrativos que incurren en una infracción estructural formal-material directa de la CADH.

- El caso "Petro Urrego"

Así, en "Petro Urrego" **(103)**, la Corte IDH —siguiendo la línea trazada en "López Mendoza"— consideró que la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría al alcalde Bogotá transgredió el art. 23 de la CADH toda vez que esta previsión normativa no permite que un órgano administrativo pueda aplicar una sanción que implique una restricción de los derechos políticos de un funcionario público democráticamente elegido.

La sentencia destaca que el órgano sancionador (Procuraduría) no resultaba convencionalmente competente para desplazar mediante destitución a un funcionario elegido democráticamente. En este entendimiento es dable discernir que el susodicho órgano obró con *incompetencia absoluta e inobservancia grave del debido procedimiento previo* puesto que, según los precisos términos del art. 23, CADH, no hubo proceso penal en el que el juez competente condenara a alcalde.

Desde esta atalaya el Tribunal interamericano concluyó que *existió violación al principio de jurisdiccionalidad* en tanto la sanción fue ordenada por una autoridad de naturaleza administrativa y no por un juez competente.

En el plano material, surge que el objeto de la sanción significó la violación del derecho al ejercicio de una función para la cual el actor había accedido por elección popular y de las garantías judiciales

En este mismo sentido se verificó la violación de la garantía del debido proceso legal toda vez que el acto sancionador no respetó la garantía de imparcialidad ni el principio de presunción de inocencia. La transgresión de las garantías judiciales aparece también al advertirse que la sanción fue decidida por la misma sala que formuló los cargos y luego juzgó la procedencia de aquellos, concentrándose así las facultades investigativas, acusatorias y sancionatorias.

En definitiva, en el caso "Petro Urrego" es posible comprobar que el acto sancionatorio —por el cual un órgano administrativo inhabilitó y destituyó de su cargo a un funcionario dotado de legitimación democrática, como era el alcalde de la ciudad capital— incurrió en una infracción estructural genética formal-material directa de la CADH, puesto que: (i) el acto sancionatorio fue dictado por una autoridad administrativa absolutamente incompetente, por cuanto las normas atributivas de competencia a la Procuraduría General de la República —que facultan a dicho órgano a imponer sanciones a funcionarios democráticamente elegidos—, violan el art. 23 de la CADH, (ii) la sanción no estuvo precedida de un proceso judicial penal, lo cual significó una grave inobservancia de los procedimientos sustanciales y esenciales previstos por la Convención para ese tipo de acto.

En el plano material, el acto sancionador violó (i) los *derechos políticos* del actor, en tanto se lo privó del derecho al ejercicio de una función para la cual había accedido por elección popular; (ii) el *derecho de defensa* por cuanto se no se respetó el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad —se concentró en un mismo órgano las facultades investigativas, acusatorias y sancionatorias— el principio de presunción de inocencia.

- El caso "Chocrón Chocrón"

En "Chocrón Chocrón" **(104)** se planteó una situación singular. La actora, tres meses después de haber sido designada por la Comisión Judicial como jueza temporal, fue removida de su cargo en razón de observaciones que fueron formuladas ante el tribunal supremo de justicia. Sin embargo, el acto que dejó sin efecto el nombramiento no indicaba cuál era el contenido de las "observaciones" que habrían sido determinantes para dejar sin efecto su nombramiento. Solo se invocaba que se trataba de "un acto fundado en motivos de oportunidad". A la vez, el

(103) Corte IDH, "Petro Urrego vs. Colombia", sentencia de 08/07/2020.

(104) Corte IDH Caso "Chocrón Chocrón vs. Venezuela", de 01/07/2011.

acto de remoción se emitió sin que la afectada hubiese tenido, previamente, la oportunidad de defenderse.

La Corte subrayó que los jueces provisorios y temporales son por definición elegidos de forma distinta y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo. Sin embargo, puntualiza que la provisionalidad "debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente". Enfatiza que la inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas.

Desde la teoría del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho es dable reconocer que en este caso exhibe una infracción estructural formal material directa del derecho convencional.

En el plano estructural, se observa que el acto que dejó sin efecto la designación está afectado por un vicio grave en las formas esenciales toda vez que fue emitido en violación al debido proceso legal (art. 8º, CADH).

En efecto: el Tribunal interamericano considera que la designación de la señora Chocrón Chocrón fue dejada sin efecto con base en unas "observaciones" cuyo contenido y naturaleza jamás le fue precisado. También destaca la Corte IDH que la remoción de la señora Chocrón Chocrón solo podía proceder en el marco de un acto administrativo debidamente motivado, lo cual no ocurrió. El deber de motivación, sostiene la Corte IDH, es una garantía incluida en el art. 8.1. de la CADH **(105)**. El Tribunal considera que la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en "observaciones" debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones. A la vez sostiene que siendo el acto de remoción un acto de naturaleza discrecional, la falta de motivación lo torna arbitrario. La discrecionalidad no fundamentada, subraya el tribunal, transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario.

Desde el punto de vista material, el susodicho acto de remoción lesionó el derecho a la estabilidad o inamovilidad del juez provisional. La Corte puntualiza que provisionalidad no es lo mismo que libre remoción. Señala que la decisión de dejar sin efecto el nombramiento afectaba la *expectativa legítima* de permanecer en su cargo hasta la realización de los concursos públicos de oposición establecidos en la Constitución.

- El caso "Ivcher Bonstein"

Así, en "Ivcher Bronstein" **(106)** se aprecia la existencia un acto administrativo (que deja sin efecto el acto que había otorgado la nacionalidad peruana) afectado por vicios graves, pura o predominantemente administrativos (v.gr. en la competencia y en la causa). Pero también es dable comprobar la existencia de vicios susceptible de ser considerados infracciones estructurales, formales y materiales, violatorias de las garantías y derechos que reconoce la CADH.

En el caso es posible comprobar que la decisión de la autoridad administrativa que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana

(105) El párr. 118 de la sentencia dictada en "Chocrón Chocrón" la Corte IDH sostiene: "... la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

(106) Corte IDH Caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", de 6 de febrero de 2001.

del Ivcher Bronstein —suspendiéndolo como accionista mayoritario del canal televisivo de línea editorial crítica al oficialismo de turno— tiene vicios en la causa y la competencia. En la causa, por cuanto se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad por una supuesta omisión de no acreditar la renuncia previa de Ivcher a la nacionalidad israelí, lo cual sí había ocurrido. También se verificó que la autoridad que dejó sin efecto el título de nacionalidad de Bronstein resultó incompetente puesto que la nacionalidad peruana la había adquirido por resolución suprema del presidente y su título de nacionalidad fue firmado por el ministro de relaciones exteriores; sin embargo, la pérdida de nacionalidad fue producto de una resolución de la Dirección de Migraciones y Naturalización, "de menor jerarquía que la que le otorgó el derecho correspondiente y que por eso mismo no podía privar de efectos al acto del superior". En este supuesto se verifica una incompetencia por violación del paralelismo de las competencias y también, según se desprende del caso, de la inobservancia de la norma atributiva de competencia consagrada en la legislación peruana.

A la vez, se advierte que existe una infracción estructural formal directa de la CADH toda vez que la decisión ilegítima de las autoridades administrativas violó garantías y derechos fundamentales reconocidos en la Convención.

Así, en lo que concierne a la violación del respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8º, CADH, aplicables también al procedimiento administrativo, la sentencia de la Corte IDH subraya que la Dirección General de Migraciones y Naturalización no le informó al señor Ivcher que su expediente de nacionalización no se hallaba en los archivos de la institución, ni le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; no le comunicó los cargos de que se le acusaba, esto es, haber adulterado dicho expediente e incumplido el requisito de renuncia a su nacionalidad israelí, y, por último, tampoco le permitió presentar testigos que acreditaran su posición.

En este plano la Corte IDH concluye que el procedimiento desarrollado por ante la Dirección General de Migraciones no reunió las condiciones del debido proceso que exige el art. 8.1 y 8.2 de la CADH.

En el plano material, la decisión administrativa de la Dirección de Migraciones por la cual se dejó sin efecto el título de nacionalidad violó el derecho a la nacionalidad de Ivcher Bronstein, tal como lo establece el art. 20, incs. 1º y 3º de la CADH.

Se produjo así una intervención administrativa injustificada sobre el ámbito de protección de un derecho humano, protegido por la CADH.

III.11. Características de los actos irregulares afectados por una infracción constitucional o convencional

Los actos irregulares portadores de vicios constitucionales y convencionales si bien, exhiben notas comunes con los actos irregulares afectados por vicios puramente administrativos (ver *supra* 9), presentan, respeto de estos, modulaciones relevantes que reflejan el impacto de los valores y principios del Estado constitucional social de derecho sobre esta parcela de la teoría del acto administrativo. En tal sentido cabe puntualizar:

III.11.a. Control judicial y anulación del oficio

Inicialmente debemos indicar que los tres grupos taxonómicos en que se dividen los vicios constitucionales y convencionales *comprometen la supremacía de la Constitución* y del orden convencional con jerarquía constitucional.

En virtud de ello, y con arreglo a la doctrina desplegada por la CS durante los cuatro últimos lustros, los tres subtipos de actos son susceptibles de ser declarados *judicialmente* nulos e inconstitucionales (o inconvencionales) *de oficio,* juntamente con la norma jurídica interna que lo sustente, según corresponda.

En este plano la CS es categórica en cuanto enfatiza, en una sentencia reciente, que el control de constitucionalidad se "debe" realizar "de oficio" **(107)**. Sin embargo, el alto Tribunal

(107) CS, Fallos: 343:345, consid. 2º ("B., J. M.", de 04/06/2020). Con fundamento en precedentes anteriores, el consid. 3º del voto del Dr. Rosatti recuerda las bases del control constitucional en el orden federal. Al respecto señala: "el control de constitucionalidad de las normas constituye: i) un deber ineludible de los tribunales de justicia que debe realizarse en el marco de una

condiciona la realización del control de constitucionalidad "aunque no exista petición expresa de parte" **(108)** a que "se respete el principio de congruencia, es decir, que los jueces ciñan su decisión a los hechos y planteos definidos al trabarse la litis" **(109)**; que los magistrados lo realicen "en el marco de sus respectiva; competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" ; que el acto o precepto normativo irrogue a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, titulo o prerrogativa fundados en la Constitución **(110)** y, para el supuesto que el acto hubiese sido sobreviniente a la deducción de la demanda o recurso, el Tribunal condiciona el susodicho control a *que las partes hayan tenido la oportunidad de expedirse sobre la incidencia del acto en el caso, "ejerciendo su derecho de defensa"* **(111)**.

En lo que atañe al control *judicial* de convencionalidad, el pronunciamiento de la Corte federal en "Rodríguez Pereyra", en línea con la vigorosa jurisprudencia labrada por la Corte IDH ("Almonacid Arellano", "Trabajadores Cesados del Congreso", "Ibsen", "Gómes Lund", entre muchos otros) destaca que "los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado". En relación con el control de convencionalidad e*x officio*, la CS subrayó en el mismo fallo que en dicha tarea "los jueces y órganos vinculados con la Administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana".

III.11.b. La anulación del acto administrativo irregular afectado por vicios constitucionales o convencionales está llamada restablecer la *fuerza normativa* de la constitución convencionalizada.

A diferencia de lo que sucede en el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo labrado bajo el Estado formal y democrático de derecho **(112)** la anulación —administrativa o judicial— del acto irregular portador de un vicio constitucional o *convencional no es un mero restablecimiento de la legalidad formal*.

Antes bien, la extinción del acto administrativo portador de un vicio constitucional o convencional constituye *el efectivo establecimiento de la fuerza normativa de la Constitución convencionalizada*, de la juridicidad sustentada en la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho: dignidad humana, derechos humanos fundamentales y principio *pro persona*.

III.11.c. En los supuestos de actos de gravamen afectados por una infracción material o formal-material de la Constitución convencionalizada, la anulación conlleva ínsita la *restitución in natura del derecho fundamental afectado.*

En este plano, la anulación administrativa o judicial de los actos administrativos afectados por una infracción material o formal-material de la Constitución convencionalizada conlleva, invariablemente la restitución, en su propia naturaleza, del derecho fundamental lesionado por el acto extinguido.

III.11.d. Los actos irregulares portadores de una infracción estructural material o formal-material directa de la Constitución convencionalizada (esto es, actos irregulares que lesionan derechos fundamentales) deben *ser revisados y revocados*, por razones de ilegitimidad, de *manera inmediata*.

III.11.d.i. La valiosidad de los bienes jurídicos afectados por actos desfavorables o de gravamen portadores de vicios constitucionales o convencionales obligan a la Administración a

causa concreta; ii) debe efectuarse aun de oficio sin que sea exigible una expresa petición de parte interesada; y iii) que solo resulta procedente en la medida en que quede palmariamente demostrado en el pleito que el gravamen invocado puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera".

(108) Fallos 335:2333 ("Rodríguez Pereyra", 2012).

(109) Fallos 337:179 ("Mansilla", 2014).

(110) Fallos 335:2333.

(111) Fallos 341:1924 ("Blanco", 2018).

(112) Fallos 314:322 consid. 7º ("Furlotti")

revisar el acto afectado de tales defectos, con inmediatez.

Por cierto, la revisión del acto deberá encauzarse a través del *procedimiento administrativo constitucional convencional.* Esta vía es una variable correctiva de la garantía fundamental a la tutela administrativa efectiva. Exhibe modulaciones formales y sustanciales con respecto al procedimiento administrativo común.

En virtud de la prelación jerárquica que exhiben los bienes jurídicos protegidos por el contenido esencial de un derecho o garantía fundamental, *el acto aquejado por vicios constitucionales o convencionales debe ser examinado con preferencia desde la perspectiva que brinda la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho (dignidad de la persona humana; derechos humanos fundamentales y principio* pro persona*)*, toda vez que, por la índole de los bienes jurídicos en juego, el restablecimiento de la juridicidad constitucional-convencional tiene prioridad. Por tal razón el procedimiento administrativo constitucional de revisión (de oficio o a pedido de parte) del acto administrativo portador de vicios constitucionales o convencionales debe tramitar y resolverse con *celeridad.*

III.11.d.ii. Frente a los actos irregulares portadores de una infracción *formal-material* o *material* directa de la Constitución convencionalizada, la Administración —por iniciativa propia o a pedido del interesado— está obligada a realizar, de manera urgente, *la revisión de oficio del acto administrativo inconvencional*.

Así, frente al acto administrativo de gravamen que afecta directamente los derechos humanos protegidos por la CADH, *el particular tiene el* derecho subjetivo *de exigir a la Administración que realice el control de la convencionalidad* **(113)** en el marco de sus atribuciones.

A la vez, la *Administración tiene el* deber *de realizar una revisión de oficio, o a pedido de parte interesada, de convencionalidad* del acto que incumple el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22).

La revisión administrativa de convencionalidad, de oficio, o pedido de parte, del acto administrativo está llamada a *fortalecer la eficacia de los derechos humanos* reconocidos en los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional. El ejercicio de la susodicha potestad coloca a la Administración en un rol que es consustancial con la matriz del derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho: ser *garante primario de los derechos humanos*. Es uno de los cauces procedimentales a través del cual se concretiza, en sede administrativa, el control de convencionalidad. Por ese conducto la Administración, de comprobarse la inconvencionalidad del acto, tiene el *deber de anular de oficio el acto administrativo inconvencional* (conf. art. 99, inc. 1º y 75, inc. 22, de la CN; 2º, CADH).

La *revisión de oficio del acto inconvencional* es un procedimiento de tipo correctivo (o reparador) llamado a enmendar **(114)** la grave antijuridicidad que afecta a este tipo de acto irregular. En estos términos el acto revocatorio, al tiempo que restablece la juridicidad convencional produce la salvaguarda y restitución *in natura* del derecho humano afectado por el acto inconvencional. En suma, según lo sostiene reiteradamente la Corte IDH el control de convencionalidad es una "obligación" de toda autoridad pública, en el marco de sus competencias y procedimientos. Ese control implica, por un lado, el deber de "prevenir" las violaciones a los derechos humanos (ver: Urrutia 93). Por otro, acarrea el deber de "solucionar" las violaciones a los derechos humanos cuando "ya hayan ocurrido", tomando en consideración las interpretaciones de la Corte IDH (ver: Urrutia 93).

III.11.e. Frente a un acto administrativo irregular desfavorable portador de una infracción

(113) En ese sentido la Corte IDH puntualiza que "el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (Corte IDH, "Petro Urrego", sent. de 08/07/2020, párr. 107; "Urrutia Laubreaux", de 27 de agosto de 2020, párr. 93).

(114) Fallos 316:3157 ("Espacio").

material o formal-material directa de la Constitución convencionalizada al particular se le abre la posibilidad de impugnar en sede judicial a través del amparo (art. 43, CN), siempre que el vicio sea manifiesto.

A la vez, en los supuestos que el acto administrativo irregular de gravamen viola directamente el ámbito de protección de un derecho humano reconocido en la Convención, a la persona humana afectada le asiste la garantía de postular *directamente* una pretensión de amparo en los términos del art. 25 de la CADH. Al respecto cabe recordar que el amparo interamericano previsto en el art. 25 de la CADH está llamado a garantizar la protección de los derechos humanos reconocidos en ese instrumento. Esa garantía jurisdiccional específica de los derechos humanos reconocidos en la CADH está dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). De consiguiente, tiene fuerza normativa, eficacia directa y ostenta vocación de efectividad. Cabe recordar que el art. 25 de la CADH, a diferencia del art. 43, CN, no impone como recaudo de admisibilidad que la ilegitimidad resulte palmaria, visible, manifiesta. Tampoco le impone al actor la carga de demostrar que no existe otro medio judicial más idóneo. Por cierto, la clave de bóveda para interpretar adecuadamente el radio del art. 25 de la CADH se aloja en art. 1.2 de la Convención en cuanto prescribe que para los efectos de esta Convención "persona es todo ser humano". Por ende, extramuros de valladares formales que limitan el acceso a la jurisdicción constitucional-convencional, la garantía del art. 25, CADH, es un instrumento de protección *específico* de los derechos humanos reconocidos en la CADH.

IV. Tercera parte. Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias que nacen del acto administrativo irregular

IV.1. Precisiones iniciales

IV.1.a. El estudio del *régimen de las consecuencias jurídicas del acto irregular* adquiere una importancia singular para la teoría del acto administrativo.

Por este conducto es posible discernir, de manera sistemática, cuáles son los *deberes, encargos* y *límites* que establece el principio de juridicidad frente a un acto administrativo irregular.

De este modo los particulares y la Administración conocen de antemano aquello que la Administración está *obligada a hacer* (v.gr., revocar por sí el acto irregular; o, en su caso, postular la pretensión procesal administrativa declarativa de nulidad del acto irregular estable); lo que tiene *permitido hacer* (v.gr., suspender —con arreglo al art. 12, LNPA—, los efectos de un acto desfavorable; previo a introducir la pretensión anulatoria, la autoridad competente se podrá pronunciar en torno a la ilegalidad de un acto cuya declaración de nulidad será solicitada en sede judicial; modular los efectos temporales de la anulación de acuerdo con la buena o mala fe del particular; sanear el acto regular portador de vicio leve) y aquello otro que tiene *prohibido hacer* (v.gr., extinguir por sí un acto estable; sanear un acto irregular).

Saber de antemano y con precisión **(115)** cómo actuará la Administración frente a sus actos irregulares, brinda previsibilidad y certeza jurídica a la función administrativa y, a la vez, fortalece el Estado constitucional de derecho.

IV.1.b. Como se indicó, el primer problema que debe sortear la teoría de las consecuencias del acto irregular reside, sin duda, en desentrañar el significado del sintagma *acto administrativo irregular*. Esta cuestión la hemos tratado en puntos anteriores, a los que remitimos.

Solo a modo de síntesis, cabe recordar que en el orden federal —como también en la CABA— un acto administrativo es susceptible de ser calificado de irregular cuando presenta discordancia originaria grave o muy grave, con

(115) La CS, en "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires", de 04/09/2018, subrayó que "la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible..." (consid. 7º). Más adelante el alto Tribunal destacó que el art. 19 de la CN exige que "... las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de. precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige" (consid. 9º).

el principio de juridicidad, esto es, cuando se comprueba que al acto le falta alguna de sus piezas indispensables —requisitos o elementos esenciales enumerados en el art. 7º— o cuando alguna de ellas padece un defecto trascendente, importante, de mucha entidad.

La calificación jurídica de acto administrativo irregular —que realiza la propia Administración —según los amplios e imprecisos pliegues del art. 14, LNPA lleva ínsita la comprobación de que, desde su nacimiento, el acto carece de condiciones esenciales de juridicidad, por cuanto exhibe una ilegitimidad o antijuridicidad estructural genética u originaria de tal grado o magnitud que no es susceptible de saneamiento.

IV.1.c. Como ya se indicó, la antijuridicidad genética u originaria determinante de la nulidad absoluta se da a conocer a través de dos supuestos perfectamente diferenciados: (i) vicios (graves) pura o predominantemente administrativos y (ii) vicios de índole constitucional o constitucional-convencional **(116)**.

Hemos visto que en este último supuesto (vicios constitucionales y convencionales) la antijuridicidad estructural *originaria* del acto exhibe tres variables: (ii') infracción estructural formal directa de la Constitución convencionalizada; (ii'') infracción estructural material directa de la constitución convencionalizada; (ii''') infracción estructural formal-material directa de la constitución convencionalizada.

IV.1.d. A partir de la distinción precedente se plantea el siguiente problema: la diferente naturaleza del vicio (meramente administrativo, por un lado; constitucional o convencional, por el otro), ¿se proyecta sobre el régimen de las consecuencias jurídicas del acto irregular? ¿O, por el contrario, todos los actos administrativos irregulares, extramuros de la índole del defecto que lo aqueja, están sujetos a un mismo régimen jurídico?

De antemano sabemos que, de acuerdo con el art. 17, segunda parte, LNPA, ciertos actos favorables, de manera excepcional, están sometidos a un régimen jurídico diferente por cuanto son inalterables en sede administrativa, en función los derechos subjetivos que se están en cumplimiento.

Sin embargo, el problema que introducimos apunta a discernir si la distinta naturaleza de los vicios que afectan al acto irregular se proyecta o no en el régimen de las consecuencias extintivas.

Anticipamos que esta parcela del acto administrativo, como otras, está gobernada por el régimen legal-jurisprudencial labrado durante el período de quiebre institucional. El susodicho sistema de ordenación pervivió en el derecho administrativo desplegado durante el Estado formal de derecho y, con posterioridad a la reforma constitucional, se mantiene casi intacto hasta la actualidad.

Concretamente: a pesar de las evidentes transformaciones que los derechos fundamentales reconocidos en bloque de constitucionalidad producen sobre las distintas parcelas del derecho público, en la actualidad la extinción del acto administrativo por razones de ilegitimidad se mantiene regida, casi en su totalidad, por normas y criterios jurisprudenciales y administrativos labrados según los criterios predominantes en los períodos de ruptura o quiebre institucional.

En efecto: aun cuando se puedan distinguir vicios puramente administrativos, por un lado,

(116) A diferencia de la LNPA, algunas leyes de Iberoamérica insertan en el régimen de la invalidez los vicios constitucionales. Así el art. 47, inc. a de la ley 39/2015, del reino de España, establece que los actos de las Administraciones Públicas "son nulos de pleno derecho" cuando "lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional". El art. 105, inc. 1º, del Código Orgánico Administrativo de Ecuador (2018) considera nulo el acto administrativo que "sea contrario a la Constitución...". A la vez, el art. 103, inc. 1º, dispone que un acto administrativo se extingue por razones de ilegitimidad "cuando se declara su nulidad", considerándose lo válido "mientras no se declare su nulidad" (art. 104, primer párrafo). El art. 10, inc. 1º, de la Ley de Procedimientos Administrativos de Perú incluye expresamente dentro de las causales de nulidad de pleno derecho a "la contravención a la Constitución...". El art. 9º dispone que todo acto se considera válido en tanto su nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional. A la vez, el art. 35, inc. d, de la ley 2341 de Procedimiento Administrativo de Bolivia, sancionada en 2002, determina que son nulos de pleno derecho los actos administrativos los actos que "sean contrarios a la Constitución Política del Estado".

y vicios constitucionales y convencionales, por otro, el régimen legal-jurisprudencial se empecina, por razones de diversa índole, en ignorar esas diferencias.

Basta leer los repertorios de jurisprudencia o de dictámenes para comprobar que, casi mecánicamente, al acto irregular portador de vicios constitucionales o convencionales se le aplica el mismo régimen del acto aquejado por un vicio grave meramente administrativo. De este modo, no solo se desconoce la sustantividad de los vicios constitucionales y convencionales, sino que se pasa por alto la fuerza normativa de la Constitución convencionalizada y la vocación de eficacia de los derechos fundamentales.

IV.2. Consecuencias jurídicas extintivas que derivan del acto irregular

IV.2.a. Clasificación

Frente a un acto administrativo calificado inicialmente de irregular, la LNPA y la jurisprudencia desplegada en torno a ella enlaza *consecuencias* jurídicas de diferente índole.

Una consecuencia jurídica es un hecho o acontecimiento —prescrito por el orden jurídico— que se sigue o resulta de otro evento, también captado por el derecho.

En este plano las consecuencias o efectos jurídicos que emanan de un acto administrativo calificado inicialmente como irregular se las pueden clasificar en:

(i) *consecuencias principales,* dentro de las cuales podemos discernir dos variables:

(i') las *consecuencias principales directas*, y

(i'') las *consecuencias principales indirectas o subsidiarias;*

(ii) *consecuencias secundarias.*

IV.2.b. Consecuencias principales y secundarias. Breve noción conceptual

(i) Son *consecuencias principales* aquellas que, según el principio de juridicidad, guardan inmediata relación con la extinción y cesación definitiva de efectos jurídicos del acto administrativo irregular.

Dentro de estas cabe distinguir:

(i') *consecuencias principales directas*, cuando la *fase decisional* del procedimiento extintivo como la *fase de eficacia* están primariamente a cargo de la Administración (sobre las cuales nos extenderemos más adelante) y

(i'') *consecuencias principales indirectas o subsidiarias,* cuando la *fase decisional* (decisión extintiva) y la fase de eficacia no le corresponde a la Administración sino al poder judicial.

Las consecuencias principales indirectas o subsidiarias operan cuando el acto administrativo sometido a revisión habita en el *área de estabilidad* y deviene *inalterable* en sede administrativa.

En efecto: cuando el acto irregular favorable está alojado en el *área de estabilidad* —v.gr., art. 17 segunda parte, LNPA— adviene la *consecuencia principal indirecta*.

En este supuesto la situación jurídica activa nacida del acto irregular goza de estabilidad y, por ende, el acto administrativo no es susceptible de ser revocado, sustituido o modificado, en perjuicio del particular, en sede administrativa.

Sin embargo, la Administración tiene el *deber* **(117)** de impugnar su propio acto irregular en sede judicial **(118)**.

Si bien la LNPA parece aludir, sin mencionarla, a la acción de lesividad **(119)**, lo cierto es que

(117) En contra, PTN Dictámenes 307:167 (2018).

(118) La PTN, erróneamente, en Dictámenes 307:167, entiende que en tal supuesto la decisión de plantear la nulidad está sometida a la oportunidad mérito o conveniencia de la autoridad competente.

(119) En lo que atañe a la acción de lesividad, la sala II, "Alves, Marisa E. c. EN - Honorable Senado de la Nación s/ empleo público" de 26/12/2019, subraya que "el ejercicio por parte de la Administración de la acción de lesividad —prevista en el art. 17 de la LPA— tienen por finalidad asegurar la intervención judicial en orden al debate y decisión en torno de la invalidez del acto revocado, la legitimidad de su revocación o sustitución y la valoración de las consecuencias de todo ello en la esfera

frente al acto administrativo dotado de estabilidad la intervención judicial puede ser impetrada a través de tres vías distintas: la pretensión procesal administrativa declarativa de nulidad de acto administrativo (tradicionalmente conocida como acción de lesividad); la reconvención, y también a través del acto de resistencia o defensa procesal.

En efecto.

Según se desprende de la jurisprudencia, el planteo de nulidad en sede judicial se podrá encauzar por diferentes vías, según corresponda:

a) Como parte actora, por medio de la pretensión procesal de nulidad de acto administrativo **(120)**, en cuyo caso la Administración podrá postular, simultánea o anticipadamente, la suspensión de los efectos obligatorios del acto administrativo calificado de irregular (conf. art. 16, ley 26.854).

La jurisprudencia vigente **(121)**, en principio, no exige el dictado de un acto previo declarativo de lesividad si quien introduce pretensión anulatoria es la *autoridad competente para revocar* el acto **(122)**. Desde esa atalaya, la susodicha declaración (de lesividad) no se presenta como un recaudo esencial de validez de la actuación procesal de la Administración.

b) Según la jurisprudencia del alto Tribunal la Administración podrá pedir la nulidad de su propio acto irregular por vía de *reconvención,* tal como se desprende de "Furlotti" **(123)** y "Astilleros Mestrina" **(124)**, entre otros.

c) Finalmente, se considera cumplida la finalidad perseguida por el art. 17, i*n fine*, LNPA si en la contestación de la demanda, por vía inversa, la Administración defiende la legitimidad del acto revocatorio **(125)**. En este supuesto, ha señalado la jurisprudencia especializada **(126)**, se garantiza la finalidad querida por el art. 17, *in fine,* LNPA: asegurar la intervención judicial en orden al debate y decisión sobre la invalidez del acto revocado, la legitimidad de su revocación o sustitución y la valoración de las consecuencias de todo ello en la esfera de derechos del administrado.

(ii) Ciertamente del acto administrativo irregular también derivan *consecuencias secundarias*, básicamente contingentes, como v.gr. la responsabilidad patrimonial originada en la emisión de un acto administrativo gravemente ilegítimo**.**

De consiguiente, el estudio sistemático del acto administrativo irregular permite discernir, por un lado, las consecuencias principales, las que a su vez podrán ser directas o normales e indirectas, subsidiarias o anormales; y, por el otro, consecuencias secundarias.

IV.3. Régimen legal-jurisprudencial de las consecuencias jurídicas principales directas que nacen del acto administrativo irregular

IV.3.a. Consecuencias principales. Introducción

La *consecuencia jurídica principal* que el principio de juridicidad le imputa al acto administrativo (calificado de) irregular es la extinción, o remoción del acto. Ello acarrea, como secuela práctica, la invariable cesación definitiva de sus efectos.

---

de derechos del administrado (respecto de quien el acto originariamente inválido generó derechos), asegurando de tal modo un pleno control judicial de la administración a la vez que la tutela integral de las prerrogativas de rango constitucional del particular involucrado".

(120) Fallos 336:2364 ("AFIP -DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo" de 17 de diciembre de 2013).

(121) Fallos 336:2364, consid. 5º ("AFIP -DGI" de 2013).

(122) En sentido diferente al adoptado por el fallo, el dictamen de la Procuración Fiscal —que antecede a la sentencia—, considera que la declaración de lesividad es un presupuesto de la demanda de nulidad de acto cuando quien la postula es la Administración (conf. Dictamen MPF en "AFIP", 2011).

(123) Fallos 314:322 (1991).

(124) CS, "Astilleros Mestrina", 17/09/2010.

(125) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Alves, Marisa E. c. EN - Honorable Senado de la Nación s/ empleo público" de 26/12/2019; sala III, "Pantaleoni de Valitutto, Pierina" de 11/02/2010.

(126) CNFed. Cont. Adm., sala II, "Alves, Marisa E.", de 26/12/2019.

En sede administrativa, la consecuencia principal directa se formaliza a través del modo extintivo formal conocido como *revocación por razones de ilegitimidad*, según el criterio orgánico, o *anulación*, según el criterio material.

Como se indicó el acto administrativo revocatorio —que en tanto acto administrativo debe cumplir los requisitos de validez previstos en el art. 7º de la LNPA— es una *declaración extintiva, emitida por un órgano o ente que desarrolla función administrativa, que produce de manera singular, concreta directa e inmediata la cesación definitiva, total o parcial, de los efectos jurídicos de otro acto administrativo que, en su origen, incumple gravemente los principios y reglas que lo rigen.*

En sede judicial, en cambio, la consecuencia principal se expresa a través de una *sentencia declarativa de nulidad* del acto administrativo o.

En efecto: el régimen legal-jurisprudencial vigente establece expresamente que el acto irregular (sin distinciones según el contenido favorable o desfavorable de su objeto) "debe" ser revocado (anulado) aun "en sede administrativa" (art. 17, primera parte, LNPA). Por ende, de presentarse el supuesto de hecho previsto en la norma (acto administrativo afectado de un vicio determinante de nulidad absoluta, según lo expresa el art. 17, primera parte, LNPA) la juridicidad impone, con carácter *obligatorio*, la *expulsión* del mundo jurídico del acto irregular y su consiguiente *ineficacia definitiva*.

IV.3.b. La anulación del acto irregular, esto es la formalización del retiro del acto irregular, es un mandato jurídico *predeterminado establecido* en el art. 17, primera parte, de la LNPA. El susodicho *mandato extintivo* es un *deber* que el principio de juridicidad le impone a los órganos o entes que despliegan la función administrativa como también para el poder judicial, en los casos que la Administración tenga vedado actuar por sí y ante sí el deber extintivo.

Sin embargo, como se verá, la ley establece que la facultad para disponer el retiro del acto irregular corresponde *primariamente* a la Administración.

En estos términos, frente al acto calificado de irregular, la emisión del acto revocatorio es un *deber reglado*.

En los precisos términos del art. 17, primera parte, de la LNPA, de presentarse el supuesto de hecho abstractamente consagrado en esa previsión normativa, la Administración no tiene opción entre actuar o no. Tiene el *deber* de ejercer la potestad anulatoria expresamente otorgada por la ley y, en el marco de sus competencias, está obligada a retirar del mundo jurídico el acto irregular.

Naturalmente, frente a un acto irregular la Administración tiene absolutamente prohibido extinguir ese acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. De darse ese supuesto —revocación de un acto irregular fundado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia— el acto extintivo será, a la vez irregular, puesto que padecerá vicios determinantes de nulidad absoluta en la causa y el objeto.

El efectivo ejercicio de la susodicha potestad tiene *límites*, sustanciales y formales previstos, en la ley y, antes que, en ella, en la Constitución.

IV.3.c. El art. 17, primera parte, de la LNPA, en cuanto le impone a la Administración el deber ejercer la potestad anulatoria, está en línea con otros ordenamientos latinoamericanos y europeos.

En España, los arts. 106.1, de la ley 39/2015, y el art. 102.1, de la derogada ley 30/1992, modificada por la ley 4/1999, establecen que frente al acto nulo las Administraciones públicas "*declararán* de oficio la nulidad".

El texto actual de la ley española (art. 106.1, ley 39/2015) difiere, en cambio, del art. 109 de la ley de 1958 modificada en 1963— fuente de nuestra LNPA— en cuanto establecía que la Administración "podrá" declarar la nulidad de los actos enumerados en el art. 47.1, esto es los actos nulos.

En Brasil, la ley Reguladora del Proceso Administrativo dispone que la Administración "debe" anular sus propios actos que padezcan vicio de legalidad (art. 53).

El art. 6º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México (según la reforma de 2012) establece que la omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos en fracciones I a X de esa ley "producirá" la nulidad del acto administrativo la cual "será" declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido salvo que el acto administrativo provenga del titular de una dependencia en cuyo caso la nulidad será declarada por este.

En Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establecía que el acto administrativo *deberá* ser extinguido por los propios órganos de la Administración cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, esto es, cuando se verifique que el acto es *nulo de pleno derecho* (conf. art. 94).

El art. 106 del Código Orgánico Administrativo de Ecuador, actualizado a 2018, dispone: "Declaración de nulidad. Las administraciones públicas *anularán* de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión".

El art. 83 de la LOPA venezolana establece que la Administración *podrá* en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella. Esta previsión normativa sigue a la ley española de 1958.

Un temperamento similar se presenta el art. 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú. Aquí se establece que frente casos de nulidad de pleno derecho la Administración *puede* declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

El art. 48.1 de la Ley de Procedimientos Administrativos alemana, establece que "un acto administrativo ilegal, incluso después de ser firme, *puede* ser anulado enteramente o en alguna de sus partes con efectos retroactivos o futuros. Un acto administrativo que concede o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante solo puede ser anulado con las limitaciones impuestas en los párrs. 2º a 4º de este artículo".

IV.3.d. La calificación de irregular acarrea como *consecuencia principal directa* el deber jurídico, impuesto a la Administración, de revocar el acto gravemente ilegítimo.

Como se indicó el acto administrativo revocatorio es el dispositivo técnico una declaración extintiva, emitida por un órgano o ente que desarrolla función administrativa, que produce de manera singular, concreta, directa e inmediata la cesación definitiva, total o parcial, de los efectos jurídicos de otro acto administrativo que, en su origen, incumple gravemente los principios y reglas que lo rigen.

El retiro del acto es la secuela sancionatoria establecida por la ley en los supuestos de revocación por ilegitimidad. Esta consecuencia principal directa es una derivación secuencial del sometimiento de la función administrativa al principio de juridicidad.

Al respecto la jurisprudencia del Alto Tribunal enfatiza que la potestad de la Administración de "enmendar" sus actos emitidos de manera "irregular" *es el correlato "necesario" del principio de legalidad* **(127)**.

La revocación del acto irregular (anulación) comporta la *cesación definitiva de sus efectos jurídicos*.

La cesación definitiva de los efectos del acto irregular, en principio, tiene carácter retroactivo (*ex tunc*). En estos supuestos la eficacia retroactiva del acto anulatorio se funda en el carácter genético u originario del vicio.

Sin embargo, en determinadas situaciones (v.gr., buena fe del particular destinatario del acto irregular favorable, protección de las legítimas expectativas de continuidad de la relación jusadministrativa) los efectos se podrán proyectar solo hacia el futuro *(ex nunc)*.

Por cierto, mientras el acto revocatorio del acto irregular concierne a la *fase decisional* del procedimiento extintivo, la cesación definitiva de sus efectos atañe, en cambio, a la *fase de eficacia*.

(127) Fallos 316:3157 ("Espacio", 1993).

IV.3.e. Como vimos, la primera parte del art. 17, LNPA establece que el acto administrativo irregular "debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa".

La norma pretranscrita plantea una cuestión de relevancia práctica indudable: si el mandato anulatorio se extiende para todo acto administrativo irregular o si, en cambio, el deber de ejercer la potestad revocatoria por ilegitimidad comprende solamente al acto administrativo desfavorable.

El problema, sencillamente formulado, es el siguiente: el deber de revocar el acto administrativo irregular establecido en el art. 17, primera parte, LNPA, ¿alcanza a todo acto administrativo irregular? ¿O solo quedan comprendidos los actos de gravamen o desfavorables, mas no los favorables?

Desde la gramaticalidad de la ley la respuesta es categórica: el acto administrativo irregular "debe ser revocado" por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. El art. 17, primera parte, de la LNPA no distingue entre actos irregulares favorables y actos irregulares desfavorables.

Lo determinante, lo que define la aplicación del mandato anulatorio, según la previsión legal indicada, es la calificación de irregular.

La jurisprudencia, con sus múltiples pronunciamientos, respalda este miraje **(128)**.

La contundencia del mandato legal asume, a priori, como presupuesto —o más bien como dogma— que la revocación del acto irregular restablece el imperio de la juridicidad comprometido por aquel. La plataforma fáctica del caso "Kek" **(129)**, por solo citar un precedente conocido, pone en duda el susodicho mito.

La Corte federal, sin mayores distingos sobre el carácter favorable o desfavorable del acto, sostiene —con fundamento en el texto del art. 17, LNPA— que el deber de revocación del acto irregular es el *principio general*.

Sin embargo, el mismo art. 17 segunda parte consagra una excepción. Expresa la norma que si el acto estuviere firme y consentido y "hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo" solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

El carácter excepcional de la situación regulada en el art. 17.2, LNPA se afianza con la interpretación realizada por la CS en Almagro.Por cierto, esta limitación al retiro del acto irregular en sede administrativa no impide que la Administración solicite por ante los tribunales en lo contencioso-administrativo la nulidad del acto. En puridad, el principio de juridicidad obliga a la Administración a pedir la declaración judicial de nulidad **(130)**.

Sin embargo, existe un segundo supuesto de acto irregular estable. Me refiero al acto cuyo objeto concretiza la satisfacción de un derecho fundamental indisponible. Fundamentan esta categoría la fuerza normativa de la Constitución; el art. 2.2 de la ley 26.854 y el art. 9º, inc. p, de la ley 27.328.

IV.4. Continuación. Consecuencias jurídicas principales directas e indirectas del acto irregular en la jurisprudencia de la CS

IV.4.a. La extinción del acto administrativo por razones de ilegitimidad en el período legal-jurisprudencial

Superada la etapa jurisprudencial, el régimen extintivo del acto administrativo ingresa en lo que denominamos el período legal-jurisprudencial.

Desde el *vértice constitucional*, el régimen legal-jurisprudencial atraviesa tres momentos.

El primero se inicia con la irrupción del dec.-ley 19.549/1972, denominado Ley Nacional de Procedimientos Administrativo (LNPA). Este cuerpo normativo, en lo que atañe a nuestro ob-

(128) CS, "Astilleros Mestrina", 17/09/2010, consid. 11 y sus citas (Fallos 304:898; 305:2170; 314:322); Fallos 310:870 (Olivera), entre otros.

(129) Fallos 338:212.

(130) En contra, PTN Dictámenes 307:167 (2018).

jeto de estudio, se mantiene casi intacto **(131)** desde su entrada en vigor hasta la fecha.

Durante la etapa de discontinuidad institucional, la interpretación técnica del tít. III de la LNPA —en el que se inserta el sistema extintivo del acto administrativo—se realizó con arreglo a los criterios imperantes en el régimen de facto.

Solapado bajo la idea del restablecimiento sin dilaciones de la juridicidad, la jurisprudencia labrada durante el régimen de facto —juntamente con la doctrina autoral que visible o encubiertamente le brindó respaldo—, exhibe una clara inclinación hermenéutica por hacer prevalecer productos normativos carente de legitimación democrática y de respeto por el contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas.

La tendencia a la *hipertrofia de la prerrogativa*, sello característico de las construcciones jusadministrativas del período dictatorial, se expresa con nitidez en las interpretaciones expansivas del poder revocatorio realizada por la jurisprudencia y la doctrina autoral afín al régimen.

Con posterioridad al 10 de diciembre de 1983, bajo el Estado de derecho, la LNPA fue aplicada por autoridades públicas dotadas de legitimación democrática.

Durante esta segunda etapa, solo alguna sentencia solitaria mostró renuencia a la dogmática c desarrollada durante la etapa de quiebre institucional. Me refiero, concretamente, al pronunciamiento dictado por la CS en "Budano" **(132)**.

Lo concreto es que a comienzos de los noventa la Corte ampliada, en "Furlotti" **(133)**, de 1991, otorgó carta de naturaleza a la interpretación del régimen extintivo realizada por los jueces del Proceso en "Rodríguez Blanco de Serrao" **(134)**, de 1982.

La doctrina plasmada por el Alto Tribunal en los consids. 6º, 7º y 10 de "Furlotti", que como se dijo, es tributaria de la doctrina sentada por la Corte del gobierno de facto en el caso "Rodríguez Blanco de Serrao", se profundizada años más tarde en "Almagro" **(135)**, hasta extender su vigencia hasta la actualidad [v.gr. consid. 16, de "Talleres Navales Dársena Norte" **(136)**, de 2018].

El tercer momento del régimen legal-jurisprudencial comienza con la reforma constitucional, hace más veinticinco años.

El nuevo texto de la Norma Fundamental hacía suponer que todas las autoridades públicas, cualquiera sea el tipo de función que ellas desarrollaran, habrían de armonizar los productos formales y materiales que emanan del ejercicio de sus funciones estatales con los valores y principios de la Constitución Nacional reformada en 1994.

Sin embargo, en lo que concierne a la interpretación y aplicación del régimen de la extinción del acto administrativo —consagrado en el dec.-ley 19.549— no existieron mayores variaciones. Durante este período el régimen normativo, la doctrina jurisprudencial y los asesoramientos administrativa de los órganos especializados, —como la PTN— no expresan adecuadamente el techo normativo e ideológico de la Constitución Nacional convencionalizada. Quizás lo más evidente reside en la clara y progresiva vocación limitativa de una de las columnas constitucionales del acto administrativo, la estabilidad.

De ordinario, un sector de la doctrina considera plausible que el soporte formal y material en el que se afinca esta parcela de la teoría del

(131) Con respecto a nuestra unidad de observación, el dec.-ley 21.686, de 1977, modificó la última parte del art. 17. Sobre esta cuestión nos referiremos a continuación. A la vez el decreto delegado 1023/2001 modificó el último párrafo del art. 7º. De este modo la susodicha previsión normativa estableció que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del título tercero de la LNPA, reguladora de los actos administrativos.

(132) Fallos 310:1045.

(133) Fallos 314: 323 (1991).

(134) Fallos 304: 904 (1982).

(135) Fallos 321:169 ("Almagro", consid. 5º).

(136) Fallos 341:1679.

acto administrativo haya quedado consolidado según una doctrina construida bajo el régimen de facto hace ya cincuenta años.

Al respecto pensamos que nada tiene de reconfortante la consolidación de una doctrina labrada por jueces y doctrina autoral que, respectivamente, fallaron y escribieron, extramuros del Estado de derecho y de sus principios basilares.

La consolidación de la susodicha doctrina es el reflejo del estancamiento del derecho administrativo, que parece reacio a internalizar la nueva juridicidad que reingresa a través de la Constitución Nacional convencionalizada.

El régimen de la extinción del acto administrativo necesariamente debe ser dinámico y pragmático, pero sobre todo debe respetar y proteger los valores y principios que sustentan el Estado constitucional social de derecho, esto es el interés público entendido como savia que recorre a la función administrativa y se anuda con el deber de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Los problemas que nacen de las nuevas realidades y conflictos sociales; de los nuevos esquemas normativos de ordenación; de la fuerte vocación de efectividad y operatividad directa de los derechos fundamentales de defensa, participación o protección; de la captación de los valores y principios preestatales ínsitos en la Constitución convencionalizada, nos impiden sostener que estamos frente a un sistema cristalizado y consolidado. De ser así, estaremos frente un sistema visiblemente anticonstitucional.

IV.4.a.i. La extinción del acto irregular en el régimen legal jurisprudencial labrado durante la etapa de quiebre institucional

Durante el régimen *de facto* los jueces de la CS —designados sin cumplir el procedimiento previsto por la Constitución Nacional— conocieron y resolvieron diferentes casos en los que se interpretó y aplicó el art. 17 del dec.-ley 19.549.

Centraremos la atención en un fallo paradigmático, "Rodríguez Blanco de Serrao" (1982). En este pronunciamiento se examinó la legitimidad del ejercicio de la potestad revocatoria del acto administrativo.

Por cierto, no se puede perder de vista que el *núcleo del conflicto* reside en determinar cuál es la *medida* de la potestad anulatoria (esto es, la competencia) para revisar y retirar un acto (calificado por la Administración de) *irregular* cuyo objeto resulta *favorable* a los intereses del destinatario.

Sin lugar a duda, en los *actos favorables*, calificados por la Administración de irregulares, se pone a prueba el equilibrio del sistema extintivo, su compatibilidad con los valores y principios constitucionales. En este punto, la doctrina labrada en "Rodríguez Blanco de Serrao", por su gravitación dogmática, merece particular atención.

- El caso "Rodríguez Blanco de Serrao" **(137)**

(i) *Antecedentes fácticos*

En su condición de viuda del extinto comisario general Luis C. A. Serrao, la Sra. Calixta Rodríguez Blanco solicitó la correspondiente pensión.

Inicialmente, la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal denegó el beneficio de pensión. Para adoptar esa decisión la Caja desconoció toda validez a las segundas nupcias contraídas con el causante en el extranjero, subsistente el vínculo que la unía a su primer marido.

Posteriormente se solicitó el dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior y de la Procuración del Tesoro. Ambos organismos se pronunciaron a favor de la procedencia del reclamo de la actora con fundamento en la doctrina de Fallos 291:527.

Con respaldo en el dictamen del procurador del Tesoro y en la doctrina del fallo citado (Fallos 291:527), el 5.12.1975 se dictó la resolución MI 437/1975. Mediante este acto se acordó la pensión solicitada.

La beneficiaria se notificó del acto que otorgó la pensión el 25/02/1976.

(137) Fallos 304:898.

El 10/06/1976 la Caja elevó nuevamente las actuaciones al Ministerio del Interior, a efectos de solicitar la revocación o anulación de la medida.

De conformidad con el nuevo dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, se dictó la resolución MI 1736, de 21/12/1976 por conducto de la cual se dispuso la revocación de la anterior (nro. 437/1975) "por ser nula de nulidad absoluta e insanable", aprobándose la decisión del Directorio de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, del 26/09/1974 en la que se había denegado la pensión.

La interesada dedujo recurso jerárquico que fue desestimado por el dec. PEN 211, del 19/12/1978.

Contra ese acto la afectada interpuso recurso por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La Cámara confirmó el acto revocatorio impugnado. Sostuvo que el acto que otorgó el beneficio (resolución 437/1975) viola la ley aplicable y acarrea la nulidad absoluta en los términos del art. 14, ley 19.549. En ese orden, la alzada consideró que, de acuerdo con el art. 17, LNPA, el acto revocatorio resultó legítimo.

Contra esa decisión la actora interpuso recurso extraordinario.

(ii) *El dictamen de la Procuración General*

En su dictamen el Procurador General sostuvo que la situación de la apelante tiene cabida en el supuesto del art. 18, párr. 1º, ley 19.549. De consiguiente, consideró que se estaba frente a un acto administrativo regular estable.

Para arribar a esa conclusión el dictamen se tuvo en cuenta lo siguiente: (a) la res. 437/1975, no carece de regularidad extrínseca, en cuanto aparecen allí cumplidos los requisitos de forma y competencia; (b) medió el previo asesoramiento jurídico del órgano asesor del Ministerio y de la Procuración del Tesoro; sus respectivos dictámenes fueron favorables; (c) los susodichos dictámenes, favorables al otorgamiento del beneficio, invocaron la doctrina sentada por la Corte en Fallos 291:527; (d) este precedente no era un pronunciamiento aislado del Tribunal puesto que así se había expedido en otros casos análogos; (e) la invocación de lo establecido en Fallos 291:527 como fundamento en los considerandos de la res. 437/1975, pone a esta a resguardo de la atribución de haberse incurrido en un grave error de derecho.

En tales condiciones el dictamen de la Procuración General concluye que en el caso proyectan toda su virtualidad los principios de la Corte acerca de la estabilidad de los actos administrativos; por ende, la Administración no pudo válidamente dejar sin efecto la resolución anterior por la que se concedía a la actora el beneficio por ella solicitado.

Concluyó que correspondía revocar el fallo apelado y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que dicte uno nuevo conforme a derecho.

(iii) *La sentencia dictada por la Corte Suprema designada por el régimen de facto. Justificación interna de la decisión.*

A su turno, la Corte del régimen de facto resolvió confirmar la sentencia de la alzada. El Tribunal adoptó la línea del fallo de Cámara y, correlativamente, descartó las observaciones obrantes en el dictamen del Procurador General.

El voto de la mayoría enfocó los hechos como un supuesto de violación de la ley aplicable. Puntualizó que la resolución otorgante de la pensión incurría en inobservancia del art. 88, inc. 1º, del dec.-ley 333/1958, por cuanto se reconoció el derecho a pensión de un cónyuge supérstite del segundo matrimonio contraído en el extranjero en fraude a la ley argentina.

Al respecto puntualizó que, de acuerdo con la ley 2393, el matrimonio válido no se disuelve sino por muerte de uno de los esposos. Este es un impedimento no dispensable mientras subsiste. Su disolución por otras causas no autoriza a ninguno de los cónyuges a contraer nuevas nupcias. Tal circunstancia determina la nulidad absoluta prevista en el art. 14, inc. b, de la LNPA. Finalmente, consideró que la cuestión encuadra en el art. 17 de la LNPA (en su redacción original).

Señaló que supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que se presente la excepción prevista en el art. 17, segunda parte.

En lo relativo a los límites a la facultad revocatoria en sede administrativa cuando "el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento", el Tribunal ponderó que luego del dictado de la resolución MI 437/1975, la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal no prosiguió los trámites necesarios para el cumplimiento de la medida —practicando el respectivo cómputo y emitiendo la resolución que autorizara el pago— sino que, por el contrario, requirió dictamen de la Comisión de Interpretación, quien propuso suspender la ejecución del acto, lo que motivó la consulta al Tribunal de Cuentas de la Nación y la posterior elevación de las actuaciones a aquel Ministerio solicitando se revocara o anulara el acto por su ilegitimidad.

El fallo subraya que, el art. 17, segunda parte, de la LNPA (en su versión original) requiere que las prestaciones "estuvieren en vía de cumplimiento". Según la interpretación que realiza la Corte este extremo no concurría en el caso: la interesada solo reclamó que se practicara la liquidación del beneficio en una oportunidad, otorgando a tal efecto un plazo de cinco días y formulando "expresa reserva de articular ante los organismos jurisdiccionales competentes los recursos que la ley prevé" para casos de retardo en el cumplimiento de beneficios otorgados, sin que luego efectivizara los remedios anunciados.

El fallo enfatizó que la suspensión acordada no puede estimarse exenta de sustento a la luz de la facultad acordada por el art. 12, párr. 2º, ley 19.549.

Finalmente concluye: el acto se hallaba viciado de nulidad absoluta e insanable por violación de la ley aplicable (art. 14, inc. b, ley 19.549) y pudo legítimamente ser revocado en sede administrativa (art. 17) toda vez que no se hallaba aún en vías de cumplimiento.

La minoría, en cambio, compartió los argumentos y conclusiones del dictamen de la Procuración General. En esa inteligencia, sostuvo que la sentencia apelada debía ser revocada.

(iv) *La interpretación del art. 17 de la LNPA. Justificación externa.*

La justificación extrínseca de la decisión dictada por la Corte del régimen de facto en "Rodríguez Blanco de Serrao" aparece, con toda evidencia, en los consids. 5º y 7º del voto de la mayoría.

En efecto.

Dijo el Tribunal, en el consid. 5º: "que supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el considerando anterior (se refiere al art. 17, *in fine*, LNPA). Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de CS, Fallos: 250:491, consid. 6º y sus citas; 302:545)".

El voto de la mayoría subraya luego, en el consid. 7º, que "la limitación impuesta por el art. 17 *in fine*, de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter estricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente...".

En la práctica la interpretación del art. 17 de la LNPA realizada en considerandos pretranscriptos, en la práctica, pervive sin variaciones relevantes ni fisuras **(138)** hasta la fecha.

(138) Recién en "Kek" (2015) el Alto Tribunal federal realizó una modulación al afirmar que, en lo que atañe

Como se señaló, el voto de la minoría remite a los fundamentos del dictamen de la Procuración General.

(v) *Los criterios rectores del fallo*

Las directrices básicas que se extraen del pronunciamiento dictado por la Corte del régimen de facto en "Rodríguez Blanco de Serrao" son las siguientes:

- El acto administrativo es irregular cuando conlleva "un vicio que determina su nulidad absoluta".

- Frente al acto administrativo que se supone *irregular* el *principio general* —consagrado en la primera parte del art. 17, LNPA— obliga a la Administración a ejercer la *potestad revocatoria*. Cabe aclarar, sin embargo, que para discernir el significado de la locución *irregular* la sentencia acude a la doctrina de Fallos 250:491 **(139)** ("Cáceres Cowan") y no a la de Fallos 293:133 **(140)** ("Pustelnik").

- El ejercicio de potestad revocatoria frente al acto que se supone irregular, se justifica, desde la perspectiva teleológica, "en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad" comprometida por un acto afectado de nulidad absoluta.

- Un acto afectado de nulidad absoluta (acto administrativo irregular) "no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares" frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad.

- El acto irregular *carece de la estabilidad propia de los actos regulares*.

- La limitación impuesta por el art. 17, *in fine,* de la LNPA **(141)** constituye una "excepción".

- La susodicha excepción, agrega el Tribunal, debe ser interpretada con carácter "estricto" toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente.

Finalmente es necesario no perder de vista que el Tribunal dedicó un espacio considerable para demostrar que, si bien el acto que otorgó la pensión había dado nacimiento a derechos subjetivos a favor del interesado, estos no estaban en cumplimiento. Por ende, la situación encuadraba en el art. 17 primer párrafo, y resultaba inaplicable la denominada excepción establecida en el art. 17, segunda parte, LNPA.

(vi) *Cuestiones que plantea la interpretación jurisprudencial realiza por la CS durante el régimen de facto*

(a) La valoración de la magnitud de los vicios y la correlativa calificación jurídica del acto

El primer problema del fallo atañe a su justificación interna. Concierne a la validez de las premisas que sustentan la conclusión favorable a la legitimidad del acto revocatorio

En efecto.

Desde sus albores, el régimen legal-jurisprudencial de la extinción por ilegitimidad gira, de manera primordial, en torno a la *díada* acto re-

al acto favorable, el principio es la estabilidad y no el de restablecer la legalidad. En el caso se juzgaba la validez de los nombramientos de agentes que venían prestando servicio en un municipio desde hacía varios años.

(139) Dijo la CS en el consid. 5º de Fallos 250:491 ("Cáceres Cowan"): "se ha entendido también que el acto administrativo es irregular cuando contraría la solución legal que corresponde para el caso. Se trata de los supuestos en que el acto administrativo incurre en error grave de derecho, porque el apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable en cuanto a su interpretación, linda con la incompetencia".

(140) En "Pustelnik" se consideró acto irregular al que "luce manifiestamente un grave error de derecho que supera lo meramente opinable". Ese acto, agrega el Tribunal, ha de ser calificado como "acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene" (énfasis agregado) (conf. Fallos 293:133, "Pustelnik, consid. 5º).

(141) En la redacción originaria, el art. 17, segunda parte de la LNPA establecía: "... No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad". La modificación impuesta por el dec.-ley 21.686, hasta hoy vigente, reza: "... No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

gular-acto irregular (arts. 17 y 18, LNPA). Esta clasificación, a la vez, es tributaria del régimen de la invalidez (arts. 14 a 16, LNPA).

Discernir correctamente si el acto administrativo sujeto a revisión es regular o irregular— por estar "afectado de nulidad"—, es la clave de bóveda del sistema.

En el caso, basta pues un examen comparativo de los votos de la mayoría y minoría para comprobar que la suerte del acto otorgante de la pensión por viudedad de la Sra. Calixta Rodríguez Blanco de Serrao dependió de la calificación jurídica discernida al acto que concedió el beneficio. A la vez, profundizando en los hechos, no se observa que existan certezas ni convicciones uniformes y pacíficas en torno a la índole del acto sujeto a revisión. En el seno de la Administración como en el propio tribunal las posiciones eran bien diferentes. Ello revela que la enfática y categórica doctrina construida por la CS del régimen de facto en "Rodríguez Blanco de Serrao" responde en verdad a un caso dudoso. En la duda la mayoría de los jueces de la CS del régimen de facto, no eligieron el camino del principio *pro persona*, sino el de un supuesto *restablecimiento represivo de dudosa juridicidad* —recuérdese que el beneficio se sustentó en una sentencia de la Corte federal dictada bajo un gobierno *de jure*— que arrastró a la peticionaria a una situación de desamparo y privación de los beneficios de la seguridad social.

Como señaláramos en otro lugar, la *textura abierta* del art. 14, inc. b **(142)**, de la LNPA, le brinda al intérprete un margen de apreciación amplio para determinar si existe o no un vicio y, por, sobre todo, para ponderar el grado o intensidad del defecto.

Ese amplísimo poder de apreciación que el legislador de facto le otorga a la Administración en el art. 14 de LNPA, también lo tienen los tribunales judiciales al momento de revisar la juridicidad de los actos administrativos sometidos a su conocimiento.

Semejante amplitud produce situaciones de incertidumbre que muchas veces conspiran la seguridad jurídica. El fallo dictado en "Rodríguez Blanco de Serrao" **(143)** es un claro ejemplo. También lo es "Kek" **(144)**. La ausencia de estándares objetivos precisos que permitan una delimitación previsible del acto nulo [tal como ocurre, v.gr., con los arts. 47.1 **(145)** y 48.1, de la ley 39/15 de España —u ocurría incluso con el parco art. 47.1 de la ley de 1958 **(146)**, una de las fuentes declaradas de nuestra ley nacional— o como sucede en algunas leyes provinciales, como por ejemplo las de Mendoza **(147)**, Salta **(148)**, Neuquén **(149)**] y disminuyan el amplio margen de apreciación conferido por el art. 14 de la LNPA a la autoridad administrativa,

(142) Art 14.— El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos:... b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

(143) Fallos 304:898.

(144) Fallos 338:212.

(145) El art. 47 de la ley 39/2015 prescribe: Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

(146) El art. 47 de la Ley de Procedimientos Administrativos española de 1958 establecía: 1. Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente. b) Aquellos cuyos contenidos sea imposible o sean constitutivos de delito. c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

(147) Ley 9003, tít. III, caps. I a III

(148) Ley 5348, tít. III, caps. I a III.

(149) Ley 1284, arts. 66, 67 y 68.

es uno de los problemas más graves que enfrenta el régimen jurídico del acto administrativo en ámbito nacional. Esta deuda, a pesar de las décadas transcurridas, pervive hasta hoy.

En la especie, el voto de la mayoría asume que el acto que otorgó la pensión es *irregular* (consid. 5º, primera parte). Luego, a través de los consids. 9º a 14, se explicitan las razones que fundamentan esa calificación.

A despecho de los fundamentos desarrollados por los asesoramientos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), el Tribunal de Cuentas —para quien la resolución que otorgó la pensión no denotaba la existencia de vicios manifiestos que la descalificasen— y en desacuerdo con el dictamen del Procurador General, el voto de la mayoría optó por presentar y acomodar los antecedentes fácticos y jurídicos desde el prisma respaldatorio al ejercicio de la potestad revocatoria.

El Tribunal ignoró que el acto favorable enjuiciado —a la postre revisado y anulado en sede administrativa— guardaba aplicaba la doctrina de Fallos 291:527.

Tampoco se valoraron las consecuencias que el fallo habría de producir sobre la actora al privarla de un beneficio de la seguridad social tendente hacer frente a la contingencia de fallecimiento.

El voto de la mayoría exhibe elementos para considerar que la resolución de la Caja otorgante del beneficio era susceptible de ser calificado como acto regular, al cual le resultaba aplicable el régimen del art. 18, primer párrafo, de la LNPA y no el art. 17, primera parte, LNPA, como lo sostuvo el voto de la minoría al compartir el dictamen de la Procuración General. Sin embargo, frente a la difuminada tensión entre la garantía y la potestad la mayoría del tribunal del régimen facto optó por validar el ejercicio represivo de la prerrogativa administrativa.

Allende del principio *in dubio pro persona* —tan ajeno como extraño a las convicciones de régimen de facto que se instaló en la república Argentina desde mediados de los setenta hasta el primer tercio de la década del ochenta— los magistrados de la CS designados extramuros de la Constitución, desarrollaron argumentos tendentes legitimar el ejercicio de la potestad revocatoria, aun cuando ello les significara ir a contramano de la doctrina jurisprudencial sentada por alto tribunal poco tiempo antes, en Fallos 291:527, bajo el Estado de derecho.

(b) La segunda cuestión atañe a la indiferenciación entre acto irregular favorable y acto irregular desfavorable.

Concretamente, el régimen legal-jurisprudencial establece un régimen jurídico de extinción idéntico para actos desfavorables y favorables. Solo hace una distinción con respecto al acto firme y consentido que generó derechos subjetivos que estuviesen en cumplimiento. Sin embargo, la estabilidad que pueda adquirir este acto, según lo subraya la jurisprudencia del régimen de facto —con claro respaldo en la doctrina autoral afín—, se la debe interpretar de manera restrictiva.

Poder y más poder.

Al poder de la fuerza que interrumpió el orden institucional y el sistema democrático, la ley de procedimientos le concede a la autoridad de facto un *amplio margen de apreciación* para discernir la legitimidad de actos (art. 14) y un también amplio poder de eliminación no solo de sus actos de gravamen sino también de actos favorables (art. 17), sin distinguir la naturaleza del derecho declarado, reconocido o creado por la declaración; las necesidades que la prestación está llamada a satisfacer, ni la buena o mala fe del destinatario del acto favorable. A la vez, los actos irregulares favorables a los que la ley les reconoce estabilidad son considerados una mera *excepción* que debe ser interpretada de manera *restrictiva*.

Como se verá todo este esquema tendente a la concentración del poder fue recibido, sin beneficio de inventario, por las autoridades legítimamente constituidas durante los gobiernos de jure. Es más, a la luz de algunas sentencias ese poder se ha acrecentado.

Ciertamente la interpretación de la CS no solo no distingue entre acto irregular favorable y desfavorable, sino que, dentro de los primeros

tampoco discierne entre acto que genera un derecho fundamental indisponible, que atañe a la satisfacción de necesidades vitales de la persona— de aquellos que no lo son.

(c) La tercera cuestión concierne al fundamento teleológico que, según la enfatizan los jueces del régimen de facto, inspira el ejercicio de la potestad anulatoria.

Como se indicó, en "Rodríguez Blanco de Serrao" la Corte justifica externamente el ejercicio del poder revocatorio de un acto *favorable* (calificado de) irregular en *la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad.*

Ahora bien, ¿qué entendieron los jueces del régimen de facto —que, además de haber sido designados sin cumplir los procedimientos previos que establece la Constitución desconocieron su supremacía— por "juridicidad" ?

Extramuros del Estado de derecho, sin supremacía de la Constitución, sin ley que sea producto de la voluntad general, sin separación de poderes, con autoridades carentes de legitimación democrática directa o indirecta, sin respeto a los derechos humanos, ¿qué "juridicidad" está en condiciones de restablecer esa Administración mediante el acto revocatorio?

Fundamentar el ejercicio de la potestad anulatoria en la "necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad", en la doctrina de los jueces de facto, es un *paralogismo* que seguramente supo agradar, entonces, como ahora, el oído de los administrativistas que construyen doctrinas prescindentes de la Constitución y los derechos humanos.

Sin embargo, en el contexto en que fue utilizado ese sintagma carece del contenido jurídico y axiológico que se le asigna.

La juridicidad a la que alude el Tribunal del régimen de facto es meramente formal, fatalmente escindida de la dignidad de la persona humana, del Estado de derecho y del principio democrático **(150)**.

Es un contrasentido lógico, que conspira contra el principio de no contradicción, predicar que la Administración está llamada a restablecer por sí la juridicidad cuando estaban suprimidos los derechos y garantías fundamentales.

En el régimen de facto el significante "restablecer la juridicidad" no tiene otro sentido que no sea el de *afianzar la prerrogativa a como dé lugar*, preservar el poder represivo y consolidar un (aparente) orden, carente de bases democráticas, ajeno a toda idea de bien común sustentada en el respeto y protección de los derechos humanos fundamentales.

De modo paradojal, la finalidad de restablecer la juridicidad, en el mensaje que el régimen de facto brindada por conducto de su Corte federal no es otra cosa que preservar la antijuridicidad estructural de un derecho administrativo construido extramuros del Estado de derecho.

Como ya señalamos, *sin Estado de derecho, sin Estado constitucional de derecho, no hay, ni podría haber, derecho administrativo*.

Aquel es el presupuesto de este.

Por ende, la idea de juridicidad a la cual se refiere la Corte del régimen de facto se presenta como un mero artificio formal tendente a asegurar un sistema de poder que prescinde de la persona humana, desconoce los derechos que le son inherentes, ignora los mandatos de la voluntad general y hostiga la participación popular.

No olvidemos que esa juridicidad que dogmáticamente se pretende restablecer es genéticamente inconstitucional toda vez que subordina la supremacía y vigencia de la Constitución Nacional al Estatuto impuesto por la fuerza.

La fórmula abstracta restablecer "sin dilaciones" la juridicidad ¿prevalece también en los supuestos en que el acto concierne de modo

(150) Por cierto, rechazamos de plano la posición de un sector de la doctrina administrativista en cuanto sostiene que "la gravitación de ciertas circunstancias históricas puede hacer tolerable la admisión temporaria de una relativización de la exigencia de legitimidad democrática del Estado —y consecuentemente de su estructura normativa—..." (conf. COMADIRA, Julio R., "La anulación de oficio del acto administrativo", 1998, 2ª ed., p. 44).Esta afirmación es constitucionalmente inaceptable en tanto resulta ostensiblemente incompatible con los arts. 1º y 36 de la CN.

directo al contenido esencial de un derecho fundamental? ¿Acaso el principio de seguridad jurídica no tiene relevancia? ¿Qué sucede con los derechos adquiridos de buena fe por el particular? Basta confrontar esta doctrina sin matices de la CS con el art. 48 de la Ley de Procedimientos alemana o la doctrina francesa labrada en el *arret* Dme. Cachet, de 1922 y Ternon, de 2001, para comprobar que esta parcela de la teoría del acto administrativo es más compleja y bastante más delicada que los categóricos términos que emplea el fallo.

Por último, desde el punto de vista técnico, no podemos perder de vista que mientras el acto anulatorio no haya sido revisado por un tribunal judicial independiente e imparcial, en el marco de un juicio desarrollado regularmente, con respeto pleno a la garantía al debido proceso legal, y exista sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada desestimatoria de la pretensión anulatoria en su contra, no se puede hablar, en puridad, de restablecimiento de la juridicidad.

(d) En definitiva:

(d') El esquema de revisión y revocación del acto administrativo durante la etapa de discontinuidad institucional declama, como finalidad connatural, el restablecimiento sin dilaciones de la juridicidad. Esta dimensión funcional de la potestad anulatoria —proclamada con énfasis por la doctrina autoral afín al régimen de facto y adoptada, con entusiasmo, por los jueces de la Corte designados durante ese período— encubre, sin embargo, la *antijuridicidad estructural* que el régimen de facto intentó desarrollar y consolidar mediante el empleo de *técnicas administrativas formales represivas* como es la potestad revocatoria.

(d'') A través del supuesto compromiso con la vigencia de la legitimidad, la doctrina autoral complaciente con el régimen de facto y los jueces que lo respaldaron, intentaron mantener oculto, invisible, la contradicción que significaba, por un lado, invocar el restablecimiento sin dilaciones de la juridicidad, mientras que, por otro, se perseguía mantener el poder extramuros de la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales. Restablecer sin dilaciones el imperio de juridicidad es, en ese contexto, un eufemismo insustancial desde los principios y valores. Ese sintagma fue utilizado por juristas del régimen y por la Corte del régimen de facto con el propósito de naturalizar en el desarrollo de la función administrativa la efectiva operatividad de productos normativos carentes de toda legitimación democrática, directa o indirecta. Es difícil pensar, sensatamente, que autoridades del mismo régimen de facto, que cometió las más graves violaciones de los derechos humanos, pueda a la vez estar comprometido con el restablecimiento "irrestricto" de la juridicidad, y con los valores y principios preestatales que la sustentan.

En suma, la doctrina del restablecimiento de la juridicidad como fundamento teleológico de la potestad anulatoria, tal como lo invocó la Corte del régimen de facto, operó como técnica instrumental que tendía, solapadamente, a solucionar algunos problemas prácticos del régimen, v.gr., la consolidación de un sistema normativo formal y materialmente autoritario, estructuralmente prescindente de la Constitución.

(d''') La calificación de la situación jurídica activa que emana de un acto considerado irregular por la Administración.

La tercera cuestión que introduce el fallo atañe a la índole y naturaleza calidad de la situación jurídica activa que emanan del acto sometido a revisión.

El fallo puntualiza que el acto irregular "no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad". Si de un acto irregular no nacen válidamente derechos subjetivos (o, como lo puntualiza alguna doctrina, solo emanan aparentes derechos subjetivos) ello acarrea como consecuencia que la excepción del art. 17, segunda parte, por medio de la cual se resguardan los derechos subjetivos en cumplimiento que nacen de un acto calificado de irregular, es letra muerta.

Desde este vértice, basta que la Administración le dispensa al acto la calificación de irregular para que inmediatamente se trate a la situación jurídica activa nacida de él bajo la excepción del art. 17, y no del 18, y a la vez se enerve toda protección bajo el argumento de que

tales derechos subjetivos no han sido válidamente generados. Al respecto hay que recordar que mientras el acto no haya sido expulsado del mundo jurídico por ilegitimidad a través de los modos formales pertinentes, dicho acto mantiene presunción de legitimidad. Por ende, si el acto irregular se encuentra en el supuesto del art. 17, segunda parte, de la LNPA dicho acto recién podrá ser válidamente eliminado del mundo jurídico cuando se dicte sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada que declare su la nulidad. Esta cuestión fue considerada por un fallo reciente de la CS, "Talleres Navales Dársena Norte" **(151)**.

(d'''') En cuarto lugar, se indica que la limitación impuesta por el art. 17 *in fine* de la LNPA constituye una *excepción* que debe ser interpretada con carácter estricto por cuanto su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente.

Es evidente que la doctrina labrada en "Rodríguez Blanco de Serrao" reposa en una hipótesis que no necesariamente es válida. La construcción presupone que el primer acto administrativo es invariablemente irregular y que el segundo, el acto anulatorio, es perfecto, regular. Con lo cual la Administración es falible y yerra al emitir el primer acto, pero deviene infalible y acierta al dictar el acto revocatorio de un acto favorable. Sin embargo, esto no es necesariamente así, como lo prueba la sentencia de la Corte federal dictada en "Kek". En tanto el acto no ha sido declarado formalmente nulo, lo que subsiste es la duda o incertidumbre en torno a la legitimidad o no del acto sujeto a revisión.

Basta pues confrontar los consids. 4º a 7º de "Rodríguez Blanco de Serrao", de 1982, con el consid. 16 de la sentencia dictada en "Talleres Navales Dársena Norte", el 22 de noviembre de 2018, para apreciar las similitudes entre uno y otro. Ni el restablecimiento del Estado de derecho, en 1983; ni la reforma constitucional de 1994, ni la doctrina labrada por la propia Corte nacional en torno a la Constitución convencionalizada, alteraron los lineamientos trazados por doctrina judicial elaborada en "Rodríguez Blanco de Serrao", durante el gobierno de facto.

IV.4.a.ii. La extinción del acto irregular en el régimen legal-jurisprudencial edificado a partir del restablecimiento del orden constitucional. El régimen legal-jurisprudencial de la extinción por razones de ilegitimidad labrado durante el Estado formal y democrático de derecho

- Introducción

Con posterioridad a 1983, la Corte Suprema nacional —integrada por jueces nombrados según los procedimientos que fija la Constitución— dictaron tres sentencias relevantes sobre el ejercicio de la potestad anulatoria: "Bodegas y Viñedos Giol EE I" **(152)**; "Olivera" **(153)** y "Budano" **(154)**.

(i) En el primero de los casos citados ("Bodegas y Viñedos Giol"), el fallo sostuvo que la Administración está facultada para dejar sin efecto un acto administrativo írrito —ajuste de cupos individuales para la importación de hojalata— por cuanto no se llegó a otorgar la licencia arancelaria para la importación de dicho insumo libre de gravámenes. En estas condiciones se consideró que *no había nacido un derecho subjetivo a favor del particular*. En tal sentido se enfatizó que la decisión que en definitiva se nulificó, es solo un paso del iter que debía recorrer la parte interesada para obtener las licencias, pero en modo alguno el acto final de ese procedimiento para declarar su derecho a importación en tan favorables condiciones.

Sin perjuicio de ello, ratificando la línea jurisprudencial labrada en la etapa anterior, se destacó que la limitación consagrada en el art. 17, segunda parte, de la LNPA se la debe considerar como una *excepción* a la actividad revocatoria de la Administración, establecida como principio general de la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter *estricto* toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el

(151) Fallos 341:1679.

(152) Fallos 310:380.

(153) Fallos 310:870.

(154) Fallos 310:1045 (1987).

mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente. Se cita como respaldo jurisprudencial Fallos 304: 898 (Rodríguez Blanco de Serrao).

(ii) En "Olivera" la cuestión también se focalizaba en dilucidar si la autoridad administrativa estaba facultada para dejar sin efecto una resolución que involucraba derechos de particulares o si, en cambio, aquella debió solicitar judicialmente la anulación del acto. La Cámara había revocado el fallo de primera instancia y rechazó la demanda que perseguía el pago de haberes derivados de un beneficio de pensión militar acordado en virtud de un acto que la autoridad administrativa dejó posteriormente sin efecto. La agraviada refutó ese argumento sobre la base del art. 17, *in fine,* según modificación realizada por el decreto ley 21.686. El dictamen de la Procuración Fiscal señala que a la recurrente no le asiste razón. Subraya que, a la luz del art. 17 de la LNPA —según modificaciones introducidas por la 21.686— los únicos casos en que la Administración debe abstenerse de revocar o sustituir un acto por razones de legitimidad dentro de su órbita serían aquellos en que el acto estuviera firme y consentido y "hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo". En la especie, el acto si bien quedó firme y consentido y generó un derecho subjetivo a percibir haberes que le correspondían como causahabiente del soldado fallecido ascendido post mortem, tales derechos no se estaban cumpliendo.

El fallo de la Corte —con remisión a las conclusiones del dictamen de la Procuración Fiscal— puntualiza que, si bien el acto irregular se encontraba firme y consentido, los derechos subjetivos que eventualmente hubiese generado no se estaban cumpliendo al momento de su revocación con lo cual, enfatiza la sentencia, el acto pudo ser válidamente revocado por razones de ilegitimidad en sede administrativa en los términos que autoriza el art. 17 de la LNPA.

Este caso tiene una particularidad que, de ordinario, pasa desapercibida. El dictamen del Procurador Fiscal, en el último párrafo, expresa: "no dejo de advertir, ni la calidad de los derechos en juego, ni, lícito es decirlo, las evidentes necesidades de quien los solicita". Sin embargo, mantiene la opinión —en cuanto a la improcedencia del recurso— "según los alcances de las expresiones lingüísticas contenidas en la ley".

En el último párrafo del dictamen asoma una parte del problema que encierra del régimen legal-jurisprudencial de la extinción del acto por ilegitimidad. La prescindente posición que adopta el susodicho sistema con relación a la naturaleza del derecho en juego —pensión— como la necesidad que la prestación acordada —aunque no efectivizada— está llamada a satisfacer.

(iii) Los fallos de la Corte nacional dictados en "Bodegas y Viñedos Giol" y "Olivera" consideraron procedente el ejercicio de la potestad revocatoria. Sin embargo, los fundamentos son diferentes.

En el primero, los derechos subjetivos aún no habían nacido: la autoridad administrativa no había otorgado la licencia que habilitara a la actora la importación de hojalata libre de gravámenes). En el segundo, la pensión había sido otorgada pero ese derecho no estaba en cumplimiento. En ambos supuestos el Tribunal verifica que no están presente todos los recaudos previstos en el art. 17 segunda parte, que limitan el ejercicio de la potestad anulatoria

(iv) Finalmente, en "Budano" **(155)** la Corte federal inaplicó el art. 17 *in fine* y consideró que no había ilegalidad manifiesta en la decisión de la Universidad de revocar el concurso ganado por el acto bajo el gobierno de facto. Para adoptar ese temperamento el Tribunal señaló que los docentes que cuestionaron el concurso de acuerdo con el art. 9º de la ley 23.068 no habían podido concursar por haber sido en su oportunidad prescindidos no pudieron reingresar a la Universidad durante los cinco años subsiguientes a baja por razones de servicio, lo cual se juzgó violatorio de la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la CN.

(v) Sin embargo, la sentencia que adquirió niveles insospechados de celebridad fue "Furlotti Setién" **(156)**, de 1991.

(155) Fallos 310:1045 (1987).

(156) Fallos 314:322 (1991).

Merced al persistente trabajo de la doctrina autoral y administrativa propensa a expandir la potestad anulatoria extramuros del propio texto legal, el *holding* de "Furlotti" fue interpretado como *obiter*, y este, en cambio, se afianzó como *holding*.

En ese esquema, la interpretación del art. 17, LNPA, realizada por la Corte de facto en "Rodríguez Blanco de Serrao" reaparece, sin medias tintas, en el Estado de derecho.

Curiosamente, la sentencia dictada en "Furlotti", durante un gobierno de jure, inicia el camino mediante el cual se consolida la doctrina jurisprudencial y autoral elaborada bajo la dictadura.

En atención a la gravitación que ha tenido "la doctrina Furlotti", a continuación, examinaremos el caso.

- El caso "Furlotti" : consolidación de la doctrina labrada durante el régimen de facto

(i) Antecedentes fácticos

Según se desprende de la sentencia la actora impugnó judicialmente la sanción impuesta por el Instituto de Vitivinicultura. A resultas de esa pretensión la Cámara Federal de Mendoza confirmó la sentencia de primera instancia que dejó sin efecto la sanción administrativa. Para decidir como lo hizo la cámara puntualizó que la sanción nació tras la declaración de nulidad, por parte de la propia Administración, de un pronunciamiento absolutorio. El acto administrativo, anulatorio de la sanción, se fundó en las conclusiones de una causa penal posterior. Sin embargo, según surge del fallo, tal situación no autoriza a la Administración a obviar la vía del art. 17 de la ley 19.549.

En definitiva: la cámara dictó sentencia estimatoria de la pretensión anulatoria de la empresa Furlotti por considerar que el acto que anuló el acto absolutorio violó lo dispuesto en el art. 17 *in fine* de la ley 19.549, en contraposición al principio de estabilidad de los actos administrativos.

En su recurso extraordinario la Administración sostiene que el acto absolutorio era nulo de nulidad absoluta pues adolecía de error esencial conforme art. 14, inc. a, LNPA.

A la vez destaca que al contestar la demanda dejó planteado en subsidio —y para el supuesto de que se considerase necesaria la anulación judicial del acto absolutorio— el pedido a fin de que se declarara judicialmente la nulidad de su propio acto.

(ii) Núcleo del conflicto

Según se desprende el considerando 5º la "cuestión central" del caso, según la propia sentencia, gira alrededor de las facultades con que cuentan los órganos estatales —en el caso específico, el Instituto Nacional de Vitivinicultura— para dejar sin efecto sus actos irregulares y los alcances que cabe otorgar a la pretensión deducida subsidiariamente por este al responder la acción entablada.

De este modo el Tribunal se consideró llamado a decidir dos cuestiones principales, de suyo, interconectadas:

(ii') En primer lugar, debió discernir, según el marco legal vigente, cuál es *extensión de la potestad revocatoria con relación a los actos irregulares.* En la especie se plantea si la autoridad pública estaba habilitada legalmente para anular por sí el acto absolutorio.

En puridad el punto a considerar y determinar es si el acto administrativo absolutorio estaba o no alojado dentro del área de estabilidad del acto administrativo y si resultaba o no inalterable en sede administrativa.

(ii'') La segunda cuestión se vincula con el alcance de la contrapretensión de nulidad introducida en subsidio por la demandada.

(iii) El alcance de la potestad revocatoria. Límites

Para resolver la primera cuestión —*extensión de la potestad revocatoria con relación a los actos irregulares*— el alto tribunal evoca la doctrina labrada por la Corte del régimen de facto. En

efecto, los consids. 6º **(157)**, 7º **(158)** y 10 del fallo dictado en "Furlotti", de 1991, siguen la línea de los consids. 4º y 5º de "Rodríguez Blanco de Serrao", de 1982, aunque la cita del consid. 7º alude a "Movimiento Scout Argentino", de 1980 la del consid. 10 se sustenta en CS, Fallos: 304: 898 ("Rodríguez Blanco de Serrao").

Mientras el consid. 7º de "Furlotti" es idéntico al 5º de "Rodríguez Blanco de Serrao", el consid. 6º del primero exhibe ligeras variaciones con respecto al 4º del segundo.

Así el pronunciamiento dictado por la CS en "Furlotti" sostuvo:

- La Administración tiene la obligación de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se están cumpliendo (consid. 6º).

- En el supuesto que se presente esa salvedad, se podrá impedir la subsistencia del acto y los efectos pendientes por medio de la declaración judicial de nulidad (consid. 6º).

- A la vez el consid. 7º señala que cuando un acto administrativo conlleva un vicio que determina su nulidad absoluta resulta *en principio* legítima la actividad revocatoria de la propia Administración "salvo que concurra la excepción señalada en el considerando anterior".

- Al respecto el consid. 10 enfatiza acerca de que la limitación impuesta por el art. 17 *in fine* de la ley 19.549, en cuanto constituye una *excepción* a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como *principio general* en la primera parte de su texto, *debe ser interpretada con carácter estricto.*

- La facultad revocatoria encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad (consid. 7º).

- El acto afectado de nulidad absoluta carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (consid. 7º).

(iv) La respuesta de la sentencia a la primera cuestión principal. Fundamentos

Con arreglo a los fundamentos vertidos en los consids. 6º y 7º, el voto de la mayoría concluye, en el considerando 8º, que el Instituto Nacional de Vitivinicultura no se encontraba habilitado para revocar en sede administrativa el acto absolutorio en tanto de aquel "se habían derivado derechos subjetivos en favor de la actora".

El alto tribunal que la Administración "debió, a tal efecto, requerir el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 *in fine* y 26 de la ley 19.549".

En suma, aun cuando en el consid. 7º sostuvo que de un acto irregular no pueden nacer válidamente derechos subjetivos, en el decisivo considerando 8º la sentencia subrayó que del acto absolutorio se habían derivado derechos subjetivos a favor de la actora y que, por tanto, la situación de esta quedaba encuadrada en la salvedad o excepción consagrada en el art. 17, segunda parte, de la LNPA.

(v) La respuesta a la segunda cuestión principal. Fundamentos

El segundo punto de conflicto exigía establecer qué alcance se le debía asignar a la pretensión de nulidad introducida por la Admi-

(157) 6º) Que, a este respecto, el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente —siguiendo a los ordenamientos más modernos en el derecho extranjero— la obligación de la administración pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "solo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

(158) 7º) Que, por tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia administración, salvo que concurra la excepción señalada en el considerando anterior. Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de CS, Fallos: 250: 491, consid. 6º y sus citas; 302: 545 —Rep. La Ley, XL, A-I, p. 89, sum. 51—).

nistración de manera subsidiaria contra su propio acto absolutorio.

Al respecto el consid. 11 destaca que la sentencia de la cámara incurrió en el error de "omitir considerar la petición de nulidad interpuesta en forma subsidiaria por el ente demandado". Sostuvo que habiéndose encauzado la pretensión principal a través de un proceso ordinario este resultaba apto para tratar —*como defensa o reconvención*— la pretensión anulatoria de la Administración, con independencia de la calificación dada a esta por las partes.

A la vez, el consid. 12 señaló que "la adecuada valoración de los hechos, principios y normas jurídicas en juego en el caso imponía la consideración de la petición del Estado, apta para ser tratada en este proceso".

El voto en disidencia del Dr. Fayt señala que el art. 17 de la LNPA es claro "en cuanto a que, generados como en el caso derechos subjetivos de una decisión de la propia Administración, no puede ella, ante actos afectados de nulidad absoluta sino requerir de la justicia la declaración de nulidad, camino no seguido en la causa". Ese temperamento, subraya, resguarda las garantías constitucionales comprometidas con "la preservación de la seguridad jurídica".

(vi) El encuadre legal que realiza pronunciamiento de la Corte

Teniendo en cuenta la omisión en que incurrió el fallo de la cámara —en cuanto no se expidió con respecto a la procedencia o improcedencia de la petición subsidiaria de nulidad postulada por la Administración al contestar la demanda—, la Corte, por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto y se dejó sin efecto la sentencia apelada que a su turno había declarado la nulidad del acto sancionatorio.

En definitiva: el pronunciamiento del Alto Tribunal permite inferir que el acto absolutorio de la sanción administrativa, anulado por la Administración, estaba dotado de estabilidad. En tales términos la sentencia consideró que el acto administrativo gozaba de la protección prevista en el art. 17, segunda parte de la LNPA. En esa inteligencia el considerando 8º, sin medias tintas, subraya que, "el Instituto Nacional de Vitivinicultura no se encontraba habilitado para revocar en sede administrativa" el acto absolutorio, sino que, en tanto se habían derivado derechos subjetivos en favor de la actora, la Administración debió requerir el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 *in fine* y 26 de la ley 19.549.

Sin embargo, dado que la cámara no trató la petición subsidiaria de nulidad del acto absolutorio impetrada con la contestar de demanda, el alto tribunal consideró que el fallo de la cámara había omitido tratar un aspecto relevante del caso.

En puridad, y aquí está el punto relevante de la sentencia, lo que está en juego es si la contrapretensión de nulidad introducida por la demandada al contestar la demanda es o no un equivalente funcional de la acción de lesividad. Tácitamente, el alto tribunal responde de modo afirmativo.

(vii) Los bienes jurídicos protegidos

El *holding* del fallo reposa en los siguientes argumentos:

- Un acto administrativo absolutorio de una sanción administrativa goza de estabilidad y no puede ser alterado en sede administrativa (en perjuicio del particular).

- Tal circunstancia opera como límite al ejercicio de la potestad revocatoria.

- En el plano normativo el susodicho antecedente fáctico, se subsume en el art. 17, segunda parte, de la LNPA, como lo hace notar el consid. 8º.

- El retiro del acto absolutorio solamente podrá operar a través de la declaración *judicial* de nulidad.

- La Administración podrá plantear la pretensión anulatoria a través de la denominada acción de lesividad (este proceso no está regulado en el orden federal). A la vez el proceso ordinario también resulta "apto para tratar —como defensa o reconvención— la pretensión anulatoria de la Administración" (conforme consid. 11, *in fine*).

(viii) Conclusiones

El pronunciamiento dictado por la Corte federal en "Furlotti" (1991) adquiere inusitada celebridad no por su *holding* —sobre la estabilidad de un acto administrativo absolutorio de una sanción administrativa y de la correlativa prohibición de la Administración de anular por sí ese acto— sino por el *obiter*, los consids. 6º, 7º y 10, que son una reiteración de los consids. 6º y 7º de "Rodríguez Blanco de Serrao", de 1982. De este modo, habiendo podido desechar explícita o implícitamente la doctrina edificada en un fallo dictado por la Corte del gobierno de facto —como ocurrió en "Budano" **(159)**, de 1987— el Tribunal optó por reproducirla sin mayores variaciones. La recepción por parte de la Corte del gobierno de jure de la doctrina jurisprudencial labrada por los jueces del régimen de facto, en alguna medida depuró el origen espurio de la doctrina, básicamente represiva, consagrada en "Rodríguez Blanco de Serrao".

IV.4.a.iii. La extinción del acto irregular en el régimen legal-jurisprudencial posterior a la reforma constitucional de 1994

- Introducción

La reforma constitucional de 1994 le planteó al derecho administrativo argentino problemas de diferente índole. Desde el punto de vista técnico la cuestión más seria residió en establecer cómo habrían de compatibilizarse las diferentes parcelas que vertebran el derecho administrativo desplegado bajo el Estado de derecho con las nuevas bases del derecho constitucional.

Sin embargo, el nuevo marco normativo, teleológico e ideológico que sustenta a la reforma constitucional de 1994 no produjo un impacto importante sobre nuestra unidad de estudio.

En este período el esquema sistemático de ordenación que regula el retiro del acto administrativo fundado en razones de ilegitimidad, juntamente con los fallos y dictámenes que lo aplican, mantiene su anclaje en criterios establecidos durante épocas pretéritas, en las que no regía el Estado de derecho.

No se observa que los principios y valores del Estado constitucional social de derecho se hubiesen proyectado y repercutido de manera significativa sobre esta parcela de la teoría del acto. La excepción, sin duda, es el fallo que dirimió el caso "Kek".

En efecto.

En el plano *normativo*, el art. 17 de la LNPA —relativo a la extinción del acto irregular— mantiene el texto introducido por la ley 21.686 **(160)** en 1977.

A la vez, los arts. 14 —descripción de las causales de nulidad del acto administrativo —y 18— régimen del acto administrativo regular— conservan la redacción originaria del dec.-ley 19.549, de 1972.

En ámbito *jurisprudencial*, los pronunciamientos dictados en "Astilleros Mestrina", de 2010, y "Talleres Navales Dársena Norte" —consid. 16—, de 2018, mantienen intacta la doctrina plasmada en "Rodríguez Blanco de Serrao" (1982) y, más tarde, bajo el Estado de derecho, en "Furlotti" (1991), en cuanto al *principio general* y la *excepción*.

(159) CS, Fallos: 310:1045 (1987). Con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuración General, el alto Tribunal consideró que no resulta manifiestamente irrazonable y arbitrario el acto administrativo por el que la Universidad Nacional de Rosario revocó el concurso ganado por el actor bajo el rigor de la ley del gobierno de facto, si la razón concreta por la cual fue impugnado consistió en que los docentes que lo cuestionaron de acuerdo con el art. 9º de la ley 23.068 no habían podido concursar atento a que por haber sido en su oportunidad prescindidos no pudieron reingresar a la Universidad durante los cinco años subsiguientes a su dada de baja por razones de servicio, lo cual se juzgó violatorio de la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la CN. En ese orden que el amparista aceptó concursar no ignorando la exclusión de un número de docentes prescindidos lo cual encuadra el caso en el art. 18 de la ley 19.549 según el cual aun tratándose de un acto regular del que hubiesen nacido derechos subjetivos en favor de los administrados, puede ser revocado en sede administrativa si el interesado hubiese conocido el vicio.

(160) El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

En esta etapa se conserva incólume el criterio sustentado por el fallo "Movimiento Scout Argentino" (1980) por el cual se desconoce estabilidad al acto administrativo favorable, calificado de irregular, que genera derechos subjetivos que aún no se han comenzado a cumplir.

En tal sentido el caso "Miragaya", de 2003, y "El Rincón de los Artistas", de 2002, juntamente con "Astilleros Mestrina", de 2010, son ejemplos ineludibles de una interpretación que reconduce el régimen del acto irregular favorable, generador de derechos subjetivos, al principio general establecido en el art. 17, primer párrafo, LNPA.

Este período presenta algunas notas que robustecen y vigorizan la potestad anulatoria.

En primer término, se destaca la traslación, por vía analógica, de las excepciones a la estabilidad del acto administrativo regular, establecidas en el art. 18, segunda parte, LNPA, al irregular contemplado en la segunda parte del art. 17, LNPA.

Merced a una *interpretación mutativa por adición* la doctrina jurisprudencial labrada en "Almagro" **(161)**, ratificada más tarde en "El Rincón de los Artistas" **(162)**, amplió el área de revisión y revocación previsto en el art. 17 de la LNPA. Como correlato ello produjo una limitación del área de estabilidad del acto administrativo irregular establecido en el texto expreso del art. 17, segunda parte, LNPA.

Por cierto, la jurisprudencia del fuero especializado en materia administrativa y la doctrina autoral propiciaban la interpretación consagrada más tarde por la Corte federal en "Almagro". La salvedad relativa al conocimiento del vicio está expresamente legislada en el art. 17, *in fine*, de la LPA CABA **(163)**.

A la vez, esta tendencia hacia la vigorización de la prerrogativa se presenta en la causa "AFIP" **(164)**, de 2013. En este precedente la Corte federal decidió atenuar las exigencias formales que debe recorrer previamente la Administración para impugnar judicialmente los actos administrativos irregulares dotados de estabilidad.

En una misma dirección, en "Talleres Navales Dársena Norte" (2018), el alto tribunal estableció que el facultado (legitimado) para solicitar la declaración de nulidad de un acto revocatorio de otro anterior favorable es "exclusivamente" el destinatario del acto revocado. Esta doctrina traza un paralelismo entre quien "sería el sujeto legitimado para ser demandado en una eventual acción de lesividad de la Administración para obtener la declaración de nulidad del acto irregular" y el sujeto legitimado para impugnar judicialmente el acto anulatorio de otro favorable que generó derechos subjetivos. El tribunal fundamenta esa limitación a la tutela judicial efectiva en que son *"sus 'derechos subjetivos'* —los del destinatario del acto administrativo revocado— *los que protege la norma en examen* —se refiere al art. 17 *in fine,* LNPA— *al limitar la facultad extintiva de la Administración".*

Sin embargo, desde una perspectiva bien diferente, durante esta etapa la Corte federal dictó una sentencia alejada del talante expansivo de la potestad anulatoria exhibido por sus precedentes. Me refiero al fallo "Kek", de 2015.

En este pronunciamiento el Tribunal reexamina la calificación del acto sometido a revisión e invierte los términos de aquello que "Rodríguez Blanco de Serrao" (1982), "Furlotti" (1991) y "Astilleros Mestrina" (2010) interpretaron como principio general y excepción.

En efecto: el alto tribunal sostuvo que "... el superior tribunal provincial ha interpretado y aplicado erróneamente la jurisprudencia de la Corte Suprema citada en el considerando precedente (se refiere, entre otros, al consid. 7º de 'Furlotti', Fallos 314:322)". E inmediatamente puntualiza: "El *a quo* no tuvo en cuenta que el principio general es el de la estabilidad de los

(161) Fallos 321:169 ("Almagro", consid. 5º).

(162) Fallos 326:3600 ("El Rincón de los Artistas", consid. 20).

(163) El art. 17, segunda parte de la LPA CABA, establece "... No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable" (énfasis agregado).

(164) Fallos 336:2364 (2013).

actos administrativos y no el de 'restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad'. Tal como lo dijo esta Corte, 'no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo'" (CS, Fallos: 175:368).

Lo expuesto implica que la excepción —la facultad revocatoria de la Administración ante la existencia de "un error grave de derecho"— "debe interpretarse en forma restrictiva..." (conf. "Kek", consid. 8º).

Sin demasiado esfuerzo se advierte que, en un sentido bien distinto a la doctrina desplegada en los fallos citados, en "Kek" el alto tribunal plantea que, en cuanto atañe al acto favorable, el principio general es la estabilidad, y no el de restablecer sin dilaciones la juridicidad. Como corolario de tal principio la sentencia subraya que, la facultad revocatoria frente a un acto que padece un vicio grave —alude puntualmente a "un error grave de derecho"— es la excepción que "debe interpretarse en forma restrictiva".

En "Kek" la Corte federal destaca que la estabilidad de los actos administrativos cede cuando la decisión revocada carece de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectada de "vicios graves y ostensibles" (conf. consids. 7º y 9º). Según este pronunciamiento para calificar un acto de irregular no basta con que se considere que está afectado de nulidad absoluta. El vicio (grave), además, debe ser manifiesto, patente, palmario. Esta concepción jurisprudencial —distinta de la que surge del art. 128 de la Ley de Procedimientos del Chaco, aplicable al caso, y del art. 17 de la LNPA— tiene como lógica consecuencia la ampliación del área de estabilidad.

Sin desconocer la calidad y naturaleza de los bienes jurídicos comprometidos en el caso, el Tribunal reexamina y deja sin efecto la calificación de acto irregular conferida por la Administración a un elenco de designaciones de personal transitorio (que se venía desempeñando desde hace años en el municipio) en la planta permanente.

Finalmente, en "Talleres Navales Dársena Norte", de 2018, el alto Tribunal abandona la idea de que de un acto irregular no pueden nacer válidamente derechos subjetivos y, de modo enfático, subraya que el art. 17, *in fine,* LNPA, está llamado a proteger los derechos subjetivos que nacen del acto administrativo.

Este fallo realiza dos importantes puntualizaciones: la primera concierne al legitimado activo para postular la pretensión impugnatoria del acto. La segunda, se refiere al alcance de una de las excepciones previstas en el art. 18 —conocimiento del vicio— y su gravitación con respecto a los actos calificados de irregulares.

- El principio general y la excepción, según la interpretación jurisprudencial realizada con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional

- "Astilleros Mestrina" **(165)** (2010)

(i) Antecedentes

Astilleros Mestrina SA demandó al Estado Nacional para que este le abonara una suma de dinero, más intereses, originada en la falta de cancelación del 34,5% del certificado de obra final 53 correspondiente al contrato de construcción de un buque tanque. Demandó, además, los daños y perjuicios ocasionados por la falta de pago.

El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Estado a pagar a la actora la suma reclamada.

Para decidir de ese modo el juez de grado tuvo en cuenta que el Estado Nacional, en su contestación de demanda, reconoció la deuda cuyo pago había sido autorizado en 2003 mediante la disposición SSA 3.

A su turno, la Cámara Civil y Comercial Federal confirmó la decisión de primera instancia.

Concedido el recurso ordinario de apelación, los autos llegan a la Corte.

(165) CS, 14/09/2010.

Estando el expediente a estudio el Estado Nacional se presenta e informa que la Subsecretaría de Administración y Normalización del M. de Economía había dictado la disp. 35 por la que se revocó la disp. 3/2003 que había autorizado el pago a la actora del certificado final de obra 53-por considerarla nula de nulidad absoluta e insanable (art. 14, LNPA).

Según se desprende del fallo la disp. 3/2003 padecía un vicio grave en la causa toda vez que el crédito reclamado por la aquí actora se encontraba alcanzado por la caducidad establecida en el art. 137 de la ley 11.672, incorporado por la ley 24.447.

Cabe señalar que la Administración no tenía impedimento para el ejercicio de la potestad revocatoria toda vez que "ni el juez de grado ni la cámara examinaron o se expidieron —explícita o implícitamente— en el curso del proceso acerca de la regularidad o irregularidad de la disp. SSAyNP 3/2003", lo que lleva a descartar que exista sobre el punto una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada (conf. consid. 11).

(ii) Núcleo del conflicto

En la especie el núcleo del conflicto reside en discernir si a partir del dictado de la disp. 35 —que revocó a la disp. 3/2003 que reconoció la deuda originada en la falta de cancelación del 34,5% del certificado de obra final 53— el proceso se había o no tornado abstracto por extinción del objeto del proceso.

Para tomar tal decisión el alto tribunal debía discernir si el acto extintivo (disp. 35/2009) era idóneo para extinguir por ilegitimidad a la disp. SSA 3/2003.

(iii) Interpretación del régimen legal extintivo del acto irregular

Para dirimir el conflicto la sentencia consideró necesario "examinar" las facultades de los órganos estatales "para dejar sin efecto aquellos actos que reputa irregulares".

El examen del alcance de la potestad anulatoria de los actos administrativos irregulares se plasma en un elenco de directrices que no incorpora novedades a la doctrina jurisprudencial consagrada en "Rodríguez Blanco de Serrao" y "Furlotti".

El consid. 9º hace una descripción de la normativa aplicable. En tal sentido subraya que, "el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente... la obligación de la Administración pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto encontrara 'firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo', supuesto en el cual 'solo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad' (Fallos 314:322)". El fallo citado es "Furlotti".

A continuación, el consid. 10 reafirma el principio general que gobierna el régimen jurídico de los actos portadores de una grave ilegitimidad; a la vez justifica tal principio por su finalidad inmediata, el restablecimiento de la legitimidad.

Dice el alto tribunal: "supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el considerando anterior. Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de CS, Fallos: 250:491, consid. 6º y sus citas; 302:545; 314:322)". Los fallos citados en el considerando 10 corresponden a "Cáceres Cowan", de 1961 —y, por ende, anterior a la LNPA— **(166)**, "Movimiento Scout Argentino" (1980) y "Furlotti" (1991).

(166) El consid. 6º de "Cáceres Cowan" (1961) afirma que cuando el acto administrativo adolece de nulidad absoluta "es susceptible de ser revocado por la propia autoridad que lo expidió...". Así mientras en el régimen anterior a la LNPA los actos irregulares eran solo susceptibles de ser anulados por la autoridad administrativa, a partir de la ley y de la jurisprudencial desplegada en torno a ella, en tal supuesto, el ejercicio de la potestad anulatoria deviene obligatorio, salvo que concurra la excepción prevista en el art. 17, segunda parte.

Llama la atención que se omita citar a Fallos 304:898, "Rodríguez Blanco de Serrao", de 1982, toda vez que el texto del consid. 10 de "Astilleros Mestrina" es idéntico al del consid. 5º de Fallos 304:898, "Rodríguez Blanco de Serrao" **(167)**.

Por último, el consid. 11 fija los estándares de interpretación de la excepción prevista en la segunda parte del art. 17.

Al respecto el fallo sostiene: "Que también ha sostenido este Tribunal que la limitación impuesta por el art. 17 *in fine,* de la ley 19.549, en cuanto constituye una excepción a la potestad revocatoria de la Administración, establecida como principio general en la primera parte de su texto, debe ser interpretada con carácter restricto toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente (CS, Fallos: 304:898; 305:2170; 314:322)". Las citas de este considerando corresponden a dos fallos citados por la Corte durante el gobierno de facto (Fallos 304:898 y 305:2170) y a "Furlotti" pronunciamiento que, en este punto, reitera la doctrina plasmada en Fallos 304:898 durante el régimen de facto.

(iv) Principios y reglas aplicadas por el fallo

Los consids. 9º a 11 de "Astilleros Mestrina" consolidan y refuerza la vigencia de principios (reglas) consagrados en el período de quiebre institucional. Del fallo se extrae que:

- el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente la *obligación* (en puridad, *deber* pues no estamos frente al correlato de un derecho subjetivo) de la Administración pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares;

- en relación con los actos irregulares, el *principio general* es el ejercicio obligatorio de la potestad revocatoria —potestad que, cabe recordar, está expresamente atribuida a la Administración en la primera parte del art. 17, LNPA—;

- esa facultad encuentra suficiente justificación (teleológica) en la necesidad de *restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad*, comprometida (causalmente) por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta;

- un acto afectado de nulidad absoluta carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos;

- la obligación (deber) de la Administración de revocar el acto irregular cede frente a la *excepción* consagrada en el art. 17, segunda parte de la LNPA;

- la excepción al ejercicio obligatorio de la potestad revocatoria requiere comprobar la existencia de un acto administrativo irregular, firme y consentido, que hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo;

- frente a la susodicha excepción solo se podrá impedir la subsistencia del acto administrativo calificado de irregular y la de sus efectos aún pendientes "mediante declaración *judicial* de nulidad";

- la limitación impuesta por el art. 17, *in fine*, de la LNPA constituye una *excepción* a la potestad revocatoria de la Administración que se debe interpretar con carácter *estricto* toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente.

(v) La subsunción de los hechos del caso en el principio general. La aplicación del art. 17, primer párrafo, LNPA

Para dirimir la controversia, el alto tribunal tuvo especialmente en cuenta que, según las

(167) En "Rodríguez Blanco de Serrao" (Fallos 304:898, de 1982) la CS del régimen de facto dijo: "5) Que, por tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia administración, salvo que concurra la excepción señalada en el considerando anterior. Esa facultad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, no posee la estabilidad propia de los actos regulares ni puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de Fallos 250:491, consid. 6º y sus citas Fallos 302:545)".

constancias de causa, la disp. SSA 3/2003 —que había autorizado el pago a la actora del certificado final de obra 53— *no generó en la actora derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo al momento de su revocación*

Concretamente, la disp. SSA 3/2003 *no había sido ejecutada ni había tenido principio de ejecución*.

La sentencia puntualizó que aun cuando se haya suscrito un requerimiento de pago en títulos de la deuda, ello solo significó un paso en el procedimiento de cobro que, en manera alguna, resulta suficiente para tener por consolidada una situación patrimonial a favor de la actora.

Dado que, según sostiene el fallo, el acto revocatorio, esto es, la disp. 35/2009, *no significó una incursión coactiva de la Administración sobre bienes incorporados al patrimonio del particular,* el acto anulatorio pudo ser dictado en los términos que autoriza el art. 17 de la ley 19.549.

Finalmente, el pronunciamiento consideró que no existía óbice que impidiera en ejercicio de la potestad anulatoria por parte de la Administración. En estas condiciones sostuvo que la cuestión había devenido abstracta; ello sin perjuicio del derecho de la actora de cuestionar el acto extintivo (disp. 35/2009) "por las vías administrativas o judiciales que estime pertinentes".

(vi) Conclusiones

La decisión de la Corte valoró que si bien del acto administrativo sujeto a revisión (disp. 3/2003) habían nacido derechos subjetivos (reconocimiento de la deuda reclamada por actora por la falta de cancelación del 34,5% del Certificado Final de Obra), tales derechos no estaban en cumplimiento.

En estos términos, las circunstancias antecedentes quedaban subsumidas el art. 17, primera parte, LNPA.

A la vez, con el dictado de la disp. SSA 35/2009 la Administración actuó el principio general que establece la obligación de revocar en sede administrativa el acto irregular (esto es, la disp. SSA 3/2003).

Una observación final. "Astilleros Mestrina" dice que de un acto irregular no nacen válidamente derechos subjetivos. Con lo cual el art. 17 segunda parte, se convierte en letra muerta. Por ende, si no nacen "válidamente" derechos subjetivos estos no pueden ser objeto de tutela en modo alguno. Esto no es así. Poco tiempo después, en "Tandanor" (2018) el contenido de esa afirmación —que viene de arrastre desde el gobierno de facto— parece haber sido mutado pues el alto tribunal de manera enfática sostiene expresamente reconoce que el art. 17, segunda parte, protege los derechos subjetivos. También ya lo había señalado "Budano", en 1987.

- "Talleres Navales Dársena Norte" **(168)** (2018)

El 21 de noviembre de 2018 la Corte federal dictó el fallo "Talleres Navales Dársena Norte". En este pronunciamiento la Corte resuelve un caso complejo en torno a un planteo de inconstitucionalidad en el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración (art. 17 de la ley 19.549).

(i) Hechos

Mediante dec. 315/2007 el PE anuló la privatización del astillero Tandanor ("Talleres Navales Dársena Norte").

Mediante ese acto se revocaron la resolución MD 931/1991 —por la cual el Ministerio de Defensa adjudicó la venta del 90% del paquete accionario de Tandanor al consorcio que presentó la única oferta válida —y el dec. 2281/1991— que autorizó al entonces, ministro de Defensa a suscribir el contrato de venta en los términos del llamado a licitación—, declarándolos nulos, de nulidad absoluta e insanable e irregulares, al igual que todos los actos dictados en su consecuencia. También se dejó sin efecto el llamado a licitación efectuado por el dec. 1957/1990 e instruyó al Ministerio de Defensa para que tomara, de inmediato, posesión de Tandanor.

El acto revocatorio tuvo en cuenta que el contrato celebrado con la adjudicataria se concretó sobre bases distintas a las fijadas en el pliego

(168) Fallos 341:1679 (2018).

—aprobado por el dec. 1957/1990— y en la propia oferta: el precio base y la forma de pago, originalmente establecidos, fueron modificados con posterioridad a la presentación de la oferta y ulterior adjudicación.

El decreto impugnado consideró que tales irregularidades resultaban inadmisibles y merecedoras de la sanción de nulidad prevista en el art. 17 de la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos.

Al respecto se indicó que los vicios que provocaban la nulidad no se veían neutralizados por el hecho de que el consorcio adjudicatario fuera el único oferente válido, toda vez que *se presentaba una violación al principio de igualdad*, rector en materia de licitación pública, el cual surge directamente del art. 16 de la CN. Este principio, sostuvo el poder ejecutivo, tutela no solo a los postulantes que presentaron ofertas, sino también a los eventuales oferentes que pudieron haberse presentado teniendo en cuenta las condiciones en las que finalmente se firmó el contrato, disímiles a las establecidas en el pliego.

El decreto revocatorio indicó también que los motivos expuestos en el dec. 2281/1991 carecían absolutamente de fundamento jurídico pues se invocaba como justificación la necesidad de mantener la ecuación económico-financiera de la operación cuando, en realidad, tal medida suponía la modificación de los criterios de asignación de riesgos de la licitación.

El decreto subrayó que tal situación había aparejado un perjuicio patrimonial al Estado Nacional, el cual, más allá de la disminución del precio base de la operación originariamente establecido en el pliego, no vio concretada la contraprestación debida, ni aun conforme a los términos del dec. 2281/1991.

Cabe señalar que el dec. 1957/1990 dispuso la venta, en licitación pública nacional e internacional, del ciento por ciento (100%) de las acciones de la empresa (en poder de los Ministerios de Defensa y de Obras y Servicios Públicos), aprobó el Pliego de Bases y Condiciones pertinentes, designó como autoridad de aplicación al Ministerio de Defensa, dispuso la asunción por el Estado Nacional de los pasivos de la empresa, incorporó al patrimonio de Tandanor —en carácter de aporte de capital del Estado Nacional— plataforma elevadora y de transferencia de buques y su predio y todos los bienes muebles e inmuebles que se encontraban afectados al uso de la empresa.

En el pliego aprobado por dicho decreto se dispuso que el valor base del 100% del capital de Tandanor ascendía a USD 168.000.000, el que estaría integrado por USD 8.000.000 en efectivo y USD 160.000.000 en títulos de la Deuda Externa Argentina Soberana verificada por el Banco Central de la República Argentina, a su valor nominal.

El síndico en la quiebra de la adjudicataria de la privatización del astillero —Indarsa, a quien en 1991 le habían sido adjudicadas el 90% de las acciones de Tandanor por la suma de USD 59.760.000 y que desde 1999 se hallaba en quiebra— planteó la invalidez constitucional del acto revocatorio por haber dispuesto del único activo de la fallida, que constituía la prenda común de sus acreedores, sin la obligatoria intervención judicial previa.

Señaló que se habían conculcado derechos adquiridos y, en concreto, que se había afectado el derecho de propiedad por no haber previsto la consecuente indemnización que respetase la regla del art. 17 de la CN.

Sostuvo que el decreto no considera el aspecto indemnizatorio en tanto priva de retribución a quienes han desempeñado funciones en el proceso concursal.

A la vez el síndico de Indarsa defendió los derechos de los acreedores verificados y declarados admisibles, quienes, según sostuvo, no podrán ver satisfechos sus créditos ante la imposibilidad de enajenar el activo de la fallida. Dentro de los acreedores verificados y declarados admisibles (todos quirografarios) el Estado Nacional - Ministerio de Defensa tenía el 94,71% del pasivo total.

Concretamente, tal como lo destaca el fallo de alto tribunal, el argumento central de la sindicatura de la quiebra de Indarsa reside en que mediante el dec. 315/2007 se habría violentado

el principio del debido proceso ya que, tratándose de un acto que dejó sin efecto uno anterior por razones de ilegitimidad en un contexto en que ya se habían producido efectos respecto de terceros, correspondía, según el síndico, que su extinción fuera requerida a la autoridad judicial.

Según lo destaca el fallo en comentario, el síndico ejerció su representación legal mediante un planteo acotado a la defensa de los derechos de los acreedores, verificados y declarados admisibles, y de quienes desempeñaron funciones en el proceso falencial, es decir, de terceros respecto de Indarsa. No dirigió su acción a tutelar los propios y particulares intereses de la fallid.

A la vez negó que el Poder ejecutivo tenga potestad para "avasallar los derechos adquiridos por terceros ajenos a una relación jurídica que tiene 16 años de vigencia ininterrumpida".

(ii) El fallo de primera instancia

La sentencia de primera instancia rechazó el pedido de inconstitucionalidad del dec. 315/2007. Consideró que el ejercicio de la potestad revocatoria resulta válido, con relación a un acto administrativo afectado de nulidad absoluta cuando el interesado hubiera conocido el vicio que lo afectaba. Sostuvo que no se advertía la ilegitimidad del dec. 315/2007, máxime cuando se apreciaba una adecuada relación entre su contenido y los antecedentes que le habían servido de causa.

(iii) Los agravios de la sindicatura

El síndico de Indarsa interpuso recurso de apelación. En su expresión de agravios el órgano concursal señaló que, en el caso, se dan las excepciones a la potestad revocatoria de la Administración que surgen de las normas administrativas y de la doctrina de esta Corte señaladas por el juez. En ese sentido destacó que no podía olvidarse que "la quiebra es un tercero ajeno a la relación contractual que vinculó a las partes celebrantes, en el caso, el Estado Nacional y la firma Inversora Dársena Norte SA", y señaló que "no pueden verse alcanzados por los efectos del dec. 315/2007 quienes son ajenos a las irregularidades que destaca, simple y sencillamente porque no han participado en su producción".

Afirmó que el decisorio recurrido había efectuado una incorrecta interpretación del art. 18 de la ley 19.549, por cuanto el adjudicatario en el proceso licitatorio nulificado se encuentra desapoderado de su patrimonio como consecuencia de la quiebra, y los acreedores reconocidos en el proceso concursal son inexcusablemente terceros respecto de los cuales no puede sostenerse que tuvieran conocimiento de los vicios que afectaban al contrato anulado.

Destacó que se trata de cuestiones que les resultan inoponibles.

El síndico sostuvo que el decreto impugnado era inconstitucional por violar la ley 24.522 por cuanto, por la decisión unilateral del Estado Nacional, se había perjudicado a los demás acreedores de la deudora y del concurso. Puntualizó que "no se respetaron los derechos adquiridos por terceros ajenos a la operación de venta, extemporáneamente cuestionada por una de las mismas partes celebrantes" y anulada sin intervención judicial, "en flagrante violación a la regla del art. 17 de la ley 19.549" que exige la acción de lesividad.

(iv) El fallo de la cámara

La cámara de apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y declaró la inconstitucionalidad del dec. 315/2007. Para decidir de ese modo consideró que al momento dictarse el dec. 315/2007 *existían derechos subjetivos que ya habían sido ejecutados, pues el paquete accionario del Estado Nacional en Tandanor había sido transferido a Indarsa hacía 16 años*. Agregó también que "[s]i bien la doctrina le concede a la Administración" la facultad de revocar actos que estuvieran firmes y consentidos y que hubieran generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo cuando el interesado conociera el vicio —por aplicación del art. 18 de la ley 19.549—, lo cierto era que dicha potestad podía ejercerse siempre que no causare perjuicios a terceros. Afirmó que la revocación de los actos tachados de nulidad absoluta causaba perjuicios a terceros, que eran los acreedores de Indarsa, en la medida en que la Administración había dispuesto del patrimonio de la sociedad

fallida. Concluyó en que el Poder Ejecutivo no se encontraba habilitado para revocar de oficio los actos referidos en el dec. 315/2007, y que debió haber requerido la correspondiente intervención judicial a fin de salvaguardar los derechos y garantías de aquellos que se vieron afectados por el dictado de ese decreto.

En definitiva, la cámara consideró que con el dec. 315/2007 se había conculcado la garantía del debido proceso (art. 18 de la CN), pues aún en el caso de admitirse la potestad revocatoria de la Administración, el procedimiento previo a su ejercicio debió haber cumplido con las reglas que aseguran la salvaguarda de tal garantía mediante la oportunidad del ejercicio de su derecho de defensa a la quiebra de Indarsa.

(v) La sentencia dictada por la Corte federal

El fallo del alto tribunal revoca la sentencia de la cámara y confirma la de primera instancia en cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad del dec. 315/2007 presentado por el síndico de la quiebra de Indarsa.

De inicio el alto tribunal anticipa que para dirimir la cuestión resulta necesario examinar las facultades con que cuenta la Administración (en la especie, el titular del Poder Ejecutivo de la Nación) para dejar sin efecto aquellos actos que reputan irregulares.

En efecto.

El consid. 16 de este pronunciamiento **(169)** reproduce, con muy ligeras variaciones, los considds. 4º y 5º de "Rodríguez Blanco de Serrao" (1982); 6º y 7º de "Furlotti" (1991); y 9º y 10, de "Astilleros Mestrina" (2010).

Fijada el área de revisión y anulación del acto administrativo, el pronunciamiento examina una cuestión central: la facultad (en puridad, legitimación) de terceros que no son los destinatarios del acto de adjudicación, pero que se consideran afectados por el acto extintivo (dec. 315/2007) para impugnar judicialmente la legitimidad del acto revocatorio.

Sobre este punto el consid. 15 la sentencia destaca que el argumento central de la sindicatura de la quiebra de Indarsa para solicitar la declaración de inconstitucionalidad del dec. 315/2007 reside en que mediante su dictado se habría violentado el principio del debido proceso pues "tratándose de un acto que dejó sin efecto uno anterior por razones de ilegitimidad en un contexto en que ya se habían producido efectos respecto de terceros, correspondía —según su interpretación— que su extinción fuera requerida a la autoridad judicial".

Al respecto el pronunciamiento comentado subraya que, el síndico se limitó a ejercer la defensa de los acreedores reconocidos en el proceso concursal, esto es de *terceros* diferentes al destinatario del acto de beneficio revocado a través del dec. 315/2007.

En ese entendimiento sostuvo que la sindicatura "ejerció su representación legal mediante un planteo acotado a la defensa de los derechos de los acreedores, verificados y declarados admisibles, y de quienes desempeñaron funciones en el proceso falencial, es decir, de terceros respecto de Indarsa" y agrega: de sus presentaciones "surge que no dirigió su acción a tutelar los propios y particulares intereses de la fallida", en tanto no desarrolló argumento alguno dirigido a cuestionar el acto desde el punto de vista del deudor de la quiebra.

(169) El consid. 16 de "Talleres Navales Dársena Norte", de 2018 señala lo siguiente: "Que, al respecto, esta Corte ha señalado que el art. 17 de la ley 19.549 establece expresamente la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara "firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", supuesto en el cual "solo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad" (CS, Fallos: 314:322).Por lo tanto, supuesta la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, resulta en principio legítima la actividad revocatoria de la propia Administración, salvo que concurra la excepción señalada en el párrafo anterior. Esa potestad administrativa —como se adelantó, de ejercicio inexcusable cuando es procedente— encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad (doctrina de CS, Fallos: 250:491, consid. 6º y sus citas; 302:545; 304:898; 314:322).

Frente a tales circunstancias el consid. 17 define, de manera categórica, la suerte de la pretensión.

Al respecto el Tribunal sostiene:

- la *limitación* impuesta a la potestad revocatoria de la Administración (por el art. 17 de la LNPA) es una *excepción* establecida *en protección de los "derechos subjetivos" generados por el propio acto irregular*;

- el facultado para solicitar la declaración de nulidad de un acto revocatorio de un beneficio es, exclusivamente, el destinatario del acto revocado;

- es el destinatario del acto de beneficio quien sería el sujeto legitimado para ser demandado en una eventual acción de lesividad de la Administración para obtener la declaración de nulidad del acto irregular, en tanto *son sus "derechos subjetivos*" los que *protege* el art. 17, LNPA al limitar la facultad extintiva de la Administración;

- es *el titular de esos mismos derechos* (que la norma reseñada —esto es el art. 17, segunda parte, LNPA— *protege*) el que, al haber conocido el vicio que afectaba al acto irregular, hace renacer la facultad extintiva de la autoridad administrativa (CS, Fallos: 321:169), *limitada exclusivamente en salvaguarda de sus derechos*;

- *de no ser así se tornaría ilusoria la potestad revocatoria prevista en la ley*, pues sería infinito el universo de personas que se podrían sentir perjudicadas por las consecuencias que deriven indirectamente de tal revocación, con la eventual consecuencia de reinstalar en el ordenamiento jurídico un acto ilegítimo.

Por último, en el consid. 18, el alto tribunal sostiene que no resulta trasladable al acto irregular la prohibición de revocar, modificar o sustituir un acto regular, a favor del particular, cuando ella pueda causar perjuicios a terceros.

En efecto: la sentencia interpretó que esa limitación solo opera con respecto a los actos regulares, mas no se extiende al acto irregular pues mientras ese segmento del art. 18, segunda parte, tiene en miras a favorecer al particular siempre que no se perjudique a terceros, en la revocación del acto irregular está en juego la *defensa del interés público*.

(vi) Conclusiones

(a) El *holding* del fallo queda expuesto en el consid. 17. De él es posible extraer la siguiente regla: en lo que atañe al acto irregular, la excepción al ejercicio de la potestad anulatoria consagrada en el art. 17, segunda parte, LNPA, solo tiene en miras la protección y salvaguarda de los derechos subjetivos del destinatario (directo) del acto sujeto a revisión, esto es, del legitimado pasivo de la pretensión procesal de nulidad a la que alude el art. 17, *in fine,* LNPA (conocida como acción de lesividad).

Por ende, si la revocación del acto afectara *indirectamente* a terceros (como lo señala la pretensión anulatoria) ello no impide ni obstaculiza el ejercicio de la potestad revocatoria de un acto irregular en defensa del interés público. El consid. 17, último párrafo, justifica esa interpretación pues de lo contrario se tornaría ilusoria la potestad revocatoria prevista en la ley habida cuenta que numerosas personas se podrían sentir perjudicadas indirectamente por la revocación.

Esta conclusión es ciertamente apropiada en relación con situaciones en las que en juego derechos patrimoniales, básicamente disponibles. Sin embargo, cuando lo discutido concierne a actos administrativos multipolares, cuya revocación produce consecuencias derechos indisponibles de terceros ajenos a la relación jurídica sustancial, v.gr., los derechos de incidencia colectiva relativo a cuestiones ambientales, de salud, educación, etc.

(b) En lo que atañe al ejercicio del poder revocatorio, el consid. 16 de "Talleres Navales Dársena Norte" reitera los consids. 9º y 10, de "Astilleros Mestrina" (2010); 6º y 7º de "Furlotti" (1991) y 4º y 5º de "Rodríguez Blanco de Serrao" (1982).

De este modo, en fecha relativamente reciente, el alto tribunal reafirma que frente al acto que padece un vicio determinante de una nulidad absoluta resulta —en principio— legítimo, obligatorio e inexcusable el ejercicio de la potestad revocatoria, salvo que se presente la excepción prevista en la segunda parte del art. 17, LNPA.

En ese orden, el consid. 16 —en línea con los precedentes citados— afirma que el acto afecta-

do de nulidad absoluta carece de la estabilidad propia de los actos regulares "y no puede generar válidamente derechos subjetivos" frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad.

En relación con esta última aserción el considerando siguiente incorpora una novedad con respecto a la interpretación de la segunda parte del art. 17, LNPA.

En efecto: el consid. 17 señala que la limitación impuesta a la potestad revocatoria de la Administración *es una excepción establecida en "protección" de los "derechos subjetivos" generados por el propio acto irregular* cuya extinción lleva a cabo la autoridad administrativa.

El mismo considerando puntualiza que son los "derechos subjetivos" del destinatario del acto "los que protege la norma en examen al limitar la facultad extintiva de la Administración".

De este modo, en este considerando, el alto Tribunal abandona decididamente la doctrina sostenida en "Rodríguez Blanco de Serrao" (Fallos 304:898, de 1982); "Furlotti" (Fallos 314:322, de 1991) y "Astilleros Mestrina" (2010) e interpreta, de manera compatible con el texto legal vigente, la finalidad de la denominada excepción: proteger la intangibilidad de los bienes jurídicos tutelados por la situación jurídica activa generada por el acto administrativo calificado, por la propia Administración, de irregular hasta que exista un pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada. Naturalmente ello no impide que con anterioridad la Administración le solicite al tribunal judicial que suspenda provisionalmente la eficacia del acto que califica de irregular, ello de acuerdo con el art. 16, LMC.

Mientras la lectura del consid. 16 está llamada a fortalecer el ejercicio de la potestad revocatoria del acto (calificado por la Administración de) irregular, desprotegiendo todo interés digno de tutela que pudiera haber nacido, reconocido o declarado por aquel, el consid. 17, en cambio, subraya que, la salvedad establecida en el art. 17, segunda parte LNPA es una excepción establecida en "protección" de los "derechos subjetivos" generados (a favor del destinatario) por el propio acto irregular. Y agrega: son "sus 'derechos subjetivos' los que protege la norma en examen al limitar la facultad extintiva de la Administración".

La comparación entre el consid. 16, última parte, y el 17, primer párrafo, permite observar un desajuste que produce inicial perplejidad en torno al alcance y límites de la potestad anulatoria.

Mientras el consid. 16 de "Talleres Navales Dársena Norte" expresa que un acto irregular "no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad", el considerando siguiente explícitamente puntualiza que la limitación impuesta a la potestad revocatoria de la Administración en el art. 17 segunda parte, LNPA "es una excepción establecida en protección de los 'derechos subjetivos' generados por el propio acto irregular".

Es decir: la sentencia, por un lado, subraya que, un acto irregular no puede generar válidamente derechos subjetivos (consid. 16, última parte); por otro, afirma que la estabilidad del acto irregular firme y consentido que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo es una excepción establecida "en protección de los derechos subjetivos generados por el propio acto irregular" (consid. 17).

Una interpretación *armonizante* nos lleva a sostener que, mientras el considerando 16 se refiere al acto irregular que ha sido declarado nulo por la autoridad competente (de manera inapropiada el considerando se refiere al acto afectado de nulidad absoluta, confundiendo la causa —vicio determinante de una ilegitimidad grave— con su secuela sancionatoria —la nulidad absoluta—), el consid. 17, en cambio, alude a los derechos subjetivos que nacen de un acto administrativo, que, si bien pudo ser calificado por la Administración de irregular, aún no ha sido declarado formalmente nulo y, por ende, todavía no ha sido expulsado del mundo jurídico por la autoridad competente.

De consiguiente, desde la susodicha perspectiva armonizante, el consid. 16 —en tanto alu-

de a que un acto irregular "no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares"— se refiere al acto irregular que, al ser declarado nulo, es ineficaz.

El consid. 17, por el contrario, alude al acto considerado gravemente antijurídico (irregular) pero que aún no ha sido declarado nulo por la autoridad competente (en el supuesto del art. 17, segunda parte, LNPA, se requiere la decisión judicial) y, por ende, extramuros de la calificación jurídica, está dotado de eficacia.

Ciertamente, a nuestro modo de ver, la interpretación que realiza el consid. 17 responde con mayor fidelidad a los fines queridos por la norma (art. 17, segunda parte LNPA), esto es, asegurar en sede administrativa el mantenimiento de la situación jurídica plasmada en el acto (calificado de) irregular —que se encuentra firme o consentido y ha generado situaciones activas dignas de protección que se están cumpliendo— hasta el momento que exista sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada que declare la nulidad. En este punto el consid. 17 de "Talleres Navales Dársena Norte" mantiene la línea trazada por la propia CS en el consid. 5º *in fine* de la causa "AFIP" **(170)** (2013).

Esa garantía —mantenimiento de los efectos de la situación jurídica activa plasmada en el acto calificado de irregular— se extiende hasta tanto exista una decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada que declare la nulidad absoluta del acto sujeto a revisión o se ordene la paralización provisional de la eficacia del acto a través de una medida cautelar (conf. art. 16, LMC).

A la vez, la categórica aseveración vertida en el consid. 16, de antigua prosapia en la doctrina del Tribunal posterior a la LNPA, es una afirmación general que, extramuros del texto legal vigente, comprende a todo acto irregular favorable —esté o no en cumplimiento— y, desde el punto de vista técnico, se vincula con los efectos, en principio, *ex tunc* (retroactivos) del acto estatal (administrativo o sentencia) que declare la nulidad absoluta del acto (calificado de) irregular.

- Reafirmación del principio general en relación con el acto irregular generador de derechos subjetivos que no se están cumpliendo.

- Miragaya **(171)**

En este caso, de 2003, se plantea de modo muy concreto el alcance de la potestad revocatoria de la Administración frente a un acto administrativo *favorable* al particular.

(i) Antecedentes fácticos

Mediante res. 1101/1999 el sr. Miragaya resultó adjudicatario de una licencia para la instalación y explotación de un servicio de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia. Pocos días después de que le fuera notificada el acto de adjudicación la Administración (Secretaría de Cultura y Comunicación) dictó la res. 9/1999, publicada en el BO. La disp. 9/1999 dispuso la suspensión y revisión de —entre otras— la resolución citada.

Como producto de la revisión el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) dictó res. 458/2000. En ella la autoridad administrativa revocó el acto de adjudicación de la licencia.

El actor postuló una pretensión de amparo contra el COMFER. Pidió que se declare la nulidad de la res. 458/00 que revocó, por razones de ilegitimidad, la adjudicación de una licencia para la instalación, funcionamiento y explotación de una estación radial por modulación de frecuencia, categoría F, otorgada por la res. 1011/1999.

La amparista sostuvo que el acto revocatorio impugnado vulneraba derechos protegidos por la Constitución Nacional (arts. 14, 16, 17, 32, 42) y contrariaba el principio de estabilidad de los actos administrativos (arts. 17 y 18 de la ley 19.549), por cuanto, según sostuvo, la adjudicación fue realizada en cumplimiento de las disposiciones que rigen la actividad desde radiodifusión.

(170) Fallos 336:2364 (2013).

(171) Fallos 326:3316 (2003).

(ii) Núcleo del conflicto

En este caso el núcleo del conflicto reside en discernir:

(ii') si estaban dadas las condiciones objetivas que determinan la calificación de irregular del acto sujeto revisión, concretamente la res. 458/2000;

(ii'') en caso afirmativo, si la Administración resultaba competente para revocar por sí y ante sí el acto de adjudicación de la licencia de radio o si, por el contrario, el acto se encontraba en área de estabilidad, y por ende, resultaba inmutable en sede administrativa, ora por estar amparado por el art. 18, primer párrafo, de la LNPA o por el 17, segunda parte.

(iii) El fallo de la Cámara

Si bien en primera instancia se hizo lugar a la demanda, la CNFed. Cont. Adm., sala II, revocó ese pronunciamiento y desestimó el amparo.

La alzada consideró que no existía ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. En tal sentido sostuvo que la res. 458/2000, impugnada en el amparo, no revelaba irrazonabilidad manifiesta por cuanto se sustentaba en defectos graves del procedimiento que había precedido a la original adjudicación otorgada por res. 1101/1999.

A la vez sostuvo que los derechos emergentes de la res. 1101/1999 no se habían cumplido al tiempo de la revocación dispuesta por la res. 458/2000, ya que, la licencia abarcaba un período de ocho años, contado desde el inicio de las transmisiones, y el licenciatario no acreditó haber presentado documentación técnica antes de comenzar con aquellas.

En definitiva, consideró que la res. 1101/1999 no había empezado a generar sus efectos, por lo cual no se configuraba ilegalidad en el ejercicio por parte de la Administración de las facultades revocatorias previstas en la LNPA.

(iv) El dictamen de la Procuración General

A su turno la Procuración General exhibe un miraje diferente al de la Cámara. Opina que la sentencia desestimatoria de la pretensión de amparo debe ser revocado.

Para fundamentar su posición el apart. V del dictamen sostiene que, si bien para la cámara el acto de adjudicación era irregular y los derechos subjetivos que surgían de él no se estaban cumpliendo, lo cual facultaba al COMFER para revocarlo, en rigor "el amparista alega que dicho acto era regular y, por consiguiente, gozaba de la estabilidad que le confiere el art. 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos".

Sin embargo, manera subsidiaria en el párrafo siguiente se subraya que, aun cuando, por hipótesis, se admita lo afirmado por el *a quo*, esto es, que el acto de adjudicación era irregular, "cabe tener presente que igualmente alguno de sus efectos se estaba cumpliendo al tiempo de la revocación por el acto aquí cuestionado" pues, si bien las transmisiones radiales todavía no se habían iniciado, el amparista —en su carácter de adjudicatario de la licencia de radio— ya tenía derecho a presentar determinada documentación técnica y a constituir las garantías, de acuerdo con lo requerido por la resolución 16/COMFER/1999, inclusive dentro de ciertos plazos.

(v) El fallo de la CS

La sentencia del alto tribunal enfatiza que la amparista no se hizo cargo de los vicios individualizados en el acto revocatorio (vicios en el procedimiento, omisión del respeto del principio de igualdad en la adjudicación de las licencias y la insuficiente motivación de los actos de adjudicación).por ende, consideró que la revocación dispuesta por la resolución COMFER 458/2000 se ajustó a lo dispuesto en el art. 17 de la ley 19.549 y no violó los límites a la extinción del acto irregular en sede administrativa impuestos por aquella.

Sostuvo que aun si se considerara que el acto de adjudicación (res. 1101/1999) se encontraba firme, este al momento en que se dispuso la revocación no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo. Ello es así por cuanto de las constancias del expediente no surge que las transmisiones hubieran comenzado. Cabe señalar que el plazo de 8 años de la licencia se comienza a contar a partir del inicio de tales transmisiones. Enfatiza el Tribunal que en el escrito de recurso extraordinario expresamente indicó que al momento de dictarse el

acto impugnado se encontraba esperando que la autoridad competente dispusiera la fecha de comienzo de las transmisiones.

(vi) Regla que se extrae del fallo

La regla sobre la que se apoya el fallo que rechazó la pretensión de amparo aparece en los consids. 7º a 9º. De estos es dable inferir que, en el esquema de ordenación vigente, el acto irregular, aun cuando fuera favorable y generara derechos subjetivos, carece de estabilidad si tales derechos no se estuvieran cumpliendo. En tal supuesto es legítimo que la Administración ejerza la potestad revocatoria por razones de ilegitimidad conferida expresamente por el art. 17, primera parte, LNPA.

(vii) El razonamiento del alto tribunal

Del fallo es dable verificar que para la sentencia de la CS:

(vii') el acto administrativo impugnado—adjudicación de licencia de radio—, por la entidad de sus vicios, es irregular;

(vii'') al momento de dictarse el acto anulatorio (disp. 458) el acto de adjudicación (res. 1109/2000) aun, no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo por cuanto el actor no había iniciado las trasmisiones ni tampoco se le había dado la autorización para hacerlo;

(vii''') de consiguiente, frente al acto irregular que no generó derechos "que se estuvieran cumpliendo", el ejercicio de la potestad revocatoria se ajustó a lo dispuesto en el art. 17 de la LNPA;

(vii'''') este antecedente fáctico (acto administrativo irregular, generador de derechos subjetivos que no se estuvieran cumpliendo) queda subsumido en el principio general consagrado en el art. 17, primera parte, LNPA.

(viii) Conclusiones

El dictamen de la Procuración General y el fallo de la Corte exhiben dos puntos de tensión.

El primero concierne a la calificación del acto administrativo sujeto a revisión. El dictamen de la Procuración pone en tela de juicio de ponderación realizada por la cámara en cuanto al supuesto carácter irregular del acto. Ello conlleva una discrepancia con el tribunal de la alzada en torno a la valoración de la magnitud o intensidad de los defectos que se le imputan al acto. En este punto el dictamen se muestra permeable a los argumentos de la amparista en cuanto al carácter regular del acto.

En este tópico la CS, sin embargo, valida la posición de la Administración —que recoge el dictamen de la PTN—. En este sentido de manera decidida considera que por la importancia de los vicios en las formas esenciales —procedimiento, motivación— el acto de adjudicación era irregular.

Nuevamente aparecen aquí las consecuencias de hacer reposar el ejercicio de la potestad revocatoria de actos favorables en la equívoca díada acto regular/acto irregular.

La segunda cuestión atañe a las consecuencias que se derivan de esa calificación.

El dictamen de la Procuración General entiende que, si bien las transmisiones radiales todavía no se habían iniciado, el am parista —en su carácter de adjudicatario— ya tenía derecho a presentar determinada documentación técnica y a constituir las garantías, por lo que infiere que "igualmente alguno de sus efectos se estaba cumpliendo al tiempo de la revocación".

El fallo de la CS descarta que existan derechos subjetivos en cumplimiento por cuanto al momento del dictado del acto revocatorio no se había iniciado las transmisiones.

En definitiva: el fallo de la CS en "Miragaya" ratifica la línea trazada por el alto tribunal en precedentes anteriores [v.gr., "Olivera" **(172)**] en tanto le asigna efectiva operatividad del *principio general* establecido en el art. 17, primera parte de la LNPA: el acto irregular que generó derechos subjetivos que no se están cumpliendo debe ser anulado por la propia autoridad administrativa.

(172) Fallos 310:1987, de 22/09/1987.

Consiguientemente, la revocación del acto administrativo de adjudicación pudo ser válidamente dispuesta por razones de ilegitimidad en los términos del art. 17 de la LNPA.

- El Rincón de los Artistas **(173)**

La doctrina labrada en "Miragaya", y con anterioridad en "Olivera" y "Movimiento Scout Argentino", fue ratificada en "El rincón de los Artistas". En este pronunciamiento la Corte federal que no era imperativo para el órgano de la Administración iniciar la acción de lesividad por cuanto la resolución que adjudicó el contrato "podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo (art. 17, ley 19.549)".

- La expansión de la potestad revocatoria más allá del texto legal vigente: la traslación jurisprudencial del régimen de las excepciones a la estabilidad del acto regular al acto irregular firme y consentido que generó derechos subjetivos que se están cumpliendo

Inicialmente debemos recordar que la primera parte del art. 18 de la LNPA establece que el acto administrativo *regular* del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, "no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado". Se consagra así la denominada estabilidad o inalterabilidad, en sede administrativa, del acto regular favorable. Sin embargo, la segunda parte del mismo art. 18 introduce un elenco de salvedades que limita la estabilidad del acto regular, portador de vicios leves, que ha creado derechos subjetivos y está notificado. Una de esas salvedades alude al conocimiento del vicio por parte del interesado. En tal sentido el acto regular "podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa *si el interesado hubiere conocido el vicio...*".

A la vez el art. 17, segunda parte, si bien confiere estabilidad al acto administrativo irregular siempre que "estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", nada dice con respecto al conocimiento del vicio. Prescribe, sin embargo, que frente aquella situación "solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

Un sector de la doctrina tuvo fuertes reparos a la estabilidad acotada que la disposición legal le otorga a ciertos actos irregulares. Se criticó su impronta individualista.

Amén de ello, dentro de las objeciones realizadas al texto legal vigente se indicó que el art. 17, segunda parte, de la LNPA omite incluir el conocimiento del vicio como valladar a la irrevocabilidad del acto irregular.

Como se verá, la jurisprudencia del alto tribunal— a partir de "Almagro" Fallos 321:169 y "El Rincón de los Artistas", consid. 20— interpretó el desacople entre los arts. 18 y 17 de la LNPA por medio de la *traslación de la excepción es*a la estabilidad del acto regular (art. 18, segunda parte, LNPA) al acto irregular (art. 17, segundo párrafo).

Esa interpretación produjo dos efectos visibles: de un lado expandió la potestad anulatoria de la Administración más allá de la gramaticalidad de la norma; de otro, limitó el área de estabilidad del acto irregular favorable.

En este último caso no podemos eludir la perplejidad que genera la utilización de la analogía para *extender una excepción que suprime o, en el mejor de los casos, limita la garantía del juicio previo* reconocida expresamente en la norma legal (art. 17 *in fine,* LNPA). Nuestra perplejidad es aún mayor si tenemos en cuenta que la decisión adoptada en "Almagro", celebrada por un sector de la doctrina, se produjo pocos años después de que se sancionara la reforma de la Constitución y la doctrina expansiva de la potestad se la aplicó a dos personas en una relación de empleo público.

- "Almagro" **(174)**

(i) Antecedentes fácticos

El Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba dejó sin efecto la designación de dos agentes de la planta de personal no docente.

(173) Fallos 326:3700.

(174) Fallos 321:169 (1998).

Contra ese acto las agentes afectadas encauzaron su impugnación por medio del recurso directo previsto en el art. 32 de la ley 24.521.

(ii) La decisión de la Cámara

La sentencia de la Cámara federal declaró la nulidad de la resolución que había dejado sin efecto los nombramientos y condenó a la Universidad a reintegrarlas a los cargos y destinos que ocupaban.

(iii) Los fundamentos del fallo de la Cámara

Para decidir de ese modo la Cámara sostuvo que el Consejo Superior no se hallaba habilitado para revocar los actos de designación porque estos estaban firmes, consentidos y habían generado derechos subjetivos —que se estaban cumpliendo— en favor de las recurrentes, razón por la cual, si la Administración entendió que los actos tenían vicios que los tornaban nulos, debió acudir al auxilio judicial promoviendo el proceso de lesividad contemplado en el art. 17 de la ley 19.549.

En tales condiciones la alzada concluyó que no era posible determinar si los actos de designación eran nulos y menos aún expedirse sobre el alegado conocimiento del vicio por parte de las beneficiarias.

(iv) La decisión de la CS

Sobre la base de que la Cámara había realizado una interpretación parcial de las normas que rigen el caso y un estudio incompleto sobre la legalidad del acto impugnado, el Tribunal declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

(v) Razonamiento del alto tribunal

A partir de una "interpretación armónica" de los arts. 17 y 18, LNPA, el alto tribunal sostuvo que *las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte*. De lo contrario, agregó, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa.

El alto tribunal enfatizó, además, que una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas (se refiere a los arts. 17 y 18 de la LNPA) llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave.

(vi) Proyecciones

En línea a la doctrina sentada por la Corte federal en los precedentes indicados, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal afirma que "las causales que autorizan la anulación oficiosa del acto regular son igualmente aplicables a la anulación oficiosa del acto irregular, porque, de no ser así, absurdamente habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular (es decir, el acto nulo gozaría de mayor estabilidad que el regular). Entonces, aun cuando el acto irregular hubiera quedado firme y generado derechos subjetivos que se comenzaron a cumplir, la Administración debe igualmente anularlo oficiosamente cuando se configure alguno de los supuestos idóneos para disponer tal extinción con relación al acto regular, entre ellos, el conocimiento del vicio por parte del administrado" (CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Peña Onganía, Matías G. c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia" de 26/03/2009) **(175)**.

Ateniéndose a la jurisprudencia del Alto Tribunal, los asesoramientos de la Procuración del Tesoro enfatizan en términos similares a los empleados por el Tribunal que las excepciones a la regla de la estabilidad del acto regular previstas en el art. 18 de la ley 19.549 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables al supuesto de los actos irregulares, ya que, de lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta tendría mayor estabilidad que el regular, lo que no es ni razonable ni valioso. El órgano asesor puntualiza que una inteligencia literal y aislada de esas normas llevaría

(175) Con anterioridad a "Almagro", diversos precedentes de la CNFed. Cont. Adm. habían propiciado la interpretación armónica entre los arts. 17 y 18 de la LNPA. En tal sentido cabe recordar las sentencias dictadas por la sala IV en las causas "Schvetz", de 15/03/1985; "Campoamor", de 14/05/1985; "Bidart", de 07/04/1989; "Peredo", de 05/10/1993 y "Mainar s/ amparo", de 18/07/1997 (conf. CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Villalonga Furlong", de 08/04/1998, consid. 15, ED 186-135).

a concluir que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación considerada menos grave por la ley (PTN, Dictámenes 277:196. En el mismo sentido: Dictámenes 261:26; 267:579 y sus citas Dictámenes 260:336, 261:118).

(vii) Conclusiones

a. Un miraje inicial nos interroga sobre la validez del procedimiento de *interpretación creativa* (mutación por adición) por medio del cual *se añade un requisito no previsto* en el texto de la ley a resultas del cual *se limita el área de estabilidad* y se *suprime la garantía al debido proceso legal* que asegura el art. 17, *in fine*, LNPA (recuérdese que la segunda parte del art. 17, LNPA prescribe en relación con el acto administrativo irregular que "estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", que "solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante *declaración judicial de nulidad*").

b. Indudablemente, la idea de una *interpretación armónica,* tal como lo indica el alto tribunal en el consid. 5º de "Almagro", como sustento de la traslación sin ley de excepciones al mantenimiento de la situación jurídica activa creada por el acto, pasa por alto que *la analogía no es una técnica hermenéutica adecuada para limitar derechos*.

c. Si bien es loable reafirmar el principio general enunciado en la primera parte del art. 17, LNPA, con la finalidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad, la interpretación jurisprudencial expansiva de la potestad revocatoria más allá de los expresos límites establecidos en la ley, exhibe discutible compatibilidad con la Constitución. Tal incongruencia adquiere mayor visibilidad cuando el objeto del acto administrativo pone en juego derechos que atañen al mínimo existencial o vital de la persona, como es, v.gr., el derecho a la remuneración por su trabajo.

Desde el punto de vista técnico, la doctrina "Almagro" consagra la *interpretación analógica de las excepciones* a la estabilidad del art. 18.

De tal ella *se infiere (induce) una regla general:* la excepción a la estabilidad del acto *regular* por existir al conocimiento del vicio se traslada al acto irregular; por ende, a partir de tal traslación, la susodicha salvedad se presenta como recaudo general impeditivo de la estabilidad de todo acto administrativo, ora regular, ora irregular.

Luego como consecuencia es dable realizar una *deducción,* esto es, extraer una aplicación particular*: el conocimiento de vicio, como excepción a la estabilidad del acto, se aplica de manera particular al acto calificado de irregular. De consiguiente, la estabilidad del acto irregular solo opera si el acto está firme o consentido, generó derechos subjetivos que estuvieren en cumplimiento y el interesado —al momento de su emisión— no ha tenido conocimiento del vicio grave que lo afecta*. Sin embargo, la aplicación de la aludida excepción al régimen de los actos irregulares arroja como consecuencia la supresión de una garantía fundamental expresa y específicamente reconocida y consagrada en la ley (art. 17, segunda parte, LNPA), el *derecho al juicio previo* (arts. 18 y 75.22, CN; 8º, CADH). En efecto, reza la segunda parte del art. 17, LNPA: "No obstante, si el acto (irregular) estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante *declaración judicial de nulidad".*

En relación con la analogía W. Goldshmidt señala que, si un caso no está previsto en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la reglamentación del último debe darse igualmente al primero. Luego, con fundamento en la jurisprudencia, puntualiza que procede la interpretación analógica cuando aun tratándose de situaciones excepcionales *estas son favorables a la libertad individual o a sus derechos* **(176)**.

En efecto: la analogía es procedente, aun en casos excepcionales, cuando por ese conducto se crean, reconocen o consolidan situaciones activas. No es una técnica apropiada para crear situaciones jurídicas pasivas o disminuir las activas.

(176) GOLDSHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 5ª ed., ps. 294-296.

d. *Resulta difícil aceptar que a través de una interpretación jurisprudencial mutativa por adición*, se incrementen los recaudos legales de estabilidad del acto calificado por la Administración de irregular y, coetáneamente, se limite por esa misma vía —jurisprudencial— el derecho del interesado al *juicio previo* tal como lo establece, de modo expreso, el art. 17, *in fine,* de la LNPA.

Tal interpretación, postulada con particular insistencia por un sector de la adoctrina autoral durante el régimen de facto, tiene, a nuestro juicio, una debilidad genética: prescinde del mandato constitucional basilar en virtud del cual ningún habitante de la Nación será privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19, CN). Por ende, extramuros del principio de legalidad, la interpretación jurisprudencial brindada por el alto tribunal en Almagro debe ser íntegramente revisada. A la vez, tampoco podemos pasar por alto que esta facultad que se le confiere a la Administración va acompañada, de un lado, de la ausencia de norma legal que establezca qué se entiende por conocimiento del vicio; y, de otro, por la indiferencia que exhibe el sistema en relación con los actos que concretizan la satisfacción de derechos fundamentales.

e. Desde esta atalaya la interpretación debería ser exactamente inversa a la predicada por los precedentes jurisprudenciales citados: *si el conocimiento del vicio no está consagrado en relación con el acto irregular menos aún se lo puede invocar como excepción a la estabilidad del acto regular.*

f. Sin embargo, la conclusión precedente está condicionada por un *principio general del derecho* aplicable tanto a los actos irregulares como a los regulares: *ninguna persona se puede beneficiar de su propia injusticia, de su propio mal proceder o delito*.

- Revisión y declaración judicial de antijuridicidad del acto revocatorio. El caso "Kek"

(i) Antecedentes fácticos

El Concejo Deliberante de la Municipalidad de Coronel Du Graty sancionó la Ordenanza 375/2003 por la que se dispuso la creación de quince cargos de planta permanente. A la vez, en ese cuerpo normativo se resolvió que dichos cargos fueran cubiertos por los agentes municipales que se venían desempeñando como personal transitorio, entre ellos, los actores.

Meses después el concejo sancionó una nueva ordenanza, la 383/2003, que dejó sin efecto la ordenanza 375/2003. Para adoptar esa decisión el órgano deliberativo sostuvo que la ordenanza 375/2003 —que dispuso la cobertura de los cargos de planta permanente por agentes que se venían desempeñando en planta transitoria— había sido sancionada en contradicción al art. 60, inc. e de la ley 4233 Orgánica del Municipio, que establece que el Concejo sancionará Ordenanzas "... que aseguren el ingreso a la Administración municipal por concurso". A la vez, afirmó que el pase a planta permanente de las quince personas en cuestión causaba un daño económico y financiero a la comuna y comprometía la futura gestión de administración.

Contra la decisión de dejar sin efecto la incorporación a planta permanente los afectados demandaron la nulidad de la ordenanza 383/2003. Pidieron también que se les indemnizaran los daños y perjuicios que les había causado la Ordenanza 383/2003 al dejar sin efecto su incorporación a la planta permanente.

(ii) La decisión del Superior Tribunal provincial

A su turno el Superior Tribunal de la provincia del Chaco rechazó la pretensión anulatoria. Sostuvo que la ordenanza 375/2003 estaba afectada de nulidad absoluta. Fundó sus argumentos en la doctrina labrada en "Rodríguez Blanco de Serrao" y "Furlotti" : la facultad de la Administración de revocar sus propios actos afectados de nulidad absoluta encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de tal vicio y que, por esa razón, no posee la estabilidad propia de los actos regulares ni puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad.

(iii) La admisibilidad del recurso extraordinario

A pesar de ser una cuestión de derecho público local, la Corte federal abrió el recurso extraordinario. Ponderó que, en el caso, está en tela de juicio el alcance de las garantías constitucionales de la *propiedad* y de la *defensa en juicio*, que los apelantes consideran violentadas de manera directa y manifiesta por el acto revocatorio atacado (art. 14, inc. 1º, de la ley 48) **(177)**.

(iv) La decisión de la CS

En su sentencia el alto tribunal decidió revocar la sentencia del superior tribunal provincial. Sostuvo que "no se encuentra probado que la ordenanza 375/2003 exhiba vicios 'graves y ostensibles'". Destacó que la norma —la ordenanza 375/2003— reúne todos los requisitos de forma y competencia que hacen a sus condiciones esenciales de validez. Reafirmó que, en cuanto a su contenido, no puede afirmarse que aquella hubiese sido dictada con "grave error de derecho".

Para arribar a tales conclusiones la sentencia subrayó que la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la Administración comunal. Ello es así, dijo, "pues el art. 60, inc. e, de la ley orgánica 4233 de Municipalidades no ha sido reglamentado en la Municipalidad de Du Graty y no hay una norma específica en esta Comuna que imponga tal requisito".

Tuvo en cuenta que merced a la antigüedad en planta transitoria de las personas designadas en planta permanente no puede calificarse a la decisión de incorporarlos como una medida dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados.

Señaló que la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una legítima expectativa de permanencia laboral, merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la Administración.

Finalmente sostuvo que la Municipalidad de Du Graty no podía dejar sin efecto la ordenanza 375/2003 por no concurrir los supuestos excepcionales que autorizan a la Administración a revocar, en su propia sede, un acto que generó derechos subjetivos incorporados al patrimonio de los particulares.

(v) El razonamiento del alto tribunal

(v') En "Kek" lo primero que llama la atención es la aplicación del régimen de la función administrativa a normas de naturaleza legislativa.

En efecto, la doctrina de la CS sostiene, desde hace más de treinta años, que las ordenanzas municipales tienen naturaleza legislativa. Por tal razón, a aquellas no se le aplica el principio de inderogabilidad singular del reglamento (v. "Promenade"). Tal principio solo opera con relación a actos que son producto de la función administrativa.

Extramuros de esa concepción, en "Kek" el alto tribunal aplica a las ordenanzas 375 y 383 el sistema de vicios, nulidades y extinción de los actos administrativos. Concretamente les aplica a las ordenanzas, que tienen naturaleza legislativa, el régimen propio de la función administrativa.

Esta interpretación plantea dos tipos de fundamentos: de un lado, se podría sostener que hubo un implícito cambio de criterio del Tribunal en cuanto a la naturaleza jurídica de las ordenanzas. Así el tribunal pareció haber tenido en cuenta el carácter pluriindividual de las designaciones realizadas por el concejo

De este modo mientras la creación de los cargos sí tiene naturaleza legislativa, la designación de los actores —a pesar ser emanar del concejo deliberante, un órgano diferente a la Administración, cuyos miembros están dotados de

(177) Cabe señalar que, en su dictamen, la Procuradora Fiscal ante la Corte sostuvo: "Cabe recordar, en orden a verificar las condiciones para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48 que, en principio, es ajeno a esta instancia el examen de decisiones que resuelven cuestiones regidas por el derecho público local, porque ellas son privativas de los tribunales locales, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (doctrina de CS, Fallos: 305:112; 324:1721, 2672, entre otros), salvo cuando medien supuestos de arbitrariedad. Sobre tales bases, en mi concepto, no se advierte que la sentencia apelada exhiba los reproches que los recurrentes le atribuyen".

legitimación democrática directa bajo el procedimiento propio de la formación y sanción de leyes, esto es un procedimiento deliberativo, no administrativo— son, en su esencia jurídica, actos administrativos formalizados por razones de economía en un solo acto, la Ordenanza 375/2003.

La segunda opción interpretativa no es otra que reconocer que hubo una extensión analógica del derecho de función administrativa a productos formales de la función legislativa.

(v'') En cuanto al fondo del asunto cabe advertir que, para declarar procedente el recurso extraordinario de los agentes municipales y revocar la sentencia desestimatoria de la pretensión anulatoria, la Corte reexaminó, en primer lugar, la calificación jurídica del acto estatal que designó a los agentes municipales. En efecto, la Ordenanza 383/2003 —que dejó sin efecto a la Ordenanza 375/2003— consideró que esta, la Ordenanza 375/2003, estaba "afectada de nulidad absoluta" pues, según surge de sus fundamentos, las designaciones de los agentes municipales se realizaron sin que se hubiese observado el requisito legal de ingreso por concurso según lo establece el art. 60, inc. e de la ley 4233 Orgánica del Municipio.

Al rechazar la demanda el superior tribunal provincial validó la interpretación brindada por la Ord. 383/2003.

La sentencia de la Corte federal revisa la calificación de acto irregular, y, por ende, reexamina si la ordenanza 373/2003 es, en puridad, portadora de los vicios graves que le imputa la Ordenanza 383/2003. La sentencia advierte que el defecto grave en las formas esenciales por inobservancia del procedimiento de concurso público en verdad no es tal: el art. 60 de la ley Orgánica del Municipio no resultaba aplicable en la especie por cuanto el municipio de Du Graty no había aun reglamentados esa previsión normativa y no existía norma municipal que impusiera ese requisito.

Al respecto, dice el Tribunal: "la exigencia de concurso para acceder a este tipo de cargos no surge con claridad de las normas que rigen el ingreso a la Administración comunal. Ello es así, pues el art. 60, inc. e, de la ley orgánica 4233 de Municipalidades no ha sido reglamentado en la Municipalidad de Du Graty y no hay una norma específica en esta Comuna que imponga tal requisito".

En tales condiciones, el acto anulatorio formalizado mediante la Ordenanza 383/2003 resultaba gravemente ilegítimo en la causa y en el objeto.

En el primer caso, el vicio en el antecedente de derecho resulta de aplicar una norma legal —el art. 60, inc. e, de la ley orgánica 4233 de Municipalidades— a una circunstancia fáctica que no correspondía. La ley citada, en tanto no había sido reglamentada por el municipio, no regía la situación de los agentes del municipio de coronel Du Graty. Según se desprende del fallo, tampoco está acreditado en el expediente la existencia de una norma local que imponga el procedimiento previo de concurso. De consiguiente el objeto del acto está en discordancia con la situación de hecho descrito en el régimen normativo vigente toda vez que el susodicho art. 60, inc. e de la ley Orgánica de Municipio rige para los municipios que la hubieran reglamentado, y esto no sucedió en el municipio de coronel Du Graty.

Como derivación secuencial de lo anterior, el acto de nombramiento, en tanto no estaba condicionado el art. 60, inc. e de la Ley Orgánica de Municipio, era regular y había adquirido estabilidad. De consiguiente, el contenido del acto revocatorio —ord. 383/2003— está prohibido por cuanto la autoridad pública anuló, por sí, un acto estable —la ord. 375/2003—.

A la vez, también existe un vicio grave en el objeto por cuanto el acto favorable (designación) estaba amparado por la legítima confianza de continuidad. En tal sentido el tribunal destaca que la conducta de la municipalidad podría haber generado en los actores una "legítima expectativa" de permanencia laboral, merecedora de la protección contra la ruptura discrecional del vínculo por parte de la Administración.

(v''') A partir de este miraje es dable comprender lo dicho por el alto tribunal en el consid. 8º.

Sostiene la sentencia: "el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos

y no el de restablecimiento sin dilaciones el imperio de la juridicidad".

En el párrafo siguiente agrega: "... la excepción —la facultad revocatoria de la Administración ante la existencia de 'un error grave de derecho'— debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica".

No está demás señalar que un par de años más tarde, en "Aladín", el Alto Tribunal federal aclaró que las consideraciones realizadas en "Kek" aludían al acto regular.

(vi) Conclusiones

La sentencia dictada por la CS en el caso "Kek" se descalifica la valoración del acto revocado (en la especie designaciones mediante ordenanza 375/2003) realizada inicialmente por la autoridad pública mediante el acto anulatorio (ord. 383/2003), convalidada más tarde por el superior tribunal provincial.

A pesar de la dogmática referencia que realiza el tribunal local en relación con la finalidad de la potestad anulatoria, lo cierto es que para la sentencia de la CS el acto que, en principio, estaba llamado al restablecimiento sin dilaciones del imperio la juridicidad —la ord. 383/2003— en puridad consumó una grave antijuridicidad toda vez que revocó un acto regular estable. El alto tribunal no deja de señalar que el acto revocatorio afectó los bienes jurídicos que, según el fallo, el acto regular estable está llamado a proteger: la propiedad y la seguridad jurídica.

En "Kek" el alto tribunal puso en tela de juicio no solo la magnitud o intensidad del vicio que se le imputó al acto favorable (designación de los actores en la planta permanente). Apuntó directamente a la errónea apreciación en torno a la existencia del defecto. Esa errónea valoración de los antecedentes del acto revocatorio determina, desde el punto de vista técnico, la presencia de un vicio grave en la causa del acto anulatorio. Esta cuestión, como venimos alertando, es decisiva en lo que respecta al régimen de la revisión y anulación del acto administrativo.

A la vez, si bien el fallo no lo explicita es dable observar que la valoración de la existencia y magnitud del vicio que realiza la sentencia tuvo en cuenta la naturaleza y calidad de los derechos en juego (relación de empleo público) y la necesidad que estos estaban llamados a satisfacer. En ese plano la CS introduce el principio de confianza legítima, tan desarrollado en el derecho alemán a partir del art. 48 de la VwVfG, en tanto procura brindar protección a la "legítima expectativa de permanencia laboral" frente a la cual la autoridad "no podía dejar sin efecto" el nombramiento de los actores "por no concurrir, en este caso, los supuestos excepcionales que autorizan a la Administración a revocar, en su propia sede, un acto generó derechos subjetivos incorporados al patrimonio de los particulares".

- Evaluación

En esta etapa es posible verificar que la jurisprudencia del alto tribunal ratifica el principio general y la excepción tal como lo venía haciendo en pronunciamientos dictados en los períodos anteriores. Esta conclusión se desprende de los fallos "Astilleros Mestrina" (2010) y del consid. 16 de "Talleres Navales Dársena Norte" (2018).

En relación con este punto cabe puntualizar que si bien el considerando 8º de "Kek" señala, en relación con el acto favorable, que la estabilidad es el principio general y la revocación la excepción, dos años más tardes, en "Aladín" —consid. 4º—, se aclara que tal afirmación alude a los actos regulares. De ese modo, se ratifica la interpretación clásica del art. 17 que viene desarrollando el alto tribunal desde hace cuarenta años.

De otro lado cabe hacer notar que el criterio jurisprudencial consagrado en Almagro reduce el *área de estabilidad* fijada, explícitamente, en el texto del art. 17, segunda parte, LNPA, a través de la traslación al acto irregular de las salvedades establecidas con relación al acto regular (art. 18, LNPA). Aun cuando la redacción del art. 17, segunda parte, LNPA, se mantiene inalterado, la hermenéutica jurisprudencial consagrada en "Almagro" y ratificada luego en "El Rincón de los Artistas" produce lo que técnicamente se conoce como *mutación por adición*

que, en este caso, se traduce en una modificación indirecta del texto legal. Esta circunstancia plantea interrogantes sobre si tal procedimiento de modificación de la ley resulta, o no, compatibles con la Constitución. Aunque también se presenta la duda en torno a la compatibilidad de los efectos que acarrea la susodicha interpretación sobre los fines de la norma.

Este criterio se completa con la doctrina labrada en la causa "AFIP" de 2013. En esta el aligeramiento de los recaudos formales previos a la promoción de la acción judicial de nulidad por parte de la Administración —en los excepcionalísimos supuestos en que se verifica la existencia de un acto administrativo irregular estable— marca la línea tendente a despojar de procedimientos previos el acceso al tribunal y facilitar de tal modo una rápida decisión judicial.

V. Cuarta parte. Conclusiones en torno al régimen legal jurisprudencial de las consecuencias principales directas e indirectas que resultan del acto administrativo irregular

El régimen legal-jurisprudencial de las consecuencias jurídicas principales directas e indirectas del acto irregular reposa en las siguientes bases:

1. Según el esquema sistemático de ordenación vigente en el orden nacional, el acto administrativo afectado de un defecto o vicio que determina su nulidad absoluta es irregular.

2. El acto se considera irregular cuando carece de condiciones esenciales de validez, esto es, cuando le falta una pieza estructural indispensable o padece uno o más vicios graves determinantes de nulidad absoluta **(178)**.

3. Frente al acto administrativo calificado de irregular **(179)**, la Administración —como principio general— tiene el *deber reglado* de ejercer la potestad anulatoria expresamente conferida por el régimen legal vigente.

4. La potestad otorgada a los órganos administrativos de enmendar sus propios actos carentes de condiciones esenciales de validez es correlato del principio de juridicidad **(180)**.

5. Como regla general, el régimen legal jurisprudencial vigente les imputa a los actos administrativos *irregulares* (desfavorables y favorables) la misma *consecuencia principal*. Tales actos deben ser retirados o expulsados, sin dilaciones, del mundo jurídico (art. 17, primer párrafo, LNPA).

6. Sin embargo, en relación con actos irregulares favorables el régimen legal-jurisprudencial vigente prohíbe el ejercicio de la potestad anulatoria cuando el susodicho acto estuviese firme o, consentido, hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumplimiento (art. 17, segunda parte, LNPA) y no concurran las salvedades previstas en el art. 18, segundo párrafo, de la LNPA, entre ellas, el conocimiento del vicio.

7. Con fundamento normativo en el art. 17, primera parte, de la LNPA, los tres momentos del régimen legal-jurisprudencial tratan de manera indiferenciada a los actos desfavorables y favorables. En este punto la equiparación del

(178) Algunos fallos, sin embargo, consideran carentes de condiciones esenciales de validez a los actos administrativos que están afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido, v.gr. Fallos 338:212 ("Kek", consids. 7º y 9º); Fallos 316:3157 ("Espacio", consid. 8º); CNFed. Cont. Adm., sala II, "Alves, Marisa E. c. EN - Honorable Senado de la Nación s/ empleo público" de 26/12/2019; sala III, "Pantaleoni de Valitutto, Pierina" de 11/02/2010, consid. VIII). Cabe puntualizar que del art. 17, LNPA no se desprende que la visibilidad del vicio ejerza gravitación para calificar a un acto de irregular.

(179) Al respecto la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal subraya que "el acto administrativo irregular —o nulo de nulidad absoluta, en los términos de la ley 19.549— es aquel que adolece en alguno de sus elementos de un vicio grave". y agrega: "no es dable transpolar las nociones propias del derecho privado en torno de las nulidades absolutas a estos supuestos. La distinción, en derecho administrativo, entre nulidad absoluta y nulidad relativa radica en la entidad del vicio que se aloja en el acto de que se trate —grave, en un caso, leve en el otro— y no en la necesidad de realizar una investigación de hecho para comprobar la irregularidad" (CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Villalonga Furlong", de 08/04/1998, consid. 15, ED 186-135).

(180) Fallos 316:3157 ("Espacio", 1993); CNFed. Cont. Adm., sala II "Alves, Marisa E. c. EN - Honorable Senado de la Nación s/ empleo público" de 26/12/2019; sala III, "Pantaleoni de Valitutto, Pierina y otros c. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Entel Residual, de 11/02/2010, consid. VIII.

acto favorable con el desfavorable juntamente con la multiplicidad de óbices jurisprudenciales que se le añaden al art. 17, *in fine,* exhiben una *tendencia al fortalecimiento de la potestad revocatoria.* En efecto: la jurisprudencia del alto tribunal federal, como la del fuero especializado, son contestes en enfatizar, como *principio general*, que el acto irregular debe ser revocado en sede administrativa **(181)**.

8. Según este esquema, cualquier *excepción* que limite el ejercicio de la potestad anulatoria del acto calificado de irregular (v.gr. situaciones jurídicas activas declaradas, reconocidas o nacidas del acto) se la debe interpretar con criterio restrictivo **(182)** o, como indica la jurisprudencia, *estricto* **(183)**.

9. El horizonte de proyección del principio general extraído del art. 17, primera parte, de la LNPA, se extiende sobre:

(i) el acto irregular desfavorable o de gravamen;

(ii) el acto administrativo favorable, calificado de irregular por la autoridad administrativa, que ha generado derechos subjetivos que aún no han tenido comienzo de ejecución **(184)**;

(iii) el acto que ha generado intereses legítimos; y

(iv) el acto administrativo favorable, calificado de irregular por la autoridad administrativa, que estuviere firme o consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se están cumpliendo, pero se determine que el destinatario del acto se encuentra incurso en alguna de las salvedades consagradas en el segundo párrafo del art. 18, como, por ejemplo, conocimiento del vicio genético u originario que padecía el acto.

10. La Administración tiene prohibido ejercer la potestad anulatoria en aquellos supuestos en que el acto administrativo goza de estabilidad (arts. 18 primera parte y 17, segunda parte) **(185)**. En tales supuestos la ineficacia definitiva del acto se producirá como derivación secuencial necesaria de la declaración *judicial* de nulidad anulatoria.

11. Sin embargo, en 2018 un asesoramiento de la PTN registrado Dictámenes 307:167 introdujo discutibles precisiones en torno a la aplicación del *principio general* anulatorio sobre actos irregulares *estables.* A pesar de lo establecido por el art. 17, *in fine* de la LNPA, el dictamen, propicia que, resulta procedente la revocación de oficio,

(181) CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Warning c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales" de 05/11/2002, consid. V; "Peña Onganía, Matías G. c. Estado Nacional -Ministerio de Justicia", de 26/03/2009, consid. VII y sus citas.

(182) CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Warning c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales" de 05/11/2002, consid. V; "Peña Onganía, Matías G. c. Estado Nacional -Ministerio de Justicia", de 26/0372009, consid. VII y sus citas.

(183) CS, "Astilleros Mestrina", 17/0972010, consid- 11 y sus citas (Fallos: 304:898; 305:2170; 314:322). En el mismo sentido: CNFed. Cont. Adm., sala II, "Gordillo, Jorge H. c. Administración Nacional de Seguridad Social", de 14/03/2006, consid. V y sus citas.

(184) Conf. Fallos 310:870 (Olivera); Fallos 326:3316 ("Miragaya"). En esta línea la CNFed. Cont. Adm., sala II, en la causa "Gordillo", de 14/03/2006, consideró que los derechos subjetivos nacidos del acto revocado no estaban en cumplimiento por cuanto el crédito a su favor del agente en concepto de indemnización por la baja no había sido cancelado con la entrega de los bonos de consolidación. En tal sentido agregó el tribunal de alzada el requerimiento de pago suscrito por el actor es insuficiente para considerar que existen derechos en cumplimiento dado que es uno de los pasos que exige el procedimiento de cobro del crédito consolidado que, sin embargo, no se encontraba perfeccionado pues estaba en trámite. En el mismo sentido, se puede ver el fallo dictado por CNFed. Cont. Adm., Sala IV, en "Warning SA c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales" de 05/11/2002, consid. V. En este pronunciamiento la alzada consideró que el INCAA actuó legítimamente al disponer la revocación de un convenio —que autorizaba a la actora para obtener auspiciantes y anunciantes y/o realizar gestiones tendentes a la producción y comercialización de publicidad a todo evento nacional e internacional— entre el organismo y la actora toda vez el susodicho acto carecía de causa, motivación y había omitido el procedimiento esencial previo —la licitación pública— y que estaba demostrado que aquel "no se encontraba en vías de cumplimiento". Para arribar a esta última conclusión el tribunal tuvo en cuenta que no se acreditaron hechos que configuren ejecución de las cláusulas, tal como pudo haber sido el establecimiento de relaciones contractuales o extracontractuales con empresas auspiciantes.

(185) Conf. CNFed. Cont. Adm., sala IV, "Cerra, Luis E. c. Administración Federal de Ingresos Públicos" de 19/03/2008, consids. VII a X, JA 2008-III-7.

"la declaración administrativa de nulidad", la "anulación no ejecutoria" del acto irregular estable como meras alternativas a la declaración de lesividad **(186)**.

12. En los supuestos que la Administración deba postular una pretensión judicial de nulidad para remover del mundo jurídico un acto irregular estable, el régimen legal-jurisprudencial actualmente vigente considera que no resulta necesario el dictado de un acto administrativo ni tampoco la previa declaración de lesividad **(187)** si el órgano que introduce la pretensión procesal es el competente para revocar, por sí, el acto irregular que se impugna judicialmente **(188)**. De este modo el tercer momento del régimen legal-jurisprudencial aligera los recaudos formales previos a la introducción de la pretensión de nulidad por parte de la Administración.

13. La extinción del acto administrativo por razones de ilegitimidad se mantiene regida, casi en su totalidad, por normas y criterios jurisprudenciales y administrativos labrados según los criterios predominantes en los períodos de ruptura o quiebre institucional, ajeno a los valores y principios de la Constitución Nacional convencionalizada.

14. Aun cuando se puedan distinguir *vicios puramente administrativos*, por un lado, y *vicios constitucionales y convencionales*, por otro, el régimen legal-jurisprudencial vigente desconoce esas diferencias.

Concretamente: al acto irregular portador de vicios constitucionales o convencionales se le aplica el mismo régimen del acto afectado por un vicio grave meramente administrativo. De este modo, no solo se desconoce la sustantividad de los vicios constitucionales y convencionales, sino que se pasa por alto la fuerza normativa de la Constitución convencionalizada y la vocación de eficacia de los derechos fundamentales.

15. El régimen legal-jurisprudencial de extinción del acto administrativo está desacoplado de los principios y valores que emanan de la Constitución convencionalizada. También lo está de las matrices que inspiran la jurisprudencia alto Tribunal de los últimos lustros **(189)**.

16. Aun desde el régimen legal vigente, es imprescindible reexaminar y reformular íntegramente el régimen de las consecuencias jurídicas principales del acto administrativo ilegítimo tal como la ha establecido el régimen legal jurisprudencial del período de quiebre institucional, más tarde consolidado en el derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

(186) PTN Dictámenes 307:167.

(187) En relación con la denominada acción de lesividad, prevista en el art. 17 in fine de la LNPA, el fuero especializado ha dicho que ella "tiene por finalidad asegurar la intervención judicial en orden al debate y decisión en torno de la invalidez del acto revocado, la legitimidad de su revocación o sustitución y la valoración de las consecuencias de todo ello en la esfera de derechos del administrado (respecto de quien el acto originariamente inválido generó derechos), asegurando de tal modo un pleno control judicial de la administración a la vez que la tutela integral de las prerrogativas de rango constitucional de particular involucrado (CNFed. Cont. Adm., sala III, Pantaleoni de Valitutto, Pierina y otros c. Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Entel Residual", de 11/02/2010).

(188) Fallos 336:2364 ("AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo - acción de lesividad contencioso administrativo" de 17 de diciembre de 2013). En ese precedente el alto tribunal destacó que no comparte el criterio según el cual resultaría exigible el dictado de un acto administrativo por parte del organismo recaudador que declare la lesividad del acto precedente como recaudo indispensable para el planteamiento judicial de la acción respectiva. Ello es así, agregó, "en tanto la ley 19.549 de Procedimientos no contiene esa exigencia, y tal requisito no puede considerase implícito cuando, como ocurren el caso, quien entabla la demanda en representación del organismo administrativo es un funcionario competente para suscribir actos de la naturaleza de aquel cuya nulidad se plantea... Por lo tanto, no resulta determinante la "falta de un acto administrativo que fije la postura definitiva de la Administración... pues tal postura se ha plasmado en el escrito de interposición de la demanda, cuyos antecedentes administrativos dan cuenta del procedimiento interno que llevó al Fisco a la convicción de iniciar la presente acción" (consid. 5º).

(189) V.gr., "Q." de 24/04/2012; "Asociación Trabajadores del Estado", de 18/06/2013; "García", Fallos 342:411; "Institutos Médicos Antártida", de 26/03/2019; "Olivo" de 11/12/2018; "Candia" de 26/02/2019; "Blanco", 342:1924; Fernández, María Cristina c. EN — M. Justicia y DD.HH. s/ indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3º", de 08/10/2019; "C. J. C." de 30/04/2020; "B., J. M.", de 04/06/2020.

Sobre la base del texto vigente, y afincado en la idea de *armonizar el ejercicio de las potestades administrativas con los derechos humanos*, la construcción de la teoría de las consecuencias jurídicas del acto administrativo ilegítimo en el *Estado constitucional social de derecho*, asume que la seguridad jurídica —piedra de toque de la teoría del acto, desde "Carman de Cantón" hasta nuestros días— no solo se edifica a través de la observancia del art. 17 de la CN, sino también a través del genuino compromiso del derecho de la función administrativa con el principio de dignidad humana y del efectivo respeto y protección de los derechos humanos que le son inherentes. En tal sentido, resulta decisivo garantizar adecuadamente el mínimo existencial, indisponible o vital que emana de los actos administrativos favorables que lo satisfacen. En estos últimos supuestos, frente a la textura abierta de las normas que regulan el régimen de las vicios (v.gr., art. 14, LNPA), la seguridad jurídica y el principio de interdicción de la insensibilidad —corolario de la tríada basal material del derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho— aconseja modular las interpretaciones formales del régimen legal y en los casos que se ponen en juego derechos fundamentales indisponibles detraer a la Administración la posibilidad de ser juez y parte **(190)**.

17. La teoría de las consecuencias jurídicas del acto ilegítimo debe ser el producto de un discernimiento armónico entre el ejercicio de las *potestades públicas y los derechos humanos* **(191)**. *El hombre, ha dicho la Corte, es el eje y centro de todo el sistema jurídico* y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental **(192)**.

Desde este vértice no resulta congruente con la Constitución Nacional convencionalizada —ni con las interpretaciones que de ella viene realizando el alto Tribunal— mantener esquemas básicamente formales, extramuros de la persona humana y de sus derechos esenciales. El ejercicio de la potestad anulatoria y el invocado restablecimiento de la juridicidad *formal* no puede ni debe prescindir de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego ni de las necesidades que estos están llamados a satisfacer.

18. La armonización del régimen de las consecuencias jurídicas del acto ilegítimo con los principios, valores y reglas que sustentan el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho, debe tener en consideración las siguientes ideas cuestiones:

(i) Reconocimiento de nuevos hontanares de *estabilidad* tendentes a brindar protección —en sede administrativa— al acto cuyo contenido está llamado a satisfacer, de modo inmediato, *derechos indisponibles* o el *contenido esencial* de un derecho fundamental.

(ii) La gravitación jurídica de las *legítimas expectativas* de continuidad del acto administrativo como factor que modula, total o parcialmente, el ejercicio de la potestad anulatoria. En algunos supuestos, la *buena fe* del interesado operará como valladar que evitará la frustración total o parcial de las legítimas expectativas en el mantenimiento de los derechos que emanan del acto sometido a revisión; en otros casos, en cambio, las legítimas expectativas incidirán sobre la temporalidad de la ineficacia del acto declarado inválido. No cabe duda de que el principio de confianza tiene su ámbito natural en los actos administrativos que ponen en juego, de manera directa, derechos indisponibles.

(iii) El pleno respeto de las *garantías fundamentales que preceden al acto extintivo*. En tal sentido, la traslación al procedimiento anulatorio de las garantías mínimas que en función del debido proceso legal consagra el art. 8º de la CADH —con relación a la persona humana— deviene imprescindible como parte del principio de debido procedimiento previo a todo acto. En este sentido, es necesario enfatizar que *el acto administrativo anulatorio debe reunir todos los requisitos previstos en el art. 7º de la LNPA*.

(iv) Reexamen del margen de apreciación de la Administración en cuanto a la evaluación del

(190) La plataforma fáctica del caso (pensiones no contributivas dejadas sin efecto) explica la necesidad de revisar este tema.

(191) Conf. Fallos 336:672 ("Asociación Trabajadores del Estado", de 18/06/2013); CS, "C., J. C.", de 30/04/2020; "Lee", de 19/11/2020.

(192) CS, "C., J. C.", de 30/0472020, consid. 7º.

conocimiento del vicio (art. 18 LNPA). Como venimos sosteniendo en trabajos anteriores, la doctrina labrada por la PTN en lo que atañe al conocimiento del vicio debe ser revisada, sobre todo cuando el contenido del acto atañe a derechos fundamentales indisponibles.

(v) El ejercicio de la potestad anulatoria de actos administrativos favorables, cualquiera sea la naturaleza del vicio que lo afecte, está siempre sometida al *principio de plazo razonable*; este debe ser modulado según la naturaleza de la prestación.

Actividad jurídica y no jurídica de la Administración

Hechos, actos administrativos y otros actos de la Administración

Fernando Gabriel Comadira

Sumario: I. Introducción.— II. Actividad administrativa no productora de efectos jurídicos.— III. Actividad administrativa productora de efectos jurídicos.— IV. Síntesis.

I. Introducción

I.1. En otra ocasión hemos señalado que el acto administrativo deriva genéticamente de la función administrativa y, por tanto, que allí donde aquella se desarrolle, ora mediante órganos estatales (léase: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) **(1)**, ora a través de entes no estatales (públicos o privados), habrá actos administrativos en sentido amplio **(2)**.

Ahora bien, la locución "acto administrativo", como casi todas las palabras, importa un concepto multívoco, es decir, un vocablo en el que se designan no uno, sino varios objetos **(3)** y, por ello, ante aquella multivocidad resulta metodológicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación que, dentro del uso lingüístico, sea lo más preciso posible para saber, como ha señalado Gordillo **(4)**, cuál es el campo de aplicación de un determinado *régimen jurídico* y no otro.

De ese modo, y con la finalidad de ordenar y sistematizar el total de la actividad administrativa, en esa ocasión precisamos que aquella puede ser clasificada de diversas maneras.

Así, pues, frente a la diversidad u heterogeneidad que reviste el término "acto administrativo", se hace menester clasificarlos sobre la base de la observación y el análisis de las particularidades del *régimen jurídico* aplicable a cada uno de ellos, de manera tal que pueda fortalecerse la *seguridad jurídica*, entre cuyos componentes está, como ha señalado Recaséns Siches, el que las personas sepan a qué atenerse **(5)**.

(1) Y ello sin contar la actividad administrativa de diversos órganos instituidos o integrados en el ámbito de tales Poderes (v.gr.: Defensor del Pueblo o Consejo de la Magistratura).

(2) Comadira, Fernando G., "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria" en AA.VV. Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2019, ps. 449 y ss., y, antes, en Comadira, Fernando G., "Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla", EDA 2016-443.

(3) Goldschmidt, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, 6ª ed. reimpresión inalterada, p. 1.

(4) Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, 1ª ed., t. 1, p. I-20.

(5) Recaséns Siches, Luis, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1997, 12ª ed., p. 112. Señala el autor que "el derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido)".

En ese orden de ideas, sostuvimos que una posible clasificación de los actos administrativos —que, huelga señalar, en modo alguno creemos que sea la única manera correcta de hacerlo— **(6)** permite agruparlos, según sus *alcances,* en particulares o generales (normativos —v.gr.: reglamentos— o no normativos) y, de acuerdo con su *gestación,* en unilaterales o bilaterales —es decir, contratos administrativos—.

De allí que sostener que el resultado de la función administrativa se traduce en el dictado de actos administrativos en sentido amplio, importa reconocer que su concepto engloba no solo a los actos de *génesis unilateral destinados a una o más personas claramente identificadas* sino, también, tanto a los que *afectan a una cantidad indeterminada de personas* como a los de *gestación bilateral*, es decir, los contratos administrativos.

Ello permitirá sostener que, al ser todos actos administrativos, poseen ciertas cualidades en común, del mismo modo que justificará, entonces, que al ser dos *especies* de un mismo *género,* exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos entre, por ejemplo, el *acto administrativo de alcance particular* y los *actos administrativos de alcance general*, como también ocurre entre los *actos administrativos unilaterales* y los *contratos administrativos*, lo que fue advertido por el propio legislador al invocar "en cuanto fuera pertinente" en el último párrafo del art. 7º *in fine* de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA) **(7)**.

Sin embargo, en aquella oportunidad también enfatizamos que una de las funciones de la teoría del acto administrativo (a la que en su momento denominamos función teórica-práctica) consistía en nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un *régimen jurídico homogéneo.*

De ese modo, y a simple título ejemplificativo, toda vez que a pesar de las cualidades que tienen en común el *acto administrativo particular* y el *acto administrativo de alcance general* (normativo —es decir, reglamento— o no normativo) tienen marcadas diferencias en su régimen jurídico (impugnación, publicidad, jerarquía, estabilidad, elaboración, etc.), sostuvimos que resultaba necesario de restringir la noción técnica-estricta de "acto administrativo" a uno de ellos **(8)**.

En otras palabras: si bien creemos que todo el producto de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos sobre terceros habrá de considerarse acto administrativo en sentido amplio o genérico, lo cierto es que la necesidad teórica de nuclear en su concepto las formas de actuación administrativa sometidas a un régimen jurídico homogéneo, que garantice el sistema republicano de gobierno, genere seguridad jurídica y que sea un instrumento idóneo para proteger los derechos y los intereses tanto públicos como privados, lleva a la inevitable conclusión de que es necesario restringir la noción técnica-estricta del término 'acto administrativo' a una de aquellas especies que, como dijimos, será al "acto administrativo de alcance particular".

(6) Es que, como ha señalado Carrió, "las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables (...) Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos: el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica" (Carrió, Genaro, "Sobre los límites del lenguaje normativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 72 y ss.). Ver, también: (Hospers, John, "Introducción al análisis filosófico", Versión española de Julio César Armero San José, Alianza Editorial, Madrid, 1985, t. I, ps. 52 y ss.).También se suelen clasificar los actos administrativos en virtud de su posición dentro del procedimiento administrativo, en acto administrativo definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio, o de mero trámite; según favorezcan o perjudiquen al administrado, en favorables o desfavorables; constitutivos o declarativos; verbales o escritos; expresos, tácitos o implícitos; preponderantemente discrecionales o reglados; actos que causan estado, acto recurrible en sede administrativa y acto firme, etc.

(7) Ampliar en: 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", RAP, 503-504, septiembre-octubre 2020, ps. 27 y ss.

(8) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 5.

I.2. Ahora bien, previo a brindar una noción del acto administrativo (en sentido amplio, o del acto de alcance particular o general) **(9)**, resulta necesario tener bien en claro ciertos conceptos preliminares.

El propósito de este trabajo consistirá, entonces, en analizar una de las primeras clasificaciones que la gran mayoría de los autores que han estudiado al "acto administrativo" han aceptado: aquella que distingue, dentro de la actividad administrativa en general, la no productora de efectos jurídicos de la que sí los produce **(10)**.

De ese modo, a lo largo de estas páginas llegaremos a la conclusión de que existen "hechos" y "actos" administrativos, siendo la diferencia esencial entre ellos que, los últimos, es decir, los "actos administrativos", importan un proceso intelectual —v.gr.: declaración— y nunca un comportamiento material.

Del mismo modo, dejaremos establecido que los "actos administrativos", a diferencia de lo que sucede con otros actos —declaraciones— de la administración que también producen efectos jurídicos, generan efectos jurídicos directos frente a terceros ajenos a la Administración.

II. Actividad administrativa no productora de efectos jurídicos

II.1. Hechos y actos no jurídicos

En relación con la actividad administrativa no generadora de efectos jurídicos, y sin adentrarnos en un análisis profundo de la cuestión, por cuanto, como bien se ha precisado, su estudio carece de interés para el derecho administrativo **(11)**, cabe señalar que se la puede dividir en *hechos* y *actos* no jurídicos.

El común denominador de ambas categorías es que no producen consecuencias en el ámbito de la juridicidad, es decir, no producen efectos jurídicos.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre *hechos no jurídicos* y *actos no jurídicos* que, como se verá en el punto que sigue, será de trascendental importancia para la correcta comprensión de la teoría del acto administrativo.

Los *hechos no jurídicos* no son otra cosa más que una operación u actuación física o material: el ingreso de un ministro a su despacho, la limpieza de una oficina, servirse un café, el profesor que da su clase de pie o sentado, o camina durante la impartición de aquella, etc. **(12)**.

Los *actos no jurídicos,* en cambio, importan un proceso intelectual exteriorizado o declaración, es decir, la extrinsecación de una idea: la decisión de un ministro de cancelar una reunión con su gabinete, un profesor recomienda a un alumno la lectura de un libro sobre un tema; un funcionario felicita a otra persona, etc. **(13)**.

---

(9) Nos hemos encargado de hacer referencia a las definiciones de los autores en: Comadira, Fernando G., "El reglamento administrativo. Concepto y diferencias con otras figuras", REDA 125:951.

(10) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2; Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, 10ª ed., t. 3, II-1 y, también, en "Tratado...", ob. cit., t. 1, p. X—2; Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de derecho administrativo. Parte General", Montevideo, 1972, 2ª ed., t. II, p. 381, entre otros. Hemos adherido a dicha clasificación en: Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", Ed. Astrea - Rap, Buenos Aires, 2019, ps. 155 y ss.

(11) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho Administrativo", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 258. Ver, también, Sayagués Laso, quien señala que "está sobreentendido que se estudian únicamente los hechos de la administración que tienen trascendencia jurídica, pues los hechos no jurídicos no interesan al derecho administrativo" (Sayagués Laso, Enrique, "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 381, nota 5).

(12) Comadira, Julio R., "Acto Administrativo municipal (en la municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en los municipios de la provincia de Buenos Aires)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 1; Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 1, p. X-6; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 258; Delpiazzo, Carlos E., "Derecho Administrativo General", Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2020, 3ª ed. actualizada y ampliada, vol. 1, p. 301; Calderón Morales, Hugo H., "El acto administrativo en Guatemala", en AA.VV. El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Ed. Congrex SA, Panamá, 2009, ps. 447 y ss.

(13) Ibidem.

Esta diferenciación entre "hecho" y "acto" que, como se dijo, resulta en principio irrelevante cuando nos ocupamos de la actividad no productora de efectos jurídicos de la Administración, es esencial a la hora de analizar la actividad administrativa que sí los produce, pues será el punto de partida para la adecuada comprensión de la ulterior noción que daremos del "acto administrativo" y "reglamento".

III. Actividad administrativa productora de efectos jurídicos

Ahora bien, en el esquema que hemos propuesto, encontramos que junto a la actividad administrativa no productora de efectos jurídicos está aquella otra que sí produce consecuencias jurídicas y que, a su vez, se la puede clasificar en "hechos administrativos" y "actos administrativos"—estos últimos, en sentido amplio y/o genérico—.

Como acertadamente se ha apuntado, la distinción entre hechos y actos, esencialmente relevante en relación con la actividad productora de efectos jurídicos, es el punto de partida de una adecuada comprensión de la noción ulterior de acto administrativo **(14)**.

III.1. Hechos administrativos y actos administrativos

De ese modo, entre la actividad administrativa productora de efectos jurídicos, podemos mencionar al *hecho administrativo*, es decir, aquel "acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material del órgano administrativo, que produce la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas" **(15)**.

Del concepto de "hecho administrativo" al que hemos adherido se colige que aquel puede clasificarse en "hechos administrativos objetivos", es decir, acontecimientos de la naturaleza que no suponen el accionar humano (p. ej.: una inundación, un incendio, el tiempo, el espacio, la medida, etc.) y en "hechos administrativos subjetivos", esto es, aquellos comportamientos materiales o actuaciones físicas del órgano administrativo.

En definitiva, entonces, el hecho administrativo es un mero acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo que produce consecuencias sobre relaciones jurídicas.

Frente a los hechos administrativos, encontramos al *acto administrativo* que, como señalara Comadira, "... implica, en cambio, la existencia de una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto" **(16)**.

Los actos administrativos *lato sensu*, si bien al igual que los hechos administrativos, producen consecuencias sobre relaciones jurídicas, se diferencian de aquel en que *nunca* son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo —*aun cuando de ese comportamiento se pueda inferir la voluntad del órgano administrativo* **(17)**— *sino que, por el contrario, implican una declaración, un proceso intelectual*.

En similar sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) ha señalado que mientras el acto administrativo constituye una declaración, en tanto traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, los hechos administrativos consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la Administración **(18)**.

Sobre la cuestión, cabe aclarar que hemos destacado y enfatizado que, en nuestra opinión, aun cuando del comportamiento material del órgano administrativo se pueda inferir

(14) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 258.

(15) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2.

(16) Ibidem. En igual sentido, recientemente, Delpiazzo, Carlos E., "Derecho Administrativo General", ob. cit., vol. 1, p. 333.

(17) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 258; Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", ob. cit., p. 161.

(18) Dictámenes 238:319; 240:124, 240:165, entre otros.

su voluntad se está en presencia de un "hecho administrativo" y no, en rigor, de un "acto administrativo", pues, en nuestra opinión, los actos tácitos solo pueden concebirse a partir de actos administrativos expresos y como derivación implícita de aquellos.

Así, siguiendo las enseñanzas del profesor Comadira, entendemos que la manifestación tácita de la declaración en la que el acto consiste no se concibe sino como un elemento implícitamente contenido en el acto expreso **(19)**.

Sobre el tema se han esbozado básicamente dos posturas.

La primera admite la posibilidad de que se configuren actos administrativos tácitos tanto a partir de comportamientos materiales (v.gr.: hechos administrativos) como de actos administrativos expresos **(20)**.

Para otra postura, que es, en rigor, a la que hemos adherido, solo es viable la configuración de un acto administrativo tácito cuando es inferible de uno expreso **(21)**.

Julio Pablo Comadira ejemplifica claramente las consecuencias prácticas entre ambas posturas: ante un acto administrativo que ordena demoler un edificio que amenaza ruina, la demolición efectuada por la cuadrilla municipal se constituye como el hecho administrativo de ejecución de aquel acto administrativo. Ahora bien, si no se hubiera dictado previamente el acto administrativo, y solo se concibiera la existencia de actos tácitos a partir de actos expresos, estaríamos frente a una vía de hecho administrativa mientras que, si se admitiera la existencia de actos administrativos tácitos a partir de comportamientos materiales, podría eventualmente considerarse que la actuación material de demolición lleva implícito el acto administrativo que lo ordena **(22)**.

Un ejemplo de acto tácito derivado de lo expreso sería el caso del otorgamiento del permiso de uso de un bien del dominio público a un particular, pues este implicaría la revocación del permiso anteriormente otorgado a otro administrado sobre el mismo bien; otro supuesto podría ser que un ministro que presenta su renuncia y que, sin ser aceptada expresamente por el Poder Ejecutivo, este último designa a un nuevo ministro en el lugar de aquel. En ambos ejemplos hay un acto administrativo expreso —otorgamiento de permiso y designación del nuevo ministro— que supone un acto administrativo tácito —revocación del permiso anterior y aceptación de la renuncia del antecesor—.

Lo hasta aquí expuesto no implica, claro está, que exista una desvinculación total entre el hecho y el acto administrativo pues, en rigor, en muchas ocasiones el acto administrativo requerirá, para su ejecución, del hecho administrativo.

Así, y a simple título ejemplificativo, ante un acto administrativo (en el caso, de alcance particular) que ordena la demolición de un edificio que amenaza ruina o la clausura de un local, la demolición efectuada por la cuadrilla especial o la colocación de la faja de clausura en la puerta del establecimiento, se constituyen como los hechos administrativos de ejecución del acto.

Sin embargo, si bien los hechos administrativos, por lo general, consisten en la ejecución del acto administrativo, lo cierto es que también existen casos en los que el acto administrativo no requiere de un hecho administrativo para ejecutarse (como sería el otorgamiento de

(19) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 67

(20) Muratorio, Jorge, "¿Actos administrativos tácitos?", en AA.VV., Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 396 y ss. Cabe destacar, a su vez, que para el autor citado mientras el acto que se infiere de un comportamiento material es un "acto tácito", el que resulta inferible de un acto expreso es "implícito", aunque ambas figuras tienen el mismo régimen jurídico. En el ámbito provincial, la Ley de Procedimientos Administrativos de La Pampa en su art. 34 el art. 34 considera expresamente acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración pública.

(21) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 67; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 266.

(22) Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 268.

la licencia de conducir —que implica un juicio de valor sobre la aptitud de una persona para manejar un vehículo automotor— o la emisión de una partida de defunción o de nacimiento —que constituye una mera certificación de hechos—) **(23)** o, incluso, supuestos en los que el acto administrativo se mantenga en el plano de la mera explicitación intelectiva (funcionario designado que no asume, persona premiada que no retira el premio, etc.).

Por otra parte, si bien un calificado sector de la doctrina acepta la existencia de hechos administrativos sin una declaración previa formal **(24)**, lo cierto es que, en nuestra opinión, y tal como hemos señalado con anterioridad **(25)**, no puede aceptarse que existan hechos administrativos subjetivos sin el previo dictado de un acto administrativo expreso, escrito o verbal **(26)**.

Aquel parece ser, además, el criterio seguido no solo en distintas leyes de procedimientos administrativos provinciales [v.gr.: Provincia de Buenos Aires **(27)**, Chubut **(28)** y Córdoba **(29)**] sino, también, en el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España **(30)**.

Asimismo, el comportamiento material en que consiste el hecho administrativo subjetivo puede corresponder tanto a la ejecución de un acto administrativo (v.gr.: demolición de un edificio que amenaza ruina), como a la pura materialidad de su producción (v.gr.: pérdida de un expediente) **(31)**.

Por último, así como la diferencia esencial entre el *hecho administrativo* y el *acto administrativo* es que este último importa una *declaración* emitida en el ejercicio de la *función administrativa* y que *produce efectos jurídicos directos* respecto de terceros **(32)**, no debemos confundirlo

(23) Como bien ha precisado Gordillo "El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto)" (Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 1, p. X-3).

(24) Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, ps. III-1 y ss.; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1993, 4ª ed. actualizada, t. II, ps. 208-220; Tawil, Guido S., "Hechos y actos de la administración", en AA.VV., Acto Administrativo, Tawil, Guido S. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 3 y ss.

(25) Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", ob. cit., p. 159.

(26) En tal sentido, bien se ha señalado que "ante un hecho de la Administración no cabe presuponer que existe un acto previo que lo avala. El acto debe manifestarse por un medio claramente inteligible, intelectualmente separable, distinto y anterior al hecho. No importa que la declaración de voluntad administrativa sea escrita, oral o por signos (...) y tampoco interesa que preceda por un lapso mensurable al hecho de ejecutar lo resuelto" (Botassi, Carlos A. — Oroz, Miguel H. E., "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, La Plata, 2011, 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, p. 557).

(27) Según surge del art. 109 de la Ley 7647 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires, "la Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico".

(28) Según surge del art. 82 inc. 1º de la Ley 920 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Chubut, "la Administración pública no iniciará actuaciones materiales que limiten derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico".

(29) Según surge del art. 99 de la Ley 6658 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Córdoba, "la Administración pública no iniciará ninguna actuación que limite derechos de los particulares sin que, previamente, haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico".

(30) De conformidad con lo establecido en el art. 97, inc. 1º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España aprobado por Ley 39/2015, "las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico".

(31) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 3; Hutchinson, Tomás, "Régimen de Procedimientos Administrativos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 10ª ed. actualizada y ampliada, p. 89, entre otros.

(32) Sin perjuicio de las distintas definiciones que se han dado del "acto administrativo", parece haber consenso en la doctrina en que aquel se caracteriza esencialmente por producir efectos jurídicos directos respecto de terceros (Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...",

con aquellos otros actos que si bien, como tales, importan una declaración —es decir, el resultado de un proceso intelectual—, o no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados o, en caso de generarlos, no son considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos.*

Cabe, asimismo, señalar que no deben confundirse los hechos administrativos, con las denominadas "vías de hecho" administrativas mencionadas en el art. 9º de la LNPA, es decir, los comportamientos materiales del órgano que implican una grosera o grave violación de un derecho o garantía constitucional, o la ejecución de actos cuando se encuentra pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa traen aparejada la suspensión de los efectos ejecutorios del acto **(33)**.

III.1.a. Consecuencias jurídico-prácticas de la distinción entre hechos y actos administrativos

La distinción entre hechos y actos administrativos, que no siempre resulta sencillo adver-

ob. cit., p. 5; Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 208; Linares, Juan F., "Fundamentos de derecho administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 187 y 207; Tawil, Guido S., "El concepto de acto administrativo", en AA.VV., Acto Administrativo, Tawil, Guido S. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 136-137; Balbín, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 2; Altamira Gigena, Julio I., "Acto administrativo", Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 15; Monti, Laura M., "La teoría jurídica del acto administrativo", Documentación Administrativa, 267-268, INAP, Madrid, septiembre 2003-abril 2004, p. 251; Sammartino, Patricio M., "Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. 1, p. 232; Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, Cap. IV-30; Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 10ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, p. 543; entre muchos otros).

(33) Ampliar en: Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 2; Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 258. Cabe destacar que según surge del art. 25 inc. "D" de la LNPA, la acción o el recurso contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse en el plazo de 90 o 30 días, respectivamente, computados, en caso de tratarse de hechos o vías de hecho administrativos, "desde que ellos fueran conocidos por el afectado". De esa manera, entonces, se desprende que según la LNPA los hechos y las vías de hecho no requieren agotamiento de la vía administrativa para acudir ante la Justicia a los fines de su impugnación, pues, como dice la norma, la vía judicial está habilitada desde el momento mismo en que el interesado conoce la existencia de aquellos. No obstante, si se optara por acudir previamente a la vía administrativa, innecesaria en ambos casos, procederá la vía prevista en el art. 30 de la LNPA En estos supuestos, creemos que la actuación administrativa generada con motivo del aludido reclamo, debería producir, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1º, inc. "E", apart. 9º de la LNPA, la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, incluso los relativos a la prescripción habida cuenta de que, a pesar de ser un reclamo innecesario, este no resulta inoficioso. En este sentido, la jurisprudencia del fuero ha señalado que la interposición de un reclamo administrativo ante el órgano competente, aun cuando aquel fuese innecesario por aplicación de las disposiciones del art. 32 de la ley, pero no inoficioso por ser una articulación posible del administrado no prohibida por el ordenamiento procedimental, produce la suspensión de los plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción en los términos de la norma comentada, razón por la cual, en tanto las actuaciones administrativas —practicadas con intervención de autoridad competente— continúen, el plazo de la prescripción sigue suspendido (CNFed. Cont. Adm., sala IV, 17/11/1998, "Gallardo"; CNFed. Cont. Adm., sala I, 24/08/2004, "Legumbres SACFIA" y, más recientemente, CNFed. Cont. Adm., sala III, 22/10/2019, "Telecom Argentina SA c. ENACOM s/ proceso de conocimiento"). Ampliar en: Canda, Fabián, "La incidencia del procedimiento sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso-administrativa", en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, ps. 103 y ss. Ver, también, Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Procedimiento Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. 4, ps. XII-25/26; Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. [coordinador, colaborador y actualizador], "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2012, t. 2, ps. 1176 y ss.).La CS, por su parte, en diversos pronunciamientos recientes parece haber adoptado, aunque no de manera tan explícita, el criterio sentado por la Cámara del fuero (CS, 10/02/2015, "Formosa, Provincia de c. Tecnicagua SA y otros [Estado Nacional] y otros s/ cobro de sumas de dinero", no publicado en Fallos; CS, 10/02/2015, "Santiago del Estero, Provincia de c. Estado Nacional y otros s/ cobro de pesos", no publicado en Fallos; CS, 24/11/2015, "Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 338:1389. Un estudio profundo sobre la cuestión puede verse en: García Pullés, Fernando R., "Influencia sobre el plazo de prescripción del sistema de habilitación de instancia en el contencioso administrativo", LA LEY 2016-F, 755).Es que, en definitiva, y tal como recuerdo Comadira, "si el particular tiene, pues, el derecho de peticionar y la Administración, el deber de resolver, ¿por qué, entonces, el ejercicio no irrazonable de ese derecho no habrá de generar el efecto suspensivo previsto por la norma? (Comadira, Julio R., "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", con la colaboración de Laura M. Monti, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 96).

tirla **(34)**, está destinada a tener consecuencias jurídicas prácticas de insoslayable valoración.

Entre las principales consecuencias jurídico-prácticas cabe mencionar, por ejemplo, que mientras el *acto administrativo de alcance particular* —ora irregular, ora regular— puede adquirir estabilidad en sede administrativa (cfr.: arts. 17 y 18 de la LNPA) y, por tanto, ser inextinguible por el sujeto emisor, al *hecho administrativo*, en cambio, no le son aplicables aquellas previsiones.

A su vez, los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, es decir, la suposición relativa de que aquel ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su emisión; los hechos administrativos, por el contrario, no están investidos de ese carácter esencial.

Por otra parte, mientras para la impugnación judicial de los actos administrativos se requiere del previo agotamiento de la vía administrativa **(35)**, los hechos administrativos son susceptibles de ser cuestionados directamente ante la justicia (cfr. art. 25 de la LNPA) **(36)**.

Las consecuencias jurídico-prácticas de la distinción entre hecho y acto puede verse de manera clara en el enriquecedor debate jurisprudencial que se ha generado en relación con la naturaleza jurídica que debe atribuírsele a las *liquidaciones de haberes*: mientras la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) ha señalado que constituyen simples *hechos administrativos*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (en adelante, CNFed. Cont. Adm.) y la PTN han entendido que son *actos administrativos* (en la especie, de alcance particular).

Así, *in re* "Podestá" (1989), la Corte sostuvo por remisión al dictamen del procurador fiscal, que la circunstancia de que la Caja hubiere dispuesto, unilateralmente, dejar de abonar un adicional al personal retirado no puede considerarse como contraria al art. 17 de la LNPA, por cuanto "el derecho de los actores a percibir un determinado monto deviene de la ley que ha establecido el sistema de cálculo, sobre la base de la remuneración del personal en actividad, y no surge, en cambio, de acto administrativo alguno del ente previsional. Este solo se limita a una operación aritmética, corrigiendo el haber que dispensa, cada vez que se altera el sueldo del activo, mediante una liquidación que no importa acto o declaración de voluntad de la que surgen derechos subjetivos" **(37)**.

Sin embargo, tanto el Máximo Órgano Asesor **(38)** como la CNFed. Cont. Adm. en la causa "Nandín" (2008), han señalado que las liquidaciones del monto pagado en concepto de un incentivo, previsto legalmente, a un agente de planta permanente por el desempeño de sus funciones comportan "actos de ejecución de marco legal aplicable" **(39)**.

(34) Señala Gordillo que "la distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material" (Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 1, p. X-2).

(35) La impugnación del acto administrativo individual se efectúa por medio de recursos. Los actos administrativos de alcance general —normativos o no normativos—, en cambio, pueden impugnarse de dos formas: a) de manera directa, por medio del "reclamo impropio", es decir, impugnando el acto general directamente, sin esperar su aplicación concreta; b) de manera indirecta, es decir, impugnando los actos aplicativos del acto de alcance general. En estos supuestos los vicios que invalidan el acto administrativo no provienen de este sino del acto de alcance general que le da origen (ampliar en: Comadira, Fernando Gabriel, "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria", ob. cit., especialmente p. 473).

(36) Ver lo dicho en la nota 33.

(37) CS, 25/07/1989, "Podestá, Eulogio A. y otros c. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ cobro de australes", Fallos 312:1188.

(38) Dictámenes: 235:143; 238:319; 240:124; 240:165; 249:337, 302:048, entre otros.

(39) CNFed. Cont. Adm., sala III, 17/03/2008, "Nandín, Jorge A. c. Estado Nacional".

Por nuestra parte, como ya adelantáramos, entendemos que el pago de la remuneración a los empleados públicos constituye un típico acto administrativo de alcance particular, pues, en rigor, importa una exteriorización intelectiva producida por la Administración, "dirigida a los destinatarios del acto que implica un proceso intelectual traducido al exterior de su autor. Se contrapone, así, al hecho, en cuanto este representa, simplemente, una actuación física o material del órgano" **(40)**.

Es que, en definitiva, conceptualizar al acto administrativo como una "declaración", significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión **(41)**.

Del mismo modo, la PTN ha precisado que el acto administrativo comprende no solo la manifestación de voluntad, sino también la certificación de hechos llegados a conocimiento de la Administración y que, por consiguiente, al ser el certificado un acto administrativo debe estar sujeto a todas las normas que prescribe y exige la LNPA **(42)**.

III.1.b. Conclusión: síntesis diferencial entre hechos y actos

A modo de síntesis podemos decir, entonces, que la actividad administrativa en general puede clasificarse en la *no productora de efectos jurídicos* y la que *sí los produce*.

Ambas categorías, a su vez, pueden clasificarse en *hechos y actos;* la diferencia esencial entre uno y otro radica en que los primeros, no suponen una exteriorización intelectiva mientras que, por el contrario, los actos sí implican el desarrollo de un proceso intelectivo exteriorizado o declaración.

Asimismo, la nota característica, esencial e inherente que distingue al *acto administrativo* propiamente dicho de otros actos (declaraciones), es que el primero produce *efectos jurídicos directos* respecto de terceros.

Veámoslo con un ejemplo:

El Consejo Superior de una universidad nacional pública dicta la res. 10/2005 por la que aprueba el Reglamento para la Provisión de Cargos de Profesores Titulares de la Universidad Pública.

Luego de ello, la Facultad de Derecho de aquella Universidad dicta la res. 15/2015 en la que convoca a un concurso público para cubrir el cargo de profesor titular en distintas materias.

Mediante res. 20/2016 los Sres. Martínez, Gutiérrez y Fernández son designados en las cátedras de "Derecho Administrativo. Parte General", "Derecho Constitucional Profundizado" y "Derecho Ambiental", respectivamente.

Como consecuencia de aquella resolución, el Sr. Martínez comienza a dictar las clases correspondientes; en algunas ocasiones las dicta sentado, en otras, parado y, asimismo, suele felicitar a los alumnos cuando estos responden correctamente las preguntas que él hace.

Del ejemplo abstracto que acabamos de proponer se pueden diferenciar diversas clases de actuaciones administrativas, a saber:

a) *Hechos no jurídicos:* el Sr. Martínez está parado o sentado frente a los alumnos.

b) *Actos no jurídicos:* el Sr. Martínez felicita a los alumnos por las respuestas correctas.

c) *Hechos administrativos:* el Sr. Martínez imparte la clase por la que fue designado —comportamiento material de ejecución del acto de designación—.

d) *Actos administrativos:* en el ejemplo podemos apreciar la existencia de distintos actos administrativos:

(40) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 206, nota 804.

(41) Ampliar en: Comadira Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., ps. 5-8. Igual criterio fue seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con cita del autor mencionado: CNFed. Cont. Adm., sala IV, 20/05/2010, "Gasc, Javier O. c. Estado Nacional - Ministerio del Interior - PNA s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.".

(42) Dictámenes 156:64; 303:448.

d.1. *acto administrativo de alcance general normativo —reglamento—*: la res. 10/2005 por la que se aprueba el Reglamento para la Provisión de Cargos de Profesores Titulares de la Universidad Pública;

d.2. *acto administrativo de alcance general no normativo*: la res. 15/2005 por la que se convoca a concurso docente;

d.3. *acto administrativo de alcance particular*: la res. 20/2006 por la que se designa como profesores titulares 2016 a los Sres. Martínez, Gutiérrez y Fernández (más concretamente, se trata de un acto pluriindividual) **(43)**.

III.2. Otros actos de la Administración que producen efectos jurídicos

III.2.a. Precisiones conceptuales

Como ya hemos adelantado, existen otros actos emitidos por la Administración que si bien, como tales, importan una declaración —es decir, el resultado de un proceso intelectual—, no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados o, en caso de generarlos, no son considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos.*

Analizar pormenorizadamente todos y cada uno de aquellos actos (v.gr.: declaraciones) excedería, sin duda alguna, el marco de la investigación propuesta.

Sin embargo, si se tiene en consideración que, como dijimos en las páginas que anteceden, *el acto administrativo en sentido amplio deriva genéticamente de la función administrativa* y, a su vez, que aquel es la forma esencial en que la Administración pública expresa su voluntad, resulta conveniente mencionar, al menos tangencialmente, algunos de ellos y, a su vez, efectuar ciertas precisiones conceptuales.

Previo a ello, debemos advertir al lector que **(44)**, a diferencia del uso común que suele dársele a la expresión "actos de la Administración", en este trabajo seguiremos la línea conceptual brindada por García Pullés **(45)**, quien entiende que serán actos de la Administración todas aquellas declaraciones que no son actos administrativos.

De tal forma, entonces, el concepto "acto de la Administración" abarcará a todos aquellos actos que, como tales, no son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo, sino que, por el contrario, importan un proceso intelectivo exteriorizado —declaración— pero que, no obstante, o no afectan de manera directa e inmediata a los administrados o, de hacerlo, no pueden ser considerados, técnicamente, actos administrativos, pues no son el resultado de la función administrativa propiamente dicha.

Entre los principales actos de la Administración podemos mencionar, a simple título ejemplificativo, a los actos interorgánicos, los actos institucionales, los interadministrativos, los actos sometidos al derecho privado, etc.

III.2.b. Actos interorgánicos

III.2.b.i. Concepto

En primer lugar, y dentro de la actividad jurídica de la administración, cabe mencionar la existencia de *actos interorgánicos*, producto de las relaciones que se establecen entre dos o más órganos de un mismo ente o persona jurídica

(43) Sobre el concepto de acto "pluriindividual" y su diferencia con otras figuras puede verse: Comadira, Fernando G., "El reglamento administrativo...", ob. cit.

(44) Es que, como enseña Hospers, "cuando empleamos una palabra de manera contraria al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras cuando las usamos. Y viceversa, cuando no informamos a nuestros oyentes de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras al usarlas, tienen derecho a dar por supuesto que las estamos usando en su sentido convencional, en otras palabras, que estamos siguiendo el uso común". Dicho de otra manera, "cualquiera puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido" (Hospers, John, "Introducción al análisis filosófico", ob. cit., t. I, ps. 19-20).

(45) García Pullés, Fernando R., "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, ps. 45 y ss.

pública estatal, y que resultan del hecho de que aquellos no pueden actuar independientemente, sino que la unidad o integralidad del ente o persona jurídica a la que pertenecen impone que tengan que hacerlo vinculándose y relacionándose unos con otros **(46)**.

Se ha precisado que las relaciones interogánicas pueden ser de colaboración (p. ej.: propuestas, proyectos o diseños de políticas), de conflicto (como ser, por ejemplo, los que se dictan en cuestiones de competencia entre distintos órganos), de subordinación o jerarquía (circulares e instrucciones de un superior a un jerárquico), de carácter consultivo (v.gr.: informes, dictámenes) o de control (aquellos que surgen de las auditorías internas) y que, a pesar de esa diversidad, todas las relaciones deben concurrir hacia una sola finalidad: la que corresponda al ente o persona jurídica a la cual pertenecen **(47)**.

Estos actos no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, sino que agotan sus efectos en la esfera interna de la Administración.

En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que las decisiones emitidas en el marco de una relación interorgánica "despliegan sus efectos en el plano interno de la Administración pública, entendida como organización colectiva característica y resultan, en la medida que no lesionen —en forma directa e inmediata— derechos e intereses de los particulares, excluidas de la fiscalización judicial provocada por la correspondiente impugnación" **(48)**.

En consecuencia, al tratarse de actos que no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, RLNPA) ha establecido, acertadamente, que no son impugnables por recursos **(49)**.

Un ejemplo de este tipo de actos sería, como ya dijéramos y profundizaremos a continuación, los dictámenes jurídicos (típicos actos **(50)** interorgánicos de consulta, incluso cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes) o, también, los actos que ordenan instruir un sumario administrativo **(51)**.

III.2.b.ii. Algunos supuestos que generan confusión: ¿actos interorgánicos o actos administrativos?

De todo lo hasta aquí expuesto se extrae que la nota definitoria, esencial e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros, es decir, la configuración, modificación, suspensión o extinción de derechos subjetivos.

Es necesario, entonces, que para estar en presencia de un acto administrativo la declaración en la que este consiste cree o imponga situaciones jurídicas, esto es, que incida directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

Sin embargo, así como en ciertas ocasiones no es fácil determinar si se está ante un *hecho* u *acto* que produce efectos jurídicos, en algunas oportunidades tampoco resulta sencillo establecer si aquel acto —declaración— produce o no *efectos jurídicos directos sobre terceros*

La cuestión lejos está de ser una mera elucubración de gabinete desprovista de consecuen-

(46) Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, ps. 212-213. Los autores citados señalan que las relaciones interorgánicas son, necesariamente, jurídicas "pues si así no fuera se debería reconocer la existencia de cierta actividad interna que no sería jurídica".

(47) Cassagne, Juan C., "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 555. Ampliar en: García Pullés, Fernando R., "Lecciones...", ob. cit., ps. 270 y ss. Por nuestra parte, hemos adherido a dicha clasificación en: Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", ob. cit., ps. 155 y ss.

(48) CNFed. Cont. Adm., sala V, 20/10/1995, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. Serv. de Acc. Com. c. Estado nacional", JA 1996-II-534.

(49) Art. 80 del RLNPA: "Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la administración, no son recurribles".

(50) Insistimos, los actos interorgánicos son, valga la redundancia, "actos", es decir, el resultado de un proceso intelectivo exteriorizado o declaración.

(51) Ver lo expuesto en el punto III.2.b.ii.

cias prácticas, pues, en definitiva, la calificación de "acto administrativo" importa someter aquella actuación a un régimen jurídico específico (v.gr.: requisitos de validez, caracteres, régimen de impugnación —administrativa y judicial—, estabilidad, publicidad, etc.).

A continuación, entonces, analizaremos algunos de los tantos supuestos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia han generado incertidumbre.

a) El caso de ciertos dictámenes

i) Precisiones conceptuales

Como lo hemos anticipado, tanto los dictámenes como los informes, aun cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes **(52)**, no pueden ser considerados, técnicamente, actos administrativos pues, en rigor, aquellos no son más que un típico acto interorgánico de consulta **(53)**.

La jurisprudencia ha sostenido que los dictámenes constituyen un acto previo a la emisión de la voluntad administrativa que se integran como una etapa de carácter consultivo deliberativo en el procedimiento de conformación de la voluntad estatal, por lo que no revisten la calidad de acto administrativo en sentido estricto, ya que, no producen un efecto jurídico directo e inmediato **(54)**.

Del mismo modo, se sostuvo que aquellos son meros actos preparatorios de la voluntad administrativa sin efecto decisorio y sin la aptitud de obligar por sí mismos al órgano, con competencia para resolver: el dictamen, como tal, no es susceptible de ser impugnado **(55)**.

Los dictámenes jurídicos —al igual que los informes— pertenecen, según la clasificación de la actividad administrativa hecha anteriormente, a la actividad jurídica de la Administración —pues, en definitiva, producen efectos jurídicos— y, dentro de esta, a la categoría de "actos" **(56)**, toda vez que son el resultado de un proceso intelectual —v.gr.: declaración—.

Sin embargo, los informes y dictámenes jurídicos —aun cuando sean de requerimiento obligatorio y eventualmente de efectos vinculantes— no pueden ser considerados actos administrativos en sentido estricto.

(52) Los dictámenes vinculantes son aquellos cuyas conclusiones son de seguimiento obligatorio para la Administración activa. Sin embargo, en estos supuestos, a pesar de que el asesoramiento reviste el carácter de vinculante, no por ello, dejará de ser un dictamen pues, como ha precisado la doctrina, si bien el órgano decisor no puede modificar el tenor del acto consultivo, siempre tendrá la opción de no adoptar la decisión (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 5ª ed. actualizada, 1ª reimp., t. I, ps. 96-97; Muratorio, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", REDA 2002-535; Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico Administrativo", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2014, 2ª ed. corregida y aumentada, p. 54, entre otros).En nuestra opinión, creemos que, si una norma impone a la autoridad administrativa el seguimiento del criterio técnico de un órgano asesor, aquella puede abstenerse de actuar, pero si "quiere proveer no lo puede hacer sino con el contenido indicado en el acto de la autoridad consultiva" (Zanobini, Guido, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Arayú, Buenos Aires, Parte general, 1954, t. I, p. 353). En igual sentido: Comadira, Julio R., "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. I, p. 163, especialmente nota 558. Del mismo modo, sostuvo Diez que el órgano de la Administración activa no está obligado a pronunciarse, y en este caso de nada valdrá el parecer vinculante; pero si aquella emite el acto, no puede hacerlo sin tomar en consideración el contenido del parecer de la Administración consultiva (Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo...", ob. cit., t. I, ps. 190-191).

(53) Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 212; García Pullés, Fernando R., "Lecciones...", ob. cit., ps. 270 y ss., entre otros.

(54) CNFed. Cont. Adm., sala II, 16/09/1993, "Von der Becke, Edmundo c. Estado nacional - Ministerio de Economía".

(55) CNFed. Cont. Adm., sala III, 21/06/2011, "Molinos Río de la Plata c. AF1P-DGI" y 26/03/1996, "Saguier, Marcelo H. c. EN - Min. del Interior s/ empleo público". En igual sentido: PTN 181:151; 183:150; 185:174; 199:97; 235:175. Sobre el tema también puede verse: Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico...", ob. cit., ps. 69 y ss.

(56) En el caso de los dictámenes jurídicos, quienes han estudiado en profundidad el tema expresamente han señalado que "constituyen una manifestación intelectual, una exteriorización de pensamiento. Esto lo diferencia de los hechos administrativos" (Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico...", ob. cit., p. 84). Gordillo, por su parte, también ha señalado que los dictámenes son una declaración (ver: Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, II-3).

Los actos administrativos, como vimos, son aquellas declaraciones que producen efectos jurídicos directos respecto de terceros ajenos a la Administración, es decir, inciden directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

Los dictámenes, en cambio, si bien al igual que los actos administrativos propiamente dichos, producen efectos jurídicos directos, la diferencia sustancial está en que mientras los segundos inciden directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares, los primeros, en cambio, solo en el procedimiento administrativo, es decir, en el ámbito interno de la Administración.

Por ello, como ha precisado la Cámara del fuero, con cita del profesor Comadira, quedan excluidos del concepto de acto administrativo "los actos que, no obstante producir efectos incluso directos en el ámbito interno de la administración, carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de esta" **(57)**.

Aun cuando de los dictámenes o informes se pudieran eventualmente derivar ciertos efectos jurídicos, dichas consecuencias serán el producto resultante del acto administrativo que acoja —o no— el criterio allí propiciado **(58)**.

Por ello, al no afectar de manera directa e inmediata a los particulares, la normativa nacional —v.gr.: art. 80, RLNPA— **(59)**, la PTN **(60)** y la doctrina ha sostenido, acertadamente, que no son susceptibles de ser impugnados mediante recursos administrativos **(61)**.

La irrecurribilidad de los actos detallados en el art. 80, RLNPA implica que una vez emitidos aquellos, el procedimiento debe continuar, sin que sea menester esperar a que sean consentidos por el interesado y aunque este interponga un recurso de cualquier naturaleza **(62)**.

Sin perjuicio de reconocer la improcedencia de interponer recursos administrativos contra dictámenes jurídicos, la doctrina admitió como excepción la impugnación de aquellos actos preparatorios que generan indefensión del administrado **(63)**.

(57) CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 01/06/2011, "La Nueva Metropol SATACI v. Estado Nacional — Ministerio de Planificación y otros").

(58) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 15; Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, II-3; Tawil, Guido S., "El concepto...", ob. cit., ps. 149-150.

(59) El RLNPA ha establecido en su art. 80 que "las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles".

(60) Dictámenes 169:442; 198:230; 211:442; 216:296; 223:02; 229:94; 231:249; 232:128; 245:69; 248:188; 263:139, entre muchos otros.

(61) Muratorio, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", REDA 2002-535; Canosa, "Análisis y comentarios al art. 80 del dec. 1759/1972", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Pozo Gowland, Héctor M. — Halperín, David — Aguilar Valdez, Oscar — Juan Lima, Fernando — Canosa, Armando (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 1210, entre muchos otros. Sin perjuicio de la irrecurribilidad del dictamen, el primero de los autores señalados precisó que "si bien el acto preparatorio de la decisión final no puede ser objeto de recursos administrativos, en tanto no constituye manifestación final de un procedimiento, y, por ende, no incide en la esfera jurídica del particular, esto no empece a que el particular esté inhibido de manifestar cuanto estime pertinente en protección de la posible, futura y eventual afectación de sus derechos, para lo cual puede hacer las presentaciones que considere convenientes en el procedimiento administrativo en que es parte interesada, a través de observaciones, aclaraciones o reservas". En similar sentido se expidió el segundo autor citado. Por otra parte, un sector de la doctrina ha señalado que el hecho de que "el dictamen sea un acto típicamente irrecurrible es una mera cuestión de política legislativa y no de naturaleza jurídica (...) Por eso no sería técnicamente defectuoso, si la ley admitiera que previo al dictado del acto se impugnara el dictamen a través de un recurso. El costo tal vez sería una —aún— menor agilidad del procedimiento administrativo, si se admite la interposición de recursos en medio de su trámite, pero ello, insistimos, es una cuestión más de política legislativa que de técnica jurídica" (Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico...", ob. cit., ps. 74-75).

(62) Fernández Vázquez, Emilio — Sendín, Emilio, "Procedimiento administrativo nacional. Dec.-ley 19.549/72 y Reglamento aprobado por dec. 1759/72, glosados y concordados", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 64.

(63) Escola, Héctor J., "Tratado general de procedimiento administrativo, con la explicación completa de las leyes 19.549, 21.686 y decretos reglamentarios

En ese sentido, la PTN asignó el carácter de acto administrativo y consideró, por tanto, objeto posible del recurso de reconsideración el dictamen de una Dirección General de Asuntos Jurídicos que generó la caducidad automática del procedimiento provocando el archivo consecuente de las actuaciones **(64)**.

Por otra parte, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA), la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, y en criterio que no compartimos, consideró admisible la pretensión de amparo contra un dictamen no vinculante tras señalar que ese "acto preparatorio inserto en el procedimiento administrativo constituiría, en atención a las particulares circunstancias del caso, la 'amenaza' de los derechos invocada por las accionantes", teniendo en consideración, para así resolver, que junto con el dictamen existía un proyecto de decreto que declaraba desierta una licitación **(65)**.

En definitiva, entonces, los informes y dictámenes jurídicos, aun cuando sean de requerimiento obligatorio y, eventualmente, de efectos vinculantes, no son actos administrativos pues no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros **(66)**: son, en cambio, típicos actos interorgánicos de consulta.

Ahora bien, no obstante, lo expuesto, una cuestión que al día de hoy sigue siendo debatida es si, en ciertas ocasiones, los dictámenes pueden ser considerados actos administrativos. Del mismo modo se ha debatido, por ejemplo, la naturaleza jurídica que cabe atribuirle a determinados "actos" que se dictan durante el procedimiento de la licitación pública. Veamos.

ii) Los dictámenes notificados

En el marco de la LNPA y su reglamentación, no está prevista la notificación de los informes o dictámenes, pero, no obstante, en algunas ocasiones ciertas reparticiones han adquirido la práctica de hacerlo.

La mera circunstancia de que un dictamen sea notificado a las partes de un procedimiento administrativo, en modo alguno puede hacerle cambiar su naturaleza y, por ejemplo, convertirlo en acto administrativo.

Cabe recordar, aquí, que el acto administrativo es, en un sentido técnico estricto, aquella declaración emitida en el ejercicio de la función administrativa que produce un efecto jurídico directo e individual respecto de terceros. El dictamen, por su parte, si bien es una declaración que produce un efecto jurídico directo, no afecta a terceros, pues dichos efectos permanecen en el ámbito interno de la Administración, careciendo de tales consecuencias en el ámbito externa de esta.

De ese modo, aun cuando la Administración notificare un dictamen jurídico, este seguiría siendo un acto interorgánico, pues no crea o impone situaciones jurídicas, es decir, no incide directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

Sin embargo, y a pesar de que, como vimos, para la PTN los dictámenes jurídicos no pueden ser calificados como actos administrativos, lo cierto es que también sostuvo que, si la notificación del dictamen es ordenada por la autoridad llamada a decidir, entonces sí se está en presencia de un acto administrativo.

Así, el Máximo Órgano Asesor precisó que "cuando se dispone la notificación al administrado del contenido de un asesoramiento emitido por el servicio jurídico competente, tales actos deben ser considerados como 'decisorios' en la medida en que fuere ordenado por el órgano facultado para decidir el fondo de la cuestión" **(67)**.

1759/1972, 1744/1973, 3700/1977", Buenos Aires, 1981, 2ª ed., p. 277; Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 2, p. 1246.

(64) Dictámenes 223:02.

(65) CCont. Adm. y Trib. CABA, sala 2ª, 11/06/2004, "Bricons SAICFI y otros c. GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA).

(66) En igual sentido: García Pullés, Fernando, "Lecciones...", ob. cit., p. 276.

(67) Dictámenes 239:210; 214:183; 198:230, entre otros.

Como se ve, la PTN pareciera considerar que en la notificación del dictamen jurídico ordenada por la autoridad llamada a decidir se está en presencia de un acto administrativo tácito.

En otras palabras: para la PTN, de la notificación del dictamen efectuada por la autoridad competente se deriva tácitamente la declaración en la que el acto administrativo consiste.

No obstante, en nuestra opinión, en modo alguno podría aceptarse la configuración de actos administrativos derivados de la notificación de dictámenes —sea esta practicada por el órgano competente para resolver o no— pues, como ya dijéramos, el acto tácito solo puede generarse a partir de un acto expreso **(68)**.

iii) Dictámenes conformados: el "visto bueno" o "conforme"

Una cuestión diferente es el denominado "visto bueno" o el "conforme" que, en ciertas ocasiones, suelen utilizar los funcionarios para expresar la conformidad con lo manifestado en un informe o dictamen, evitando, así, la repetición.

Aquella práctica, además, tuvo sustento normativo expreso durante la vigencia del derogado dec. 333/1985 **(69)**, cuyo art. 6.3.2.1. establecía "Repeticiones: Debe evitarse la repetición de informes o dictámenes. Cuando un funcionario desee expresar conformidad con lo manifiesto en un informe o dictamen, se limitará a colocar la siguiente leyenda: Vº Bº, pase a ...".

La doctrina, al analizar el control interno dentro de la Administración pública, definió al denominado "visto bueno" como el acto por medio del cual se controla la legitimidad del acto emitido por otro órgano administrativo **(70)**.

De tal forma, y a diferencia de la "aprobación", donde se puede analizar la legitimidad y en ciertas ocasiones la oportunidad, mérito y conveniencia del acto, en el "visto bueno" solo se puede analizar su legitimidad: es un "asentimiento"—por ajustarse a derecho— que los órganos administrativos otorgan a un acto del controlado.

En un precedente jurisprudencial donde el entonces, secretario de la función pública, tras haber insertado la palabra "conforme" en un dictamen jurídico, lo remitió a otra repartición, la jurisprudencia del fuero señaló que "el 'visto bueno' o 'conforme' es un acto administrativo de aprobación del criterio de otro órgano" **(71)**.

Una sentencia interesante fue dictada el 13/04/1994, pues allí se sostuvo que "la sola aserción de 'conforme' puesta por el Interventor al costado de su firma, luego del dictamen legal que luce a fs. 172/173 del expediente administrativo, no reúne los requisitos exigidos en el art. 7º de la ley 19.549. Del modo en que está expresada la voluntad del funcionario solo puede extraerse una coincidencia con las argumentaciones desarrolladas por su asesor jurídico, pero de ninguna manera el acto —llamémosle de algún modo— de 'conformidad' cumple el requisito de motivación, pues con aquella sola mención de 'conforme' no se está expresando en forma concreta las razones que indujeron a emitir el acto, no consignándose los hechos y

(68) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 15. En igual sentido: Suárez, Gladis, "Dictámenes notificados" en AA.VV., Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 597 y ss.; Hutchinson, Tomás, "Régimen de Procedimientos...", ob. cit., ps. 91-92. Así, el caso del otorgamiento del permiso de uso de un bien del dominio público a un particular implica la revocación del permiso anteriormente otorgado a otro administrado sobre el mismo bien; el caso de un ministro que presenta su renuncia y que, sin ser aceptada expresamente por el Poder Ejecutivo, este último designa a un nuevo ministro en el lugar de aquel. En ambos ejemplos hay un acto administrativo expreso —otorgamiento de permiso y designación del nuevo ministro— que supone un acto administrativo tácito —revocación del permiso anterior y aceptación de la renuncia del antecesor—.

(69) Derogado por dec. 336/2017.

(70) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. I, ps. 626-627; Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo...", ob. cit., 1972, t. I, 205; Linares, Juan F., "Derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 328, entre otros.

(71) CNFed. Cont. Adm., sala III, 10/05/1990, "Naso, Santiago c. Estado nacional".

antecedentes que le sirvieron de causa (incs. b y d)" **(72)**.

Como se ve, la Cámara, tras reconocer la calidad de acto administrativo al "conforme" insertado por la autoridad llamada a decidir, sostuvo que aquel debía declararse nulo por no cumplir con los requisitos exigidos por la LNPA.

No obstante, en otra oportunidad, la Cámara del fuero sostuvo que era improcedente declarar la nulidad de un acto administrativo en el que el funcionario competente, con base en el Anexo I del dec. 333/1985, había prestado "conformidad al dictamen de la Asesoría Legal y al informe del Departamento de Contrataciones que lo precede", pues el acto estaba integrado con estos **(73)**.

Por nuestra parte, creemos que el denominado "visto bueno" o "conforme" es, a pesar de su mezquindad, un acto administrativo propiamente dicho pues, en rigor, se trata de un acto de aprobación del criterio propuesto por otro órgano **(74)** cuyo uso, además, y como ya dijéramos, estaba expresamente previsto en la normativa citada.

Consideramos, sin embargo, que, en estos supuestos, para que el acto administrativo esté suficientemente motivado será necesario que sea notificado junto con los dictámenes o informes correspondientes **(75)**.

iv) Dictámenes dictados en el marco de una licitación pública

Una particular situación ocurre en el marco del procedimiento de licitación pública pues **(76)**, como se verá, algunos de los dictámenes que son emitidos durante el *iter* licitatorio, no obstante su denominación, no se limitan a producir efectos jurídicos *ad intra,* sino que, por el contrario, afectan de manera directa e inmediata a los particulares.

Por ello, si tenemos en cuenta que, como en reiteradas oportunidades ha señalado la Corte, "las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les dé o asigne por los otorgantes del acto o legislador incluso, sino de su

(72) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 13/04/1994, "Posee de Bonomi, Ana María c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ juicio de conocimiento".

(73) CNFed. Cont. Adm., sala II, 01/02/2000, "Bramco SA c. Banco Central".

(74) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 14, nota 30. En igual sentido: Tawil, Guido S., "El concepto...", ob. cit., p. 150, especialmente nota 132.

(75) Se trata, en definitiva, de la denominada motivación in aliunde del acto administrativo la que ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina nacional: Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 111; Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 1, p. X-28, entre otros. En contra: Tawil, Guido S. — Monti, Laura M., "La motivación del acto administrativo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 73. La PTN, por su parte, también admitió la motivación in aliunde o extracontextual: Dictámenes 310:106, 272:050, 259:042, 242:467, 236:91, entre muchos otros. Ciertamente, consideramos inadmisible la motivación posterior del acto administrativo pues, en rigor, esta posibilidad implicaría aceptar el saneamiento de un acto nulo, de nulidad absoluta e insanable.

(76) La licitación pública ha sido definida como el "modo de selección de contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa por medio del cual estos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público" (Comadira, Julio R., "La licitación pública [Nociones, principios, cuestiones]), Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., ps. 1-3). Ahora bien, como señaláramos en el texto, la licitación pública es un procedimiento y no, antes bien, un acto complejo. Así lo ha entendido tanto la doctrina (Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., ps. 5-6; Barra, Rodolfo C., "Contrato de Obra Pública", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1986, t. 2, p. 489; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 4ª ed. actualizada, t. III-A, ps. 190-191; Fiorini, Bartolomé — Mata, Ismael, "Licitación Pública. Selección del contratista estatal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 15; Rejtman Farah, Mario, "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 23; entre muchos otros) y la jurisprudencia (CS, 22/04/1986, "Hotel Internacional I guazú SA c. Nación Argentina", Fallos 308:618; CS, 09/12/1988, "Radeljak, Juan C. c. Administración General de Puertos s/ ordinario", Fallos 311:2831; CS, 07/12/2001, "Chubut, Provincia del c. Centrales Térmicas Patagónicas SA s/ sumario", Fallos 324:4199; CS, 14/10/2004, "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comfer - dec. 310/1998 s/ amparo ley 16.986", Fallos 327:4185; CS, 27/08/1991, "Copimex CACeISA c. Alessia SACIFyAG", 27/08/1991, Fallos 314:899; CS, 27/12/2006, "Cardiocorp SRL c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 329:5976, entre otros).

verdadera esencia jurídica" **(77)**, llegaremos a la conclusión de que aquellos "dictámenes" que inciden de manera directa e inmediata en la situación jurídica de los administrativos han de ser considerados, más allá de su denominación, verdaderos actos administrativos.

Es que, en definitiva, un acto consultivo deja de ser tal si pretende, *per se*, generar derechos u obligaciones para los administrados.

- Dictamen de preadjudicación

Una de las etapas **(78)** —aunque optativa **(79)**— que suele haber previo a la adjudicación de un contrato administrativo es la que se cristaliza con la emisión del "dictamen de preadjudicación", el que ha sido definido como "el estudio previo, realizado por intermedio del organismo licitante, sobre la concurrencia de todos los elementos y recaudos pertenecientes a cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación definitiva" **(80)**.

El dictamen de preadjudicación es, como su nombre lo indica, un dictamen, es decir, un acto interorgánico de consulta, un acto preparatorio que, como tal, no resulta vinculante para el órgano decisor de la adjudicación —perteneciente a la Administración activa— a quien va dirigido **(81)**.

Sobre la cuestión, la PTN ha precisado que la preadjudicación es un "simple acto de Administración" **(82)**, un acto preparatorio de la voluntad de la Administración **(83)** consistente en el estudio de todos los elementos y recaudos pertinentes a cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación definitiva, para la determinación de la propuesta más conveniente **(84)** para el ente, valorando la calidad, el precio y la idoneidad del oferente y las demás condiciones de la oferta.

La preadjudicación, como tal, no debería contener más que el juicio de valor de la autoridad competente para dictarlo acerca del mérito de las ofertas presentadas **(85)**.

De lo expuesto se deduce que la preadjudicación no es un acto administrativo propiamente dicho toda vez que, en rigor, no genera efectos jurídicos directos respecto de terceros, es decir, no incide directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares creando o imponiendo situaciones jurídicas **(86)**.

---

(77) CS, 04/05/1995, "Horvath, Pablo c. Fisco Nacional (DGI) s/ ordinario (repetición)", Fallos: 318:676; CS, 11/06/2013, "Establecimiento Liniers SA c. EN".

(78) Una enunciación aproximativa de las diversas etapas que existen en el procedimiento de licitación pública puede verse en: Comadira, Fernando G., "Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...", ob. cit. Ver, también: Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., ps. 8 y ss.

(79) Se ha señalado que "salvo que esté previsto en las normas generales o en los pliegos que se confeccionen para determinada licitación, no es un paso de ineludible cumplimiento" (Monti, Laura M., "Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública", LA LEY 2000-C, 112).Del mismo modo, aunque refiriéndose al contrato de obra pública, Druetta — Guglielminetti han señalado que "la 'preadjudicación' no es un requisito esencial en el trámite de la licitación; solo rige cuando se la establezca expresamente" (Druetta, Ricardo — Guglielminetti, Ana P., "Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 146).

(80) Mó, Fernando, "Régimen legal de las obras públicas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, 2ª ed. actualizada y aumentada, p. 169.

(81) Monti, Laura M., "Las categorías jurídicas...", ob. cit. En ese esquema, la PTN sostuvo que la preadjudicación "es, en esencia, un acto de carácter consultivo, obligatorio, solo en cuanto debe producirse necesariamente, pero que carece de carácter vinculante en tanto el órgano con competencia para aprobar en definitiva la licitación puede válidamente apartarse de él" (Dictámenes 131:202).

(82) Dictámenes 204:169.

(83) Dictámenes 202:151; 198:140.

(84) Dictámenes 202:151. La CS, por su parte, sostuvo que la preadjudicación es una etapa que tiene por fin posibilitar el control de los restantes oferentes en orden a la obtención de la oferta más conveniente (CS, 07/07/1992, "Raffo y Mazieres SA s/ contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad", Fallos 315:1561".

(85) Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., p. 40.

(86) También han señalado que la preadjudicación no constituye un acto administrativo, entre otros: Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., p. 40; Monti, Laura M., "Las categorías jurídicas...", ob. cit.; Barra, Rodolfo C., "Contrato de Obra Pública...", ob. cit., t. 2, p. 643; Bezzi, Osvaldo M., "El contrato de obra pública", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 2ª ed. ampliada y actualizada, ps. 70-71; Lamoglia, Carlos M., "Comisiones

Por consiguiente, al tratarse de un dictamen, la preadjudicación no sería, en principio, impugnable **(87)**.

Aquel es, además, el criterio que actualmente se ha seguido en las normas que regulan las contrataciones administrativas a nivel nacional **(88)**.

- Preadjudicaciones condicionadas

En el punto anterior vimos que la preadjudicación no es, técnicamente, un acto administrativo pues, en definitiva, no genera, de modo directo e inmediato, efectos jurídicos directos respecto de terceros.

Sostuvimos, entonces, que aquella es, en líneas generales, un acto meramente preparatorio de la decisión final, el cual, en rigor, no debería contener más que el juicio de valor de la autoridad competente para dictarlo acerca del mérito de las ofertas presentadas.

Una situación muy diferente es el caso de las denominadas "preadjudicaciones condicionadas", esto es, cuando la preadjudicación se sujeta a la condición de que el o, incluso, los oferentes cumplan con ciertos requisitos exigidos en el pliego, esenciales o no.

En aquellos supuestos, el cumplimiento o no de los condicionamientos impuestos en la preadjudicación produce un efecto jurídico directo para los destinatarios, el que puede variar desde su desplazamiento del procedimiento hasta la obtención de la preadjudicación **(89)**.

Por ello, en estos casos, la "preadjudicación condicionada", al afectar de manera directa e inmediata la situación jurídica de los administrados, deja de ser una simple preadjudicación para convertirse en un verdadero acto administrativo, con todas las consecuencias jurídicas

---

de evaluación en los trámites licitatorios: su función y la naturaleza jurídica de las opiniones que emiten (¿actos administrativos o dictámenes?)", en AA.VV., Tratado General de los Contratos Administrativos, Cassagne, Juan C. [dir.], Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. 2, ps. 957 y ss.; Fanelli Evans, Guillermo, "La preselección de oferentes en la licitación pública", ED 97:897; Emili, Eduardo O., "La preadjudicación", en AA.VV., Manual de Derecho Administrativo, Farrando, Ismael (H.) — Martínez, Patricia R. (dirs.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 315 y ss.; Martínez, Armando H., "Simples actos de la Administración", en Estudios de Derecho Administrativo, Vol. IX: El Procedimiento Administrativo en la República Argentina, IEDA, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, ps. 449 y ss.; Rejtman Farah, Mario, "Régimen de Contrataciones...", ob. cit., p. 246; entre muchos otros. Desde una perspectiva diferente, Gordillo señaló que la preadjudicación "es un acto administrativo interlocutorio, que no produce todavía los efectos definitivos de la adjudicación, pero resulta susceptible de impugnación por la vía recursiva" (Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado", Buenos Aires, 2006, 8ª ed., t. 2, p. XII-41). En una postura similar, Fiorini-Mata señalaron que se trata de "actos administrativos definitivos y no meros actos de administración" (Fiorini, Bartolomé — Mata, Ismael, "Licitación Pública...", ob. cit., p. 142).

(87) En ese esquema, Barra, luego de señalar que el dictamen de preadjudicación no es un acto administrativo, precisó que las presentaciones u observaciones que los oferentes hagan "no deben considerarse impugnaciones en el estricto sentido del término —pues un dictamen no es susceptible de ser impugnado— sino meras observaciones, tendientes a modificar la selección que en principio efectuó el licitante, demostrando la mayor conveniencia de su propia oferta con relación a la preadjudicada" (Barra, Rodolfo C., "Contrato de Obra Pública...", ob. cit., t. 2, p. 644).Un sector de la doctrina, aunque refiriéndose a los dictámenes en general, ha señalado que el hecho de que el dictamen sea un acto típicamente irrecurrible es una mera cuestión de política legislativa y no de naturaleza jurídica, por lo que la circunstancia de que eventualmente se prevea su impugnación no le hará perder el carácter de dictamen, agregando que "por eso no sería técnicamente defectuoso, si la ley admitiera que previo al dictado del acto se impugnara el dictamen a través de un recurso. El costo tal vez sería una —aún— menor agilidad del procedimiento administrativo, si se admite la interposición de recursos en medio de su trámite, pero ello, insistimos, es una cuestión más de política legislativa que de técnica jurídica" (Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico...", ob. cit., ps. 74-75 y, también, p. 55).

(88) Así, el art. 68 de la Disposición 62/2016 que aprueba el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones prevé que el dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección. Igual solución preveía la reglamentación del régimen de contrataciones aprobada con anterioridad a la entrada en vigencia del dec. 1030/2016 (cfr. arts. 154 del dec. 893/2012). Sin embargo, con anterioridad a las normas mencionadas, el viejo régimen de contrataciones establecía que el dictamen de preadjudicación podía ser impugnado (cfr.: art. 80 del dec. 436/2000).

(89) Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., p. 40.

que ello importa, especialmente en materia impugnatoria **(90)**.

Es que, en definitiva, si las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les asigne, sino, antes bien, de su verdadera esencia jurídica, la teoría de la calificación jurídica lleva necesariamente a considerar que aquellos actos consultivos que afectan de manera directa e inmediata a los particulares han de ser considerados, más allá de su autocalificación, verdaderos actos administrativos.

- Dictamen de preselección o de evaluación de ofertas

En el ámbito nacional, el procedimiento de licitación pública puede ser de etapa única o múltiple: el primer caso se da cuando la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes —es decir su evaluación— se realizan en un mismo paso, el segundo, en cambio, cuando aquella evaluación se realice en dos o más etapas o fases.

De acuerdo con lo previsto en el art. 26 del dec. 1023/2001 que aprobó el "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", la licitación o el concurso públicos o privados serán de etapa única cuando la comparación de las ofertas y de las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto.

A su vez, la normativa dispone que cuando las características específicas de la prestación, tales como el alto grado de complejidad del objeto o la extensión del término del contrato lo justifiquen, la licitación o el concurso público o privado deberán instrumentarse bajo la modalidad de etapa múltiple **(91)**.

Pues bien, en el marco de una licitación pública de etapa múltiple o de "doble sobre", luego de la apertura del primer sobre (sobre "A"), las impugnaciones recíprocas entre los oferentes y la evaluación de las ofertas, se emite el denominado "dictamen de preselección" **(92)**.

El dictamen de preselección **(93)** se refiere a la evaluación que hace la Comisión Evaluadora de las ofertas técnicas de los oferentes y, a diferencia de la preadjudicación que vimos antes, constituye un verdadero acto administrativo pues genera efectos jurídicos directos e inmediatos sobre los oferentes **(94)**, cuales son, que quienes no fueron preseleccionados no serán considerados en la siguiente etapa del procedimiento de licitación pública y, por ende, no podrán ser contratistas de la Administración.

(90) Comadira, Julio R., "La Licitación Pública...", ob. cit., p. 40/41. En igual sentido: Monti, Laura M., "Las categorías jurídicas...", ob. cit.

(91) Un profundo estudio acerca de si la implementación de un procedimiento licitatorio o concursal público de etapa múltiple se inscribe como una potestad discrecional de la Administración, o bien, como facultad reglada, puede verse en: Barrionuevo, Emmanuel, "Licitación y concurso públicos de etapa múltiple: el recurso a ellos ¿potestad reglada o discrecional de la Administración?", EDA 2017-684 y ss.

(92) Cabe aclarar que en las licitaciones públicas que tramitan bajo la modalidad de etapa única, se emite lo que se llama "dictamen de evaluación de las ofertas" (cfr.: tít. I, cap. VII, art. 71 y ss. del dec. 1030/2016 que aprobó el Reglamento del "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", en adelante RRCAN. Ver, también, los arts. 27 y ss. del tít. I, cap. VII de la citada Disposición 62/2016).Finalmente, cabe señalar que similar regulación ha sido establecida para las contrataciones nacionales de Obras Públicas pues, según surge del reciente "Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las Contrataciones de Obras Públicas" aprobado por Disposición 22/2019, en las licitaciones de etapa única se emite el "dictamen de evaluación" (art. 6.10) y, en las de etapa múltiple, el "dictamen de precalificación" o "preselección" (art. 6.17).

(93) Sobre el punto, el art. 65 del tít. IV, cap. II del "Manual de procedimientos del Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Nacional" aprobado por Disposición 62/2016, establece que "la Comisión Evaluadora analizará los aspectos de las propuestas técnicas presentadas, y emitirá el dictamen de preselección, dentro del término de cinco [5] días contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de recepción de las actuaciones, el que será notificado a todos los oferentes dentro de los DOS días de emitido. En caso de haberse presentado observaciones emitirá en dicho dictamen su opinión fundada sobre las mismas".

(94) En igual sentido: Fanelli Evans, Guillermo, "La preselección...", ob. cit.; Monti, Laura M., "Las categorías jurídicas...", ob. cit.; Emili, Eduardo O., "La preadjudicación", ob. cit., ps. 315 y ss.; entre otros. Cabe aclarar, nos obstante, que, si bien los autores citados se refieren a lo que con anterioridad al régimen jurídico vigente se denominaba "precalificación" o "preselección", el plexo normativo actual que rige la licitación pública bajo la modalidad de etapa múltiple, como vimos, hace referencia al "dictamen de preselección".

De ese modo la teoría de la calificación jurídica lleva a sostener que el denominado "dictamen de preselección" que se emite en las licitaciones públicas que tramitan bajo la modalidad de doble sobre o etapa múltiple —y, en su caso, el "dictamen de evaluación de las ofertas" en las de etapa única—, al incidir de manera directa e inmediata en la esfera jurídica de los particulares, debe ser considerado un verdadero acto administrativo y no un puro y simple dictamen.

En ese sentido, el art. 11, inc. d) del citado dec. 1023/2001 expresamente prevé que la preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple se instrumenta por medio "del dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7º de la ley 19.549" **(95)**.

b) El acto que ordena instruir un sumario administrativo (especial referencia al acto de apertura del sumario disciplinario)

i) Notas preliminares. Relevancia y requisitos del acto de apertura del sumario administrativo disciplinario

Como señaláramos en más de una ocasión, todas las actividades desplegadas por el Estado están orientadas a la satisfacción del bien común o interés público pues, en rigor, aquel es su causa final y única y excluyente razón de ser.

Ahora bien, cuando el interés público por el que debe velar el Estado se pierde de vista y los funcionarios públicos prescinden de resguardarlo —ora por acción, ora por omisión— deben asumir las responsabilidades que les correspondan.

Habitualmente la responsabilidad de los funcionarios públicos se suele clasificar en: a) responsabilidad penal, b) responsabilidad civil, c) responsabilidad patrimonial, d) responsabilidad política y, e) responsabilidad disciplinaria **(96)**.

La primera de aquellas, es decir, la *responsabilidad penal*, se da cuando el *funcionario* incurre en una conducta u omisión que encuadra típicamente en alguna de las reprimidas por la norma de fondo (v.gr.: Código Penal).

La *responsabilidad civil* es aquella que tiene lugar cuando el funcionario con su actuar, sus omisiones o hechos, produce un daño en el patrimonio de los administrados.

La *responsabilidad patrimonial,* si bien al igual que la civil, se refiere a un daño patrimonial, comúnmente se la vincula con el daño generado al patrimonio del Estado, generándose un "perjuicio fiscal".

Por otra parte, la *responsabilidad política* se relaciona con el desempeño de aquellos funcionarios que ejercen funciones de alta jerarquía, es decir, cargos de altas magistraturas.

Finalmente, la *responsabilidad disciplinaria* ha sido definida por el profesor Comadira como "el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración pública" **(97)**.

(95) La impugnación del "dictamen de preselección" que, como dijimos, es el que se emite en los procedimientos de licitación pública de doble sobre o etapa múltiple, está prevista, además, en el art. 66 de la Disposición 62/2016. En el caso de las licitaciones de etapa única, la impugnación al "dictamen de evaluación de las ofertas" está regulada en el art. 73 del dec. 1030/2016 (RRCAN). Del mismo modo, en las contrataciones nacionales de Obras Públicas, según surge del citado "Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para las Contrataciones de Obras Públicas", tanto el "dictamen de evaluación" (para las licitaciones de etapa única —art. 6.10—) como el "dictamen de precalificación" o "preselección" (para los casos de licitaciones de etapa múltiple —art. 6.17—) son impugnables (arts. 6.14 y ss.).

(96) Algunos autores agregan, además, la "responsabilidad internacional" (Lagarde, Fernando M., "Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa", en AA.VV. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007, p 715).

(97) Comadira, Julio R., "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en AA.VV. Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Jornadas orga-

En general, la forma en que se encauza el ejercicio ese poder disciplinario del Estado —que, en nuestra opinión, y en línea con lo apuntado por el citado jurista, un importante sector de la doctrina nacional **(98)** e internacional **(99)**, la jurisprudencia de la CS **(100)** y la PTN **(101)**, *es una potestad inherente*— tendiente a determinar si ha existido, o no, responsabilidad disciplinaria, es a través del *sumario administrativo*.

De esa manera, entonces, el sumario administrativo disciplinario se presenta como el modo por el que se busca asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración pública cuando quienes tienen a cargo su correcta función hubieren incurrido en conductas violatorias los deberes o prohibiciones que le son exigibles.

---

nizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 689 y ss., especialmente p. 590, reproducido luego en "Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios", 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 562 y, más recientemente, en Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 2, p. 1048.

(98) Canda, Fabián O., "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)", EDA 2003-563; Goane, René, "El poder disciplinario de la Administración Pública. (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 1025; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho administrativo", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, t. III, p. 529; Daud, María Gabriel, "El procedimiento administrativo disciplinario", en Tawil, Guido S. (dir.), Procedimiento Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 529; Cabral, Pablo O. — Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 593; Sánchez Caparrós, Mariana, "La validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado", en Revista de Derecho Público, 2020-1, Poder Ejecutivo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 333 y ss.; Zambrano, Pedro L., "Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual", en AA.VV. Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2005, ps. 263 y ss.; Castelli, Violeta, "¿Rige respecto del personal contratado el régimen disciplinario?", en AA.VV., Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2012, ps. 251 y ss., entre muchos otros. Algunos autores, si bien entienden que la potestad disciplinaria es un poder inherente a la función de administrar y que, por tanto, puede ejercerse aún sin que una norma expresamente lo autorice, ello solo resulta predicable respecto de las sanciones "correctivas (v.gr.: apercibimiento, suspensión, etc.) y no con relación a las "segregativas, expulsivas o depurativas" (v.gr.: cesantía o exoneración), pues estas requieren hallarse previamente establecidas en una norma (Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-B, ps. 419-420; Zambrano, Pedro L., "Las potestades disciplinarias...", ob. cit., ps. 269-270). Otros, si bien no mencionan expresamente que se trata de un poder inherente, sostienen que "puede ejercerse aún en ausencia de norma que tipifique la conducta como falta o que especifique las sanciones correspondientes" (Montesi, Graciela, "Procedimiento disciplinario en la relación de empleo público", en AA.VV. Derecho Procesal Administrativo, Vélez Funes, Ignacio M. [dir.], Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, t. 1, ps. 75 y ss., especialmente p. 82). En contra de sostener que la potestad disciplinaria es un poder inherente puede verse: García Pullés, Fernando R., "Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, 3ª ed., ps. 388 y ss. Ivanega, por su parte, si bien en un comienzo sostuvo que se trataba de una potestad inherente (Ivanega, Miriam M., "El derecho de defensa en el procedimiento administrativo", en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, ps. 929 y ss., especialmente p. 930), con posterioridad matizó su postura (Ivanega, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", Ed. Rap, Buenos Aires, 2013, 2ª ed. actualizada, ps. 98-100).

(99) Palomar Olmeda, Alberto, "Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos", Ed. Dykinson, Madrid, 2020, 5ª ed., p. 447, Delgadillo Gutiérrez, Luis H., "El derecho disciplinario de la función pública", INAP, México, 1999, p. 127, entre otros.

(100) CS, 20/06/1996, "Trámite personal - denuncia — Aires, Jorge C. s/ denuncia contra oficial notificador", Fallos 319:1034; CS, 31/03/1987, "Krawiecki, Jorge C.", Fallos 310:738; CS, 1964, "López Naguill, Ricardo y otro", Fallos 258:92; CS, 16/10/1962, "Ávila Posse de Ferrer, Irma c. Aerolíneas Argentinas - Empresa del Estado", Fallos 254:43; CS, 09/08/1961, "Vásquez, Alejandro J.", Fallos 250:418, entre otros.

(101) Dictámenes 303:117; 243:620; 243:60; 242:626; 199:175; 121:126, entre otros.

El acto que ordena el inicio de un sumario administrativo disciplinario resulta de fundamental relevancia para su válida sustanciación.

El art. 45 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por dec. 467/1999 (en adelante, RIA) dispone que "la orden de sumario deberá indicar las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución del hecho u omisión objeto de investigación" y, a su turno, el art. 44 del mismo cuerpo normativo consagra, en lo que aquí interesa, que "en todos los casos se requerirá dictamen previo del servicio jurídico permanente".

El citado art. 45 del RIA es una norma de trascendental importancia pues la precisión del objeto de investigación constituye el límite al cual se deben circunscribir el resto de las etapas, como la declaración indagatoria (art. 61), el informe final que presente el instructor (art. 108) y la resolución que concluya el procedimiento disciplinario (art. 122).

Se trata de un requisito que comprende el llamado "requisito objetivo material", el cual consiste en la relación del hecho con las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución, pues solo así se posibilita su investigación y comprobación **(102)**.

Si bien un sector de la doctrina señala que el acto que ordena la apertura del sumario puede, o no, identificar al o los agentes a quienes eventualmente se le podría imputar la comisión de la presunta falta disciplinaria **(103)** y otro sector, por el contrario, entiende que ello "es una práctica desafortunada" **(104)**, lo cierto es que solo a partir de la declaración indagatoria los agentes adquieren la calidad de sumariados **(105)**, razón por la cual, aún de aceptarse la viabilidad jurídica de hacer referencia al posible autor del eventual reproche disciplinario, debe evitarse calificarlo de sumariado.

En definitiva, la precisión de las circunstancias del hecho, acto u omisión del objeto de la investigación administrativa sumarial posee un doble rol tuitivo: por un lado, de los derechos individuales y, eventualmente, de los agentes sumariados y, por otro, del orden, economía, eficacia y eficiencia de la función administrativa.

A simple título ejemplificativo, cabe destacar que el acto que ordena el inicio del sumario administrativo:

(i) determina el ámbito de la actividad lícita o legítima del instructor, toda vez que debe circunscribir su actuación a esclarecer el hecho o hechos cuya investigación dispuso la autoridad competente **(106)**,

(ii) en virtud del principio de congruencia, los hechos descriptos en la orden de sumario son los que debe afrontar el agente en su declaración indagatoria —donde adquirirá la calidad de sumariado— y sobre los que deberá resolver la autoridad competente,

(iii) sirve para determinar si un mismo hecho constituye el objeto de dos sumarios que tramitan de manera simultánea, en cuyo caso "corresponde su acumulación para que la per-

(102) Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario", Ed. Cáthedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, 3ª ed. ampliada y actualizada, p. 19; Said, José, "Investigaciones administrativas para la Administración Pública Nacional", en AA.VV. Legislación usual: derecho administrativo, Cicero, Nidia (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. 3, p. 893.

(103) Por todos: Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 20.

(104) Sánchez, Alberto S., "El sumario administrativo en la provincia de San Juan", Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1996, p. 31.

(105) Según el art. 61 del RIA "cuando hubiere motivo suficiente para considerar que un agente es responsable del hecho que se investiga, se procederá a recibirle declaración sin exigir juramento ni promesa de decir verdad. Ese llamamiento implicará su vinculación como sumariado". Como se ve, con base en lo prescripto por la norma, y tal como lo recordara, la PTN, la calidad de sumariado se adquiere con la convocatoria a prestar declaración indagatoria (Dictámenes 249:635; 212:71; 204:246; 193:127; 165:181; 164:314, entre otros).

(106) Ciertamente, como se verá luego, ello no obsta a que, ante el conocimiento de nuevos hechos o la ampliación de la denuncia correspondiente, el instructor anoticie a la autoridad competente para que, de considerarlo conveniente, disponga la ampliación del sumario administrativo.

quisición prosiga en un solo expediente" **(107)**; del mismo modo, si la conducta reprochable al funcionario fue "juzgada" en otro expediente, el instructor deberá, en oportunidad de producir el informe del art. 108 del RIA, propiciar la declaración de "cosa juzgada" para evitar transgredir, precisamente, el principio del *non bis in idem* **(108)**.

No obstante, si por alguna razón aquella situación no fuera tenida en cuenta por el instructor en el citado informe, el sumariado, en oportunidad de ejercer su derecho de defensa, podrá plantear la excepción de "cosa juzgada" y, en caso de que la cuestión todavía no hubiera sido resuelta por estar aún en trámite el expediente administrativo correspondiente, requerir la acumulación de las actuaciones.

(iv) suspende el plazo de prescripción de la acción disciplinaria hasta su finalización (art. 37, inc. "I" del Reglamento de la Ley Marco 25.164 del Régimen de Empleo Público aprobado por dec. 1421/2002).

ii) Naturaleza jurídica del acto de apertura del sumario administrativo disciplinario

Un interesante debate que se ha generado en materia sumarial, y que no podemos dejar de analizar, aunque sea de manera tangencial, es el que se relaciona con la naturaleza jurídica que cabe atribuirle al acto que ordena la partura del sumario administrativo.

La respuesta al interrogante planteado dejará en evidencia, a nuestro modo de ver, que a diferencia de lo apuntado por un sector de la doctrina **(109)**, no estamos entre quienes creen que la naturaleza jurídica y/o la ponderación de ciertos elementos jurídicos resulta una construcción arbitraria de los juristas, con base en ciertas pautas provistas por el legislador y complementadas.

Más aún, estimamos que el análisis de aquellas apreciaciones importará un juicio lógico deductivo que tendrá como resultado una aproximación honesta, más no absoluta, al interrogante aquí planteado y, a su vez, traerá aparejada insoslayables consecuencias prácticas.

En efecto, si el acto que ordena instruir un sumario administrativo —o, en su caso, una información sumaria— fuera calificado como un acto administrativo propiamente dicho, aquel, además, de ser impugnable **(110)**, deberá reunir todos los requisitos exigibles para dichos actos, entre los cuales cabe mencionar, a simple título ejemplificativo, el respeto del derecho de defensa.

Por otra parte, de sostenerse que se está ante un acto u hecho de otra naturaleza, la orden de instrucción no necesariamente deberá cumplir con todas aquellas exigencias y, además, no sería recurrible.

En este punto, y tal como se verá a continuación, la gran mayoría de los autores argentinos y extranjeros han señalado que si bien el acto que inicia un procedimiento sumarial —o de información sumaria— debe reunir ciertos requisitos, aquel no puede ser considerado un acto administrativo, razón por la cual, además, proponen su inimpugnabilidad en sede administrativa y judicial.

A continuación, entonces, haremos un breve repaso de las distintas teorías esbozadas por la doctrina y mencionaremos, también, el criterio

(107) Como ha señalado la PTN, "ante el trámite simultáneo de dos sumarios administrativos disciplinarios, en los cuales un mismo hecho constituye el objeto de ambas investigaciones, corresponde su acumulación para que la perquisición prosiga en un solo expediente; de este modo se impide que se vulnere el principio non bis in idem, aun cuando todavía no hubiese algún agente sospechado y, además, se evita el dispendio procesal de continuar dos trámites iguales y la posibilidad de cualquier tipo de resoluciones contradictorias" (Dictámenes 261:166; 240:265; 223:251, entre otros).

(108) Dictámenes 114:137, citado por Repetto, Alfredo L., "Procedimiento administrativo disciplinario...", ob. cit., p. 246.

(109) Carbajales, Juan J., "Dominio y jurisdicción de los recursos naturales (coordinación de competencias en materia energética)", EDA 2009-728.

(110) En ese sentido, el Máximo Tribunal de la Nación ha señalado que, "como regla, están sujetos a revisión judicial todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos" (CS, 15/11/1983, "Cabrera, Carlos Roberto s/ recurso de apelación art. 62 ley 22.105", Fallos 305:1937, énfasis agregado).

de la PTN, la Procuración General del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, PGCABA) y de la jurisprudencia sobre la temática planteada.

iii) La opinión de la doctrina

Desde la doctrina se han esgrimido, básicamente, dos posturas: una que sostiene que el acto que ordena la apertura del sumario administrativo no es un acto administrativo y otra que, lisa y llanamente, considera que posee aquella naturaleza.

A simple título ejemplificativo, en el ámbito nacional, sostienen que la orden de instrucción sumarial no es un acto administrativo, entre otros autores, Saíd **(111)**, Apesteguía **(112)**, Pertile **(113)**, Leguizamón **(114)**, Cabral-Schreginger **(115)**, Casaro Lodoli **(116)** y Soria **(117)**.

En el derecho comparado también se enrolan en aquella postura Weil **(118)**, Castillo Blanco **(119)**, Trayter **(120)**, González Pérez-González Navarro **(121)**, García Gómez de Mercado **(122)** y Sánchez Morón **(123)**, entre muchos otros, aunque, cabe aclarar, estos últimos haciendo referencia al derecho administrativo sancionador en general.

Desde una visión diferente, entre los autores de la doctrina nacional que entienden que la apertura de un sumario administrativo se cristaliza por medio de un acto administrativo están Gordillo **(124)**, Sánchez **(125)**, Mahmud **(126)**, Diana **(127)**, Montesi **(128)** y Bezzi **(129)**, entre otros **(130)**.

(111) Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 890.

(112) Apesteguía, Carlos A., "Sumarios Administrativos", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2008, 3ª ed. aumentada y actualizada, p. 32.

(113) Pertile, Félix A., "El Sumario Administrativo", Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, 18.

(114) Leguizamón, Gustavo S., "Sumario administrativo. El régimen disciplinario de la Administración Pública", Ed. ConTexto, Resistencia, 2011, p. 80.

(115) Cabral, Pablo O. — Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 693.

(116) Casaro Lodoli, Guillermo A., "La responsabilidad administrativa disciplinaria en el empleo público de la provincia de Corrientes. Análisis del reglamento de sumario administrativo", AR/DOC/4949/2012.

(117) Soria, Daniel F., "Los actos administrativos de trámite equiparable a definitivos y su impugnabilidad judicial", LA LEY 1990-C, 945.

(118) Weil, Prosper, "Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 85.

(119) Castillo Blanco, Federico A., "Función pública y poder disciplinario del Estado", Ed. Civitas, Madrid, 1992, ps. 403 y ss.

(120) Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, ps. 317 y ss.

(121) González Pérez, Jesús — González Navarro, Francisco, "Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)", Ed. Civitas, Madrid, 1999, 2ª ed., t. 2, ps. 1651-1653 y, también, en ps. 2777 y ss.

(122) García Gómez de Mercado, Francisco, "Sanciones administrativas, Garantías, derechos y recursos del presunto responsable", Ed. Comares, Granada, 2017, 4ª ed., ps. 118-119.

(123) Sánchez Morón, Miguel, "Derecho Administrativo. Parte General", Ed. Tecnos, Madrid, 2010, 6ª ed., p. 703.

(124) Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, p. II-15. Cabe aclarar, a su vez, que según el citado jurista se trata de un acto "interlocutorio". Sobre las diferencias entre acto definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio y de mero trámite puede verse la doctrina y jurisprudencia citada en: Comadira, Fernando G., "Régimen jurídico de la función administrativa reglamentaria", ob. cit., especialmente p. 470.

(125) Sánchez, Alberto S., "El sumario administrativo...", ob. cit., p. 30.

(126) Mahmud, Jacinto, "Manual de Sumarios e Informaciones Administrativas", Grün Editora, Buenos Aires, 2004, 2ª ed. actualizada, p. 112.

(127) Diana, Nicolás, "Comentario al Reglamento Nacional de Investigaciones Administrativas", LA LEY 2005-A, 985.

(128) Montesi, Graciela, "Procedimiento disciplinario...", ob. cit., p. 89.

(129) Bezzi, Osvaldo M., "El poder disciplinario de la administración pública: Naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional", Separata de la Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 43, La Plata, 1983, ps. 26 y ss.

(130) Alsina, Barreira, Basaldúa, Cotter Moine y Vidal Albarracín, aunque refiriéndose al acto que ordena la apertura de un sumario administrativo en el marco del Código Aduanero, sostienen que aquel posee la naturale-

Por lo demás, es dable destacar que algunos de los autores que sostienen que la apertura de las actuaciones sumariales reviste la naturaleza de "acto administrativo", agregan que es irrecurrible [v.gr.: Mahmud **(131)** y Bezzi **(132)**].

iv) La opinión de la PTN y la PGCABA

La PTN, por su parte, si bien no se ha detenido a estudiar en profundidad cuál es la naturaleza jurídica del acto que ordena instruir un sumario administrativo, al momento de analizar cuáles son los supuestos que producen la suspensión del plazo de prescripción de la acción disciplinaria, señaló que uno de ellos es "*el acto administrativo* que ordena el sumario o la información sumaria" **(133)** (subrayado fuera del original).

En ese orden de ideas, tras señalar que el art. 37 de la Ley Marco 25.164 del Régimen de Empleo Público prevé diversos plazos de prescripción según la sanción disciplinaria a aplicar, los cuales habrán de contarse a partir del momento de la comisión de la falta y, asimismo, que "ante la imposibilidad de determinar de antemano cuál podría ser la sanción disciplinaria que correspondiere aplicar, a los efectos de evaluar la procedencia de iniciar un sumario administrativo ha de tomarse en consideración al plazo más largo previsto normativamente, es decir, dos años (v. Dictámenes 243:620, 282:556)", apuntó, refiriéndose al acto que inició la información sumaria más de dos años después de cometida la falta, que "dicho *acto administrativo* no tuvo virtualidad a los efectos de suspender su curso" **(134)** (destacado fuera del original).

Del mismo modo, en un caso en el que se analizaba la validez de un procedimiento sumario administrativo iniciado bajo el régimen del dec. 644/1989 que aprobó las "Normas referentes al régimen de designación, estabilidad, sanciones y remoción de los encargados de Registros Seccionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios", la PTN sostuvo que la tramitación de las actuaciones sumariales no se habían llevado a cabo de manera irregular pues, entre otras cosas, al referir a la resolución que ordenó la instrucción del sumario, precisó que "dicho *acto administrativo* fue dictado en el marco de lo establecido por el art. 16 del dec. 644/1989, modificado por dec. 2265/1994" **(135)** (destacado fuera del original).

Asimismo, según el Máximo Órgano Asesor de la Nación, aquel acto es "la decisión de instruir sumario no es susceptible de ser recurrida conforme la doctrina anterior citada en 'Dictámenes', 110:34, pues dicho acto no puede afectar derecho o interés legítimo ya que solo habilita para verificar hechos y recién luego del llamado a prestar declaración indagatoria, el trámite se endereza hacia un sujeto determinado" **(136)**.

En el ámbito de la CABA, en cambio, en un reciente dictamen la PGCABA destacó que "el acto que ordena el inicio del trámite sumarial constituye un típico acto interno de la Administración, tendiente a adquirir conocimientos de hechos no aclarados, dilucidarlos y decidir si ameritan la formulación de cargos. Hasta tanto dicha investigación se traduzca en una resolución definitiva que califique con sanción o sobreseimiento el accionar del o los involucrados, no trasciende la esfera discrecional administrativa y, por lo tanto, no es susceptible de ser recurrida" **(137)**.

za jurídica de acto administrativo (Alsina, María Á. — Barreira, Enrique C. — Basaldúa, Ricardo X. — Cotter Moine, Juan P. — Vidal Albarracín, Héctor, G., "Código Aduanero Comentado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 620 y ss.). También sostiene que la apertura de un sumario administrativo se instrumenta por medio de un acto administrativo: Ivanega, Miriam M., "Cuestiones de potestad disciplinaria...", ob. cit., p. 174.

(131) Mahmud, Jacinto, "Manual de Sumarios...", ob. cit., p. 115.

(132) Bezzi, Osvaldo M., "El poder disciplinario de la administración pública...", ob. cit., ps. 26 y ss.

(133) Dictámenes 305:543; 273:393; 267:394; 240:393, entre otros.

(134) Dictámenes IF-2020-71549301-APN-DND#PTN del 22/10/2020.

(135) Dictámenes 274:239, entre otros.

(136) Dictámenes 256:364; 251:72; 159:113; 110:34; 99:146, entre otros.

(137) Dictámenes IF-2020-16420080-GCABA-DGEMPP del 03/07/2020 emitido en el marco del expediente 14692204/MGEYA-SISC/18.

v) La jurisprudencia

De la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal es posible advertir algunas interpretaciones que merecen ser enunciadas, al menos de manera breve.

Así, en primer término, y en relación específica con los sumarios administrativos disciplinarios, si bien la CNFed. Cont. Adm. no se refirió exclusivamente al acto de instrucción, sino a la sustanciación de un sumario administrativo en el que aún no se había decidido si correspondía aplicar, o no, una sanción al actor, precisó que "no puede ser motivo de agravio la sustanciación del sumario instruido, ya que, de su compulsa se desprende que el recurrente ejerció su derecho de defensa y que la instrucción no está finalizada por lo que no existen motivos válidos para presumir la afectación de derechos o garantías constitucionales" **(138)**.

Por otra parte, al referirse a los procedimientos sancionadores llevados adelante por la Comisión Nacional de Valores en el marco de lo previsto en la Ley 17.811, entendió que como según el art. 10 de la mentada norma "resulta esencial que la imputación mencione la actuación individual de las personas partícipes en los hechos investigados", y la "apertura de las actuaciones sumariales no contuvo una imputación clara, precisa y determinada para cada una de las personas físicas investigadas", correspondía declarar "la nulidad del acto de apertura del sumario, afectándose del mismo modo a cualquier resolución dictada en consecuencia; entre ellas, la decisión sancionatoria".

Con igual criterio, aunque refiriéndose a los sumarios administrativos sancionatorios previstos en el Código Aduanero, la Cámara del fuero entendió que, si los actos por los que se ordenaban la apertura de las actuaciones sumariales no cumplían con los requisitos exigidos por el art. 1094 del Código, aquellos, además, de ser nulos, no eran idóneos para "provocar los efectos regulados por los arts. 805 y 937" **(139)**.

vi) Nuestra postura

Por nuestra parte, antes de ahora hemos señalado que el acto que ordena la apertura de un sumario administrativo no reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo **(140)**.

Si la nota definitoria, esencial e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros —es decir, la configuración, modificación, suspensión o extinción de derechos subjetivos—, mal podría entenderse que el acto que dispone la apertura de una instrucción sumarial sea considerado un verdadero "acto administrativo" pues, en definitiva, aquel no incide directa e inmediatamente en la esfera de los derechos e intereses del particular creando o imponiendo situaciones jurídicas sino que, antes bien, agota sus efectos en la esfera interna de la administración.

(138) CNFed. Cont. Adm., sala II, 15/12/2009, "Oyola, Rodolfo c. Estado nacional - Fondo Nacional de las Artes".

(139) CNFed. Cont. Adm., Sala I, 12/12/2017, "Henkel Argentina SA (TF 35851-A) c. DGA s/ recurso directo de organismo externo" (disidencia del Dr. Rodolfo E. Facio); CNFed. Cont. Adm., Sala I, 26/09/2017, "ABB SA c. DGA s/ recurso directo de organismo externo" (disidencia del Dr. Rodolfo E. Facio); CNFed. Cont. Adm., Sala III, 22/03/2012, "Industria Latinoamericana de Accesorios SA c. AFIP - DGA", entre otros.

(140) Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", ob. cit., ps. 170-174. Sí será administrativo el acto que ponga fin al sumario administrativo el cual, por ejemplo, si se tratara de un sumario disciplinario en donde se hubiere impuesto una sanción o resuelto la exención de responsabilidad del agente, deberá, para ser plenamente válido, reunir los requisitos esenciales exigidos por la LNPA en los arts. 7º y 8º. Así, el acto administrativo de sanción deberá ser dictado por la autoridad competente, respetando el bloque de juridicidad (objeto), aduciendo una causa válida que no podría responder solo a la voluntad del funcionario (es decir, sustentarse en antecedentes de hecho y de derecho objetivos y verdaderos), debidamente motivado y con el fin de satisfacer la finalidad de la norma atributiva de competencia. Y, por lo demás, no podría ser irrazonable (principio general del derecho derivado del art. 28 de la Constitución nacional y del art. 7º, inc. "f", 2ª parte, de la LNPA).Deberá, a su vez, respetar el debido procedimiento previo al dictado del acto que incluye, por un lado, tanto los procedimientos esenciales y sustanciales exigidos por el ordenamiento jurídico en forma previa a la emisión de cualquier acto como el dictado del dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, y, por el otro, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía del derecho de defensa consagrada por el art. 18 de la CN.

En definitiva, entonces, como el inicio de una instrucción sumarial —o, en su caso, de una información sumaria— no incide de manera directa e inmediata en la esfera jurídica de los derechos e intereses de los particulares, creando o imponiendo situaciones jurídicas, en modo alguno puede ser considerado un acto administrativo.

Por ello, la apertura de un sumario administrativo —y, agregamos nosotros, la de una información sumaria— no es susceptible de ser impugnada administrativa o judicialmente, pues ningún administrado puede sentirse agraviado por la mera circunstancia de que se investiguen hechos, actos u omisiones eventualmente alterativas de la regularidad funcional **(141)**.

El acto que ordena la instrucción sumarial no prejuzga cuál será el modo en que finalizará el expediente, ni produce indefensión o atenta contra derechos fundamentales, tampoco afecta el derecho al honor ni conculca el principio de inocencia pues, como dijimos, el sumario no tiene como finalidad sancionar a los funcionarios públicos, sino investigar y esclarecer aquellos hechos, actos u omisiones susceptibles de configurar posibles irregularidades que, además, podrían o no derivar en la aplicación de sanciones disciplinarias.

El hecho de que el acto que inicia un sumario administrativo no sea considerado *acto administrativo* sino, en rigor, un *acto interorgánico,* no excluye la posibilidad de que pueda ser cuestionado al momento de emitirse el acto administrativo que pone fin al trámite sumarial, por ejemplo, como un vicio en el elemento “procedimiento” de aquel.

En ese orden de ideas, a la hora de resolver acerca de la validez o invalidez del acto de apertura sumarial podría acudirse, en ausencia de una regulación específica sobre ellos en esa temática, a la aplicación analógica de las disposiciones inherentes al acto administrativo en sentido técnico, tal como lo propone el profesor Comadira **(142)**, entre otros **(143)**, para los dictámenes jurídicos o informes.

Se justifica, así, que algunos precedentes jurisprudenciales que mencionamos en las páginas que anteceden hayan declarado la nulidad del acto administrativo sancionatorio cuando, por ejemplo, el acto de instrucción fue ordenado por una autoridad incompetente en razón del tiempo **(144)**, pues al momento de disponerse el inicio del sumario la acción estaba prescripta.

El acto en virtud del cual se ordena iniciar un sumario administrativo no es, como dijimos, un acto administrativo sino, en rigor, un *acto interorgánico* o, si se quiere, un acto preparatorio.

Por consiguiente, al no afectar de manera directa e inmediata la situación jurídica de los particulares, es decir, al no crear o imponer situaciones jurídicas sino, en rigor, al simplemente agotar sus efectos en la esfera interna de la Administración, aquel será irrecurrible.

Aquella no solo es la opinión de la doctrina autorizada en la materia sino, además, la que se

(141) En tal sentido, la PTN ha señalado que "la orden de instruir sumario no importa agravio para el causante, puesto que, durante el trámite de aquel, se le ofrecerá la oportunidad de esclarecer los hechos que pudieran imputársele" (Dictámenes 169:444; 159:113; 99:146, entre otros).

(142) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 14.

(143) Muratorio, Jorge I., "El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional", REDA 2002-535; Gorostegui, Beltrán, "El Dictamen Jurídico...", ob. cit., ps. 89 y ss. Barra, por su parte, al referirse al dictamen, sostiene que "si este no es un acto administrativo, no se le aplica el modelo constitutivo estructural diseñado por el art. 7º de la LPA, y, por tanto, tampoco las causales de nulidad del acto, que han sido establecidas por la misma ley en razón de la presencia y 'calidad' de aquellos elementos constitutivos, de los que el dictamen, jurídicamente, carece" (Barra, Rodolfo C., "Administración y actividad consultiva", en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2006, ps. 501 y ss., especialmente p. 546). De todos modos, el citado jurista sostiene, en la nota 75 de aquel trabajo, que "naturalmente, algunos de esos elementos u otros semejantes estarán integrando, materialmente, el dictamen, pero con total carencia de relevancia jurídica".

(144) Un análisis acerca del elemento "competencia" y su clasificación en razón de la materia, territorio, grado y tiempo puede verse en: Comadira, Julio R., "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. I, ps. 155 y ss.

extrae de los dictámenes de la PTN, la PGCABA y de la jurisprudencia del fuero.

En efecto, entre los distintos autores que sostienen que la orden de instrucción es inimpugnable cabe mencionar, por ejemplo, a Saíd **(145)**, Pertile **(146)**, Leguizamón **(147)**, Mahmud **(148)**, Cabral-Schreginger **(149)**, Bezzi **(150)** y, en el derecho comparado, Trayter **(151)**, Castillo Blanco **(152)**, González Pérez-González Navarro **(153)** y García Gómez de Mercado **(154)**, por nombrar algunos.

La PTN, que, cabe recordar, según el art. 134 del RIA es la autoridad de interpretación de aquel reglamento, señaló, como dijimos, que "*la decisión de instruir sumario no es susceptible de ser recurrida* conforme la doctrina anterior citada en 'Dictámenes', 110:34, pues dicho acto no puede afectar derecho o interés legítimo, ya que, solo habilita para verificar hechos y recién luego del llamado a prestar declaración indagatoria, el trámite se endereza hacia un sujeto determinado" (el destacado nos pertenece) **(155)**.

La PGCABA, a su turno, destacó que "el acto que ordena el inicio del trámite sumarial constituye un típico acto interno de la Administración, tendiente a adquirir conocimientos de hechos no aclarados, dilucidarlos y decidir si ameritan la formulación de cargos. *Hasta tanto dicha investigación se traduzca en una resolución definitiva que califique con sanción o sobreseimiento el accionar del o los involucrados, no trasciende la esfera discrecional administrativa, y por lo tanto, no es susceptible de ser recurrida*" (énfasis agregado) **(156)**.

La CNFed. Cont. Adm., a su vez, al analizar la validez de un sumario administrativo disciplinario, si bien no se refirió exclusivamente al acto de instrucción, sino a la sustanciación de la actuación sumarial en el que aún no se había decidido si correspondía aplicar, o no, una sanción al actor, precisó que "no puede ser motivo de agravio la sustanciación del sumario instruido, ya que, de su compulsa se desprende que el recurrente ejerció su derecho de defensa y que la instrucción no está finalizada por lo que no existen motivos válidos para presumir la afectación de derechos o garantías constitucionales" **(157)**.

Tampoco puede soslayarse que la Cámara del fuero también apuntó que el acto que dispone la apertura de un sumario en el marco de las relaciones de consumo no es susceptible de ser impugnado por vía judicial **(158)**.

Finalmente, el Superior Tribunal de Justicia de Provincia de Corrientes ha señalado, en numerosos pronunciamientos administrativos de superintendencia, que "una orden o solicitud de investigación, no es susceptible de agraviar situaciones jurídicas subjetivas, por ser directrices internas que hacen al buen funcionamiento de la organización" **(159)**.

(145) Said, José, "Investigaciones administrativas...", ob. cit., p. 890.

(146) Pertile, Félix A., "El Sumario Administrativo", ob. cit., p. 18.

(147) Leguizamón, Gustavo S., "Sumario administrativo...", ob. cit., p. 80.

(148) Mahmud, Jacinto, "Manual de Sumarios...", ob. cit., p. 115.

(149) Cabral, Pablo O. — Schreginger, Marcelo J., "El Régimen de Empleo Público...", ob. cit., p. 693.

(150) Bezzi, Osvaldo M., "El poder disciplinario de la administración pública...", ob. cit., ps. 26 y ss.

(151) Trayter, Juan M., "Manual de derecho disciplinario...", ob. cit., ps. 317 y ss.

(152) Castillo Blanco, Federico A., "Función pública y poder disciplinario...", ob. cit., ps. 403 y ss.

(153) González Pérez, Jesús — González Navarro, Francisco, "Comentarios a la ley de régimen jurídico...", ob. cit., t. 2, ps. 1651-1653 y, también, en ps. 2777 y ss.

(154) García Gómez de Mercado, Francisco, "Sanciones administrativas", ob. cit., ps. 118-119.

(155) Dictámenes 256:364; 251:72; 159:113; 110:34; 99:146, entre otros.

(156) Dictámenes IF-2020-16420080-GCABA-DGEMPP del 03/07/2020 emitido en el marco del expediente 14692204/MGEYA-SISC/18.

(157) CNFed. Cont. Adm., sala II, 15/12/2009, "Oyola, Rodolfo, c. Estado nacional - Fondo Nacional de las Artes".

(158) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 31/03/2015, "Caja de Crédito Cuenca Coop. Ltda. y otros c. BCRA - res. 209/2012", expte. 30.330112.

(159) STJC, Resolución Administrativa 521 del 22/09/2011, dictada en el Expte. Adm. D-418-11, entre

Por lo demás, si bien el acto que ordena la apertura de un sumario administrativo no es susceptible de ser recurrido, ello no obsta a que el particular interesado, al tomar conocimiento de aquel, pueda efectuar las presentaciones que considere convenientes para hacer conocer su parecer dentro del expediente administrativo (observaciones, aclaraciones, etc.) **(160)**.

De todos modos, insistimos, en modo alguno aquellos escritos podrán ser considerados recursos administrativos.

c) Las notas decisorias y notificatorias

Existen casos en los que las autoridades administrativas remiten una nota a los administrados haciéndoles conocer una determinada decisión.

A simple título ejemplificativo, podrían encuadrarse en aquellos supuestos las notas dirigidas a los particulares que rezan "se le hace saber que se ha denegado su petición", "corresponde rechazar su pedido", etc.

Sobre la cuestión, la PTN ha señalado que "la nota de la Administración que hace saber al destinatario la decisión de la misma reúne la condición de 'acto decisorio' y la de 'acto de notificación'. Reúne estos dos aspectos, ya que, es una declaración de voluntad administrativa y porque, además, comunica, hace saber al particular interesado dicha declaración. La impugnación de tal acto solo es procedente por la vía recursiva prevista en el tít. VIII del Reglamento de Procedimientos Administrativos" **(161)**.

En la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que "no obsta a la validez de la actuación administrativa la circunstancia de que se haya reconocido en una nota, con estilo de carta, el acto decisorio y el acto de notificación, si —a pesar de no guardar la forma habitual—, contiene una causa, una motivación y un objeto, el órgano decisor es competente y no se ha perjudicado la defensa del interesado" **(162)**.

En nuestra opinión, y teniendo en consideración que en los supuestos mencionados la autoridad administrativa declara de manera expresa su "voluntad", entendemos que, a pesar de su defectuosa instrumentación, las notas decisorias y notificatorias han de ser consideradas verdaderos actos administrativos **(163)**.

d) Las actas de infracción y de inspección

Otra cuestión que ha generado dudas es la que se vincula con la naturaleza que cabe atribuirles a las actas de infracción o de inspección que, en el marco de un procedimiento administrativo —como podría ser, por ejemplo, un procedimiento administrativo sancionador—, labran los distintos agentes de la Administración.

Los pronunciamientos judiciales en la materia no abundan, pero, no obstante, existe un precedente relativamente reciente en el que la Cámara del fuero analizó la problemática planteada.

En el caso "La Nueva Metropol", la sala IV de la Cámara del fuero, con la mayoría absoluta de sus miembros, revocó la sentencia dictada por el juez de primera instancia que había hecho lu-

muchas otras.

(160) Así lo han propuesto, al referirse a la irrecurribilidad de los "actos preparatorios", entre otros, y como vimos antes: Canosa, Armando, "Análisis y comentarios al art. 80 del dec. 1759/1972", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, ob. cit., t. III, p. 1210; Muratorio, Jorge I., "La actividad interna de la Administración, la organización administrativa, el procedimiento administrativo y las relaciones interadministrativas", en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Pozo Gowland, Héctor M. — Halperín, David — Aguilar Valdez, Oscar — Juan Lima, Fernando — Canosa, Armando (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 664, nota 37; Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, p. II-11, nota 52.

(161) Dictámenes 277:290; 214:131; 196:116; 156:1; 151:659; 137:134.

(162) SCBA, 18/12/1984, "Tambone y Cía. Ingeniería SRL c. Municipalidad de Pehuajó s/ demanda contencioso-administrativa", AyS 1984-II, 633.

(163) Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 14, nota 16. En igual sentido: Christe, Graciela, "Notas decisorias y notas notificatorias" en AA.VV., Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 575 y ss.; Sammartino, Patricio M., "Amparo y Administración...", ob. cit., t. 1, p. 114; Hutchinson, Tomás, "Régimen de Procedimientos...", ob. cit., p. 92.

gar a la medida cautelar solicitada por la actora tendiente a obtener la suspensión judicial de los efectos de algunas actas infracción.

Para así resolver, la Cámara sostuvo, en lo que aquí interesa, y con cita del profesor Comadira, que "la calidad de acto administrativo en sentido técnico queda reservada a las decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, resultando excluidos los actos que, no obstante producir efectos incluso directos en el ámbito interno de la administración (v.gr., Un informe o dictamen vinculante), carecen de tales consecuencias en el ámbito externo de esta" **(164)**.

Con base en ello, precisó que "las actas cuestionadas no serían la causa eficiente del daño invocado por el actor, el que, en todo caso, será un efecto de los actos administrativos sancionatorios, que no han sido materia de impugnación en el proceso principal (ya concluido), siendo el presente incidente un accesorio. Las actas cuestionadas configuran un elemento del acto administrativo que impone la sanción (art. 7º, ley 19.549), y los vicios alegados podrán eventualmente afectar la validez de aquel (art. 14 de la ley 19.549)".

En definitiva, entonces, y en lo que aquí importa, la Cámara entendió que las actas de infracción no serían técnicamente actos administrativos sino, en todo caso, un elemento del acto administrativo que eventualmente imponga la sanción correspondiente.

En sentido similar, la PTN, al referirse a un acta de inspección labrada por un inspector del Instituto Nacional de Obras Sociales, precisó que aquellas no constituyen actos administrativos, "*el acta, en tanto que tal, no implica decisión alguna, siendo el aspecto* decisorio o resolutivo uno de los caracteres típicos del acto administrativo. A lo sumo, el acta puede considerarse como un simple acto preparatorio de una decisión ulterior, que, como es sabido, no causa agravio y, por ende, resulta insusceptible de recurso alguno" **(165)**.

A riesgo de pecar de reiterativos, cabe recordar que la nota definitoria, esencial e inherente del acto administrativo propiamente dicho es la producción de efectos jurídicos directos respecto de terceros, es decir, la configuración, modificación, suspensión o extinción de derechos subjetivos.

Ahora bien, parece claro que las actas de infracción no serían, en principio, actos administrativos pues, en rigor, aquellas no crean o imponen situaciones jurídicas, es decir, no inciden directamente en la esfera de los derechos e intereses de los particulares.

En tal sentido, y como bien señaló la Cámara en el fallo antes citado, "las actas cuestionadas configuran un elemento del acto administrativo que impone la sanción (art. 7º, ley 19.549), y los vicios alegados podrán eventualmente afectar la validez de aquel (art. 14 de la ley 19.549)".

En otras palabras: si bien, en principio, las actas de infracción no pueden ser impugnadas administrativa y/o judicialmente pues no constituyen actos administrativos propiamente dichos, ello no obsta a que puedan ser objeto de cuestionamiento en oportunidad de recurrir el acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo respectivo.

Asimismo, hemos de señalar que aún en el supuesto en que la normativa específica prevea la impugnación de las actas de infracción o de inspección, tal circunstancia no les hará perder la naturaleza de actos preparatorios para convertirlas en actos administrativos pues, en definitiva, aquella posibilidad impugnatoria no será más que una cuestión de política legislativa que en modo alguno afectará la naturaleza jurídica y esencia de dichos actos.

De los párrafos anteriores se desprende que las actas de infracción no serían, en principio, actos administrativos.

(164) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 01/06/2011, "La Nueva Metropol SATACI c. Estado Nacional - Ministerio de Planificación y otros").

(165) Dictamen del 15/10/1984 recaído en el Expediente 17.609/81, publicado en RAP 90-60.

Destacamos y enfatizamos que *en principio* no serían actos administrativos pues, en rigor, si aquellas crearan una situación jurídica pasiva o, en su caso, disminuyeran o suprimieran una activa, dejarían de ser una simple "acta" para convertirse en un verdadero acto administrativo, con todas las consecuencias jurídicas que ello importa, especialmente en materia impugnatoria.

Es que, como hemos señalado con anterioridad, si las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les asigne, sino, antes bien, de su verdadera esencia jurídica, la teoría de la calificación jurídica lleva necesariamente a considerar que aquellos actos consultivos que afectan de manera directa e inmediata a los particulares han de ser considerados, más allá de su autocalificación, verdaderos actos administrativos.

III.2.c. Actos interadministrativos

Están, a su vez, los *actos interadministrativos,* es decir, aquellos que nacen como consecuencia de las relaciones trabadas entre distintos entes o personas jurídicas públicas estatales **(166)**.

El profesor Comadira ejemplifica claramente los dos supuestos enunciados: relaciones entre autoridades de un Ministerio y una entidad autárquica, o entre entidades autárquicas entre sí **(167)**.

La PTN, por su parte, ha señalado que "la relación jurídica interadministrativa es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las personas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia" **(168)**.

En estos supuestos, al trascenderse el ámbito interno de las relaciones intraórganos, sí producen efectos jurídicos directos externos, pero, a diferencia de los actos administrativos, cuyos efectos jurídicos directos e inmediatos afectan a terceros, los actos interadministrativos solo afectan a los distintos entes o personas jurídicas públicas estatales que intervinientes en la relación jurídica en cuestión.

Cabe agregar, también, que la doctrina ha ido incorporando en el espectro de relaciones interadministrativas, las relaciones que involucran a las empresas del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria **(169)**.

Como se ve, si bien ambos actos tienen carácter jurídico, la principal diferencia entre los actos interorgánicos y los interadministrativos, es que los primeros son producto de una relación en la que intervienen al menos dos órganos de un mismo ente o persona jurídica pública estatal, mientras que en los últimos una o ambas partes poseen personalidad jurídica propia **(170)**.

(166) Como recuerda Comadira, en un trabajo en coautoría con Winkler, relación interadministrativa es aquella "que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación o provincia) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas estatales que constituyen entidades descentralizadas, 'poseedoras de personalidad jurídica propia'. Concordantemente, no resultan incluibles los entes que, aunque públicos, no fueran estatales, y sería posible encontrar relaciones jurídicas de este tipo tanto entre entidades pertenecientes a una misma jurisdicción o esfera de gobierno, cuanto entre aquellas de diferente jurisdicción (v.gr., entre la Nación y una provincia), aunque en este último caso pensamos que —en principio— el estudio particularizado de su régimen aplicable corresponde prioritariamente al derecho constitucional, sin perjuicio de la aplicación 'supletoria' de los principios existentes en el derecho administrativo" (Comadira, Julio R. — Winkler, Nora P., "Las contrataciones interadministrativas y el principio de libre elección", ED 119:857).

(167) Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 247.

(168) Dictámenes 234:645; 263:395.

(169) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. I, ps. 131-132; Hutchinson, Tomás, "Régimen de Procedimientos...", ob. cit., p. 73; Muratorio, Jorge I., "Los conflictos interadministrativos nacionales", en REDA 19/20, ps. 461 y ss.; Sacristán, Estela B., "Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos", en AA.VV., Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2005, ps. 439 y ss.

(170) Ibidem.

La consecuencia de ello es clara: si bien los actos interorgánicos y los interadministrativos no producen efectos jurídicos directos respecto de terceros, los últimos, a diferencia de los primeros, cuyos efectos se agotan en la esfera *interna* de la Administración, producen efectos jurídicos directos en la esfera *externa* de la Administración **(171)**.

Por último, ha de señalarse que una de las notas esenciales de las relaciones interadministrativas es que a los sujetos intervinientes no le resultan aplicables las prerrogativas de poder público.

En ese sentido, así como la doctrina ha precisado que "en el marco de una vinculación entre dependencias estatales no puede acudirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos o la autotutela administrativa (declarativa, ejecutiva, agresiva, etc.)" **(172)**, la PTN en reiteradas ocasiones apuntó que "en la esfera de las relaciones de naturaleza interadministrativa (...) no resulta admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público entre dos personas que integran la Administración pública Nacional" **(173)**.

III.2.d. Actos institucionales. Diferencias con los actos políticos o de gobierno

Como hemos mencionado al comienzo de este trabajo, el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico es el resultado de la *función administrativa*.

Pues bien, de acuerdo con en el marco conceptual que hemos dado de las funciones jurídicas del Estado, los *actos institucionales* no son producto de aquella función y, asimismo, resulta indudable que aquellos tampoco pueden ser considerados producto de la función legislativa o jurisdiccional, pues no son leyes ni sentencias en el sentido allí expuesto.

Los actos institucionales son el resultado del ejercicio de la *función política* o *gubernamental,* y tienen como finalidad asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado, sin afectar con inmediatez derechos de los particulares.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la declaración de guerra o del estado de sitio **(174)**, la intervención federal a las provincias **(175)**, la celebración de tratados internacionales **(176)**, el nombramiento de los jueces de la CS **(177)**, el veto **(178)**, convocatoria y prórroga de sesiones ordinarias del Congreso, la convocatoria a sesiones extraordinarias en el Congreso, etc.

Como se dijo, la característica de aquel tipo de actos es que no afectan de manera directa los derechos de los administrados y, por tanto, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.

Cabe aclarar, sin embargo, que la no justiciabilidad de aquel tipo de actos no importa que

(171) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. I, p. 132.

(172) Galli Basualdo, Martín, "Los actos interadministrativos", en AA.VV., Acto Administrativo, Tawil, Guido S. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 27. En igual sentido: Sacristán, Estela B., "Régimen jurídico...", ob. cit.; Comadira, Julio R. — WINKLER, Nora P., "Las contrataciones interadministrativas...", ob. cit.; Cassagne, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 322, entre otros. Desde otra perspectiva, se ha señalado que "habida cuenta precisamente del precepto del art. 99, inc. 1º, de la CN, parece perfectamente procedente que el presidente, en su carácter de jefe de Estado y de la Administración, imponga sus decisiones a los entes que coadyuvan a los fines de aquel, pero jamás se le superponen" (Montezanti, Néstor L., "Suspensión del acto administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. ampliada y actualizada, p. 58).

(173) Dictámenes 236:569; 237:358; 239:139; 242:330, 252:200 279:296, entre muchos otros.

(174) Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. I, p. 396 y, antes, en Comadira, Julio R., "El Acto Administrativo...", ob. cit., p. 22; Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. II, ps. 765-766, entre otros.

(175) Ibidem.

(176) Ibidem.

(177) Ibidem.

(178) Ampliar en: Villarruel, María Susana, "El veto: ¿acto administrativo?", en AA.VV., Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 221 y ss.

ellos no puedan generar actos de aplicación que sí afecten derechos subjetivos, razón por la cual, cuando ello ocurre, aquellos últimos son susceptibles de pleno control judicial (v.gr.: detención de una persona) **(179)**.

En ese entendimiento, diversos proyectos de normas reguladoras del proceso contencioso administrativo de la Nación, tras señalar que la competencia contencioso administrativa no

(179) En tal sentido, resulta ilustrativo el análisis efectuado por la CS in re "Granada" (CS, 03/12/1985, "Granada, Jorge Horacio s/ recurso de hábeas corpus en su favor", Fallos 307:2284). De la lectura de la causa se pueden sintetizar los hechos de la siguiente manera: el 22 de octubre del año 1985 el Poder Ejecutivo emitió el dec. 2049/1985 en el que disponía el arresto por sesenta días de 12 personas (6 civiles y 6 militares —3 en actividad—) que, supuestamente, habrían estado involucrados en una serie de atentados que se venían dando en el país. En los considerandos del mencionado decreto se mencionada que aquellas personas, entre las que estaba el actor, el Mayor Jorge Horacio Granada, actuaban "coordinadamente, en aras de un propósito común de violencia contra las instituciones democráticas y del pueblo —integrado dentro y fuera del país—". Tal como señala la doctrina, uno de los argumentos utilizados por el Poder Ejecutivo para justificar la medida se basaba en cláusulas constitucionales que habían sido derogadas en la reforma constitucional de 1860 (Gelli, María A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. 1, p. 4040, nota 1018). Con posterioridad a la emisión referido decreto, el 25 de octubre de ese mismo año el Poder Ejecutivo, mediante dec. 2069/1985 y con base en lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución de la Nación, declaró el estado de sitio en todo el territorio del país por el término de sesenta días y, en esa misma fecha, dictó el dec. 2070/1985 por el que ordenaba la detención de las mismas personas mencionadas en el citado dec. 2049/1985. El Mayor Jorge Horacio Granada, uno de los arrestados con base en aquellos decretos, en virtud de la establecido en los arts. 1º y 2º de la ley 23.098 (Ley de Hábeas Corpus), cuestionó judicialmente la legitimidad de la declaración del estado de sitio y la razonabilidad de la orden de arresto. Al tomar intervención la Corte, apuntó que cuando el legislador sancionó aquella Ley no tuvo la intención de "apartarse de la jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces" pues, según el Máximo Tribunal, correspondía dar "carácter excluyente al juicio del poder legislativo, o del ejecutivo en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen la declaración del estado de sitio. De la misma manera, resulta definitivo el criterio de los poderes legislativo y ejecutivo en punto a la oportunidad del ejercicio de las atribuciones correspondientes al manejo de las relaciones exteriores y a la intervención federal". En otras palabras: la CS entendió que no resultaba razonable entender que el legislador se había apartado de la interpretación que durante años la Corte había hecho del art. 23 de la CN pero, sin embargo, aclaró que "el juicio de legitimidad al que remite el art. 4º de la citada ley 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad". En ese orden de ideas, la Corte sistematizó el alcance del control judicial respecto de la declaración del estado de sitio señalando que "lo que interesa es la legitimidad del acto mismo de declaración del estado de sitio. Esto es, excluido al examen de fondo —o sea el atinente a la apreciación de los hechos determinantes del acto—, resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en el cual queda incluido lo relativo no solo a las modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el plazo expreso y la determinación del lugar, puntos estos últimos reiteradamente considerados en la jurisprudencia del Tribunal" (consid. 5º).En definitiva, según la Corte, ante un acto institucional como es la declaración del estado de sitio, los tribunales si bien deben abstenerse de juzgar la apreciación de los hechos determinantes del acto, esto es, valorar las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sí pueden examinar la legitimidad del marco en que fue declarada, la competencia del órgano que lo estableció y lo que hace a la validez constitucional de la disposición: ante la detención de una persona dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la situación de crisis, debe juzgarse si esa detención guarda una razonable relación con la autorización legal de la que emanaba pues, en caso contrario, el Poder Judicial puede —y debe— amparar al habitante afectado mediante el control de razonabilidad. Al analizar el fallo, Bianchi sostuvo que "tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado tender en derredor de la norma arriba comentada una barrera que impide al juez del hábeas corpus llegar al extremo de cuestionar el dictado mismo del todo el estado de sitio, salvo en sus aspectos meramente formales. Queda a salvo, por supuesto, el análisis de razonabilidad y legitimidad de las detenciones que se produzcan. Bajo esta interpretación la situación existente antes de la sanción de la ley 23.098 no ha cambiado nada, o en todo caso ha cambiado muy poco. El control de razonabilidad ya existía, y el control formal sobre la legitimidad de la declaración de estado de sitio podía efectuarse sin ley que lo habilitara expresamente" (Bianchi, Alberto, "Control de constitucionalidad", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, 2ª ed. actualizada, reestructurada y ampliada, t. 2, p. 176).A su turno, Sacristán entendió que el balance generado por en el fallo citado es "paupérrimo", agregando, además, que "a la luz de lo prescripto en la Ley 23.098 y la puerta que abría en su art. 4º para la revisión judicial de la legitimidad de la declaración, el caso 'Granada' de

procederá respecto de actos institucionales tales como los actos institucionales, la declaración de guerra, la celebración de tratados internacionales, la intervención federal a las provincias o a la CABA y la declaración del estado de sitio, precisaron que ello no impedía "el juzgamiento de las controversias que se susciten con motivo de los efectos o consecuencias de los respectivos actos de ejecución, como, asimismo, el juzgamiento de las indemnizaciones que en cada caso correspondan" **(180)**.

Ciertamente, no debe confundirse el acto "institucional" con los denominados "actos políticos o de gobierno".

Estos últimos, según el criterio propiciado por Marienhoff **(181)**, a quien sigue Comadira **(182)** y Monti **(183)**, entre otros autores **(184)**, son aquellos que se vinculan con las finalidades superiores o trascendentes del Estado, es decir, actos que hacen a su conducción o dirección superior pero que, al igual que los actos administrativos propiamente dichos, afectan de manera directa e inmediata la situación jurídica de los particulares y, por tanto, están sometidos al régimen jurídico de la función administrativa (v.gr., indulto, conmutación de penas, el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia, etc.).

En relación con estos últimos actos, Marienhoff y Comadira señalan que la distinción con los "actos administrativos" es meramente "conceptual", en el sentido de que no traducen una diferencia que se concrete en principios "jurídicos" ni en el régimen jurídico aplicable **(185)**.

En otras palabras: si bien los "actos políticos o de gobierno" tienen en común con los "actos administrativos" que ambos afectan con inmedia-

---

vino una oportunidad perdida" (Sacristán, Estela B., "Control judicial del Estado de Sitio y de la Intervención Federal" en AA.VV., Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 689 y ss., especialmente p. 701). Sagüés, al analizar la cuestión, apuntó que en el precedente mencionado "la Corte Suprema dio un paso atrás, cuando señaló —pese al texto de la ley— que no era cuestión justiciable la declaración misma del estado de sitio, salvo en aspectos formales, tales como la competencia del órgano que la dictó, recaudos legales del pronunciamiento, determinación en él del tiempo y lugar" (Sagüés, Néstor P., "Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, p. 107). Por otra parte, el mismo autor, en su conocida obra "Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus", tras ratificar aquella postura y señalar, citando a Bidart Campos, que "la sentencia 'Granada' recortó la interpretación posible de la ley 23.098", mencionó que "es de sumo interés destacar que, en 'Barrionuevo', la Cámara entró, en un hábeas corpus, a evaluar si existían fácticamente las circunstancias que, según la Constitución, autorizaban la declaración del estado de sitio dispuesto por el DNU 714/1989, explicitando claramente que los jueces estaban potenciados para mentar, por su conocimiento de las realidades del país, si se configuraban o no los hechos que autorizaban adoptar tal medida de excepción. Esta doctrina va más allá, naturalmente, de la sentencia dictada por la CS en 'Granada, Jorge H.'" (Sagüés, Néstor P., "Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, 5ª ed. actualizada y ampliada, t. IV, ps. 305-306).

(180) Ver, por ejemplo, art. 4º del Código Contencioso Administrativo Federal remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación. En igual sentido se perfiló el art. 4º de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo para la Nación presentado en el año 2005 y, también, en el 2008, el cual tuvo media sanción en el Honorable Senado de la Nación y que, posteriormente, al haber perdido estado parlamentario, se lo volvió a presentar en el año 2011 y 2013.

(181) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. II, ps. 759 y ss.

(182) Comadira, Julio R., "Procedimientos Administrativos...", ob. cit., t. I, p. 47.

(183) Monti, Laura M., "Acto Institucional", en AA.VV., Acto administrativo y reglamento, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 325 y ss.

(184) Comadira, Julio P., "Estudios de Derecho...", ob. cit., p. 429; Barraza, Javier I. — Schafrik, Fabiana H., "Los actos de gobierno y los actos institucionales", RAP 237:020; Barraza, Javier I., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 466 y ss., entre otros. Por nuestra parte, antes de ahora hemos adherido a la mencionada categoría en: Comadira, Fernando G., "La acción de lesividad", ob. cit., ps. 48 y ss. y, antes, en Comadira, Fernando G., "Apuntes sobre la función administrativa...", ob. cit.

(185) Tan es así que, como señala Marienhoff, "la diferencia es solo de efectos 'didácticos', pues facilita el estudio analítico de la materia" (Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 705).

tez la esfera jurídica de los particulares, razón por la cual están sometidos a los mismos principios y regímenes jurídicos, se diferencian en que los primeros responden a finalidades superiores o trascendentes del Estado; los "actos institucionales", por su parte, producto de la "función política o gubernamental"), son emitidos con el objeto de asegurar o lograr la organización y subsistencia misma del Estado y, a diferencia de los "actos políticos o de gobierno" y los "actos administrativos", al no alterar de manera directa los derechos de los administrados, se sostiene que no son susceptibles de revisión judicial.

III.2.e. Actos regidos parcialmente por el derecho privado: los actos mixtos

Por último, así como los actos y contratos administrativos son el resultado de la función administrativa y los actos institucionales son producto de la función gubernamental, se señala que el producto del ejercicio de la *función administrativa impropia* se traduce en actos y contratos de objeto privado o, en otros términos, "contratos regidos parcialmente por el derecho privado" o "contratos mixtos".

La denominación mencionada obedece a que su dictado y/o celebración no dejan de suponer el despliegue de una función administrativa, aunque incidida en parte por el derecho privado donde, por "política de gestión", el derecho administrativo como derecho común de la Administración, no se aplica con exclusividad **(186)**.

La particularidad de aquel tipo de actos —que, insistimos, no son el resultado de la función administrativa en sentido estricto y que, por ende, a diferencia de lo sostenido por Gordillo **(187)**, no cabe conceptualizarlos como "actos administrativos"—, es que no están sujetos a un régimen exclusivo de derecho administrativo, lo que no importa que resulten marginados de la juridicidad administrativa y privada, en lo que ambas sean pertinentes.

Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellos dictados en el marco de una actividad de tipo comercial o industrial, como la desplegada por las entidades bancarias oficiales destinadas a operaciones o contratos de naturaleza mercantil con los particulares **(188)**.

La existencia de actos y/o contratos regidos parcialmente por el derecho privado, es decir, contratos de objeto privado, fue reconocida por la más calificada doctrina, entre los que podemos mencionar a Comadira-Escola **(189)**, Bielsa **(190)**, Fiorini **(191)**, Berçaitz **(192)**,

(186) Ibidem. Ver, también, Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 5.

(187) El citado jurista, si bien rechaza la existencia de actos privados de la Administración, no niega la posibilidad de que el derecho privado sea aplicable en ciertos casos a la actuación de los órganos administrativos —lo cual, sin embargo, es bastante excepcional—, tal circunstancia no autoriza a que se diga, en esos supuestos, que los actos de la administración sean actos jurídicos de derecho privado, que están excluidos del concepto de acto administrativo. Para Gordillo lo que ocurre es que el derecho privado se aplica solo con respecto al objeto del acto dictado por la administración, siendo siempre invariable la aplicación del derecho público en cuanto a la competencia, la voluntad y la forma. Esta observación bastaría, a su entender, para evidenciar el error de considerar que existan "actos de derecho privado" realizados por la administración, "a lo sumo, podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto)" (Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, Cap. II-30/32).Por ello, para Gordillo, "ciertos actos administrativos pueden en algunos casos estar regidos en punto a su objeto, por el derecho privado, pero que no por ello, dejan estos actos de ser actos administrativos para transformarse en "actos de derecho privado de la administración" (Gordillo, Agustín, "Tratado...", ob. cit., t. 3, Cap. II-35).

(188) Comadira, Fernando G., "Apuntes sobre la función administrativa...", ob. cit.

(189) Comadira, Julio R. — Escola, Héctor J. — Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), "Curso...", ob. cit., t. 1, p. 5.

(190) Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, 5ª ed., t. II, p. 175.

(191) Fiorini, Bartolomé A., "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 414.

(192) Berçaitz, Miguel A., "Teoría general de los contratos administrativos", Ed. Desalma, Buenos Aires, 1980, 2ª ed., ps. 240-241.

Cassagne **(193)**, Petra Recabarren **(194)**, Coviello **(195)** y Balbín **(196)**.

Es que, como con admirable claridad y contundencia afirmaba Marienhoff, "la Administración pública puede celebrar dos tipos de contratos: 'administrativos', propiamente dichos, y de 'derecho común' (civil o comercial)" **(197)**.

Del mismo modo, Diez señaló que "la Administración puede actuar como sujeto en las relaciones jurídicas de derecho privado, por lo que es posible que contrate y realice entonces un contrato de derecho civil" **(198)**.

Más aún, quienes se dedicaron a estudiar en profundidad el tema, han señalado que la existencia de los contratos de objeto privado de la Administración deriva del propio concepto que la CS ha dado de "contrato administrativo".

Si bien la cuestión la hemos analizado pormenorizadamente en otra oportunidad **(199)**, cabe señalar aquí que de la jurisprudencia de CS se extrae no solo que el contrato administrativo reviste la naturaleza jurídica de acto administrativo **(200)** y, más específicamente, la de acto administrativo bilateral **(201)** sino, también, que, como señala Coviello **(202)**, aquel *es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas* **(203)** *en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal* **(204)**, *cuyo objeto está constituido por un*

(193) Cassagne, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., ps. 55 y ss.

(194) Petra Recabarren, Guillermo M., "Contratos en función administrativa", JA 1978-I, ps. 702 y ss.

(195) Coviello, Pedro J. J., "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CS", en Cassagne, Juan C. — Rivero Ysern, Enrique, La contratación pública, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 108 y ss.

(196) Balbín, Carlos F., "Curso...", ob. cit., t. II, ps. 189 y ss.

(197) Marienhoff, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., t. III-A, p. 20.

(198) Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", ob. cit., t. II, p. 435.

(199) Comadira, Fernando G., "Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...", ob. cit., ps. 40 y ss.

(200) CS, 06/09/1988, "Diarios y Noticias SA c. Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos", Fallos 311:1791; CS, 07/03/1989, "Navone Spalding Sociedad de Hecho c. Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes", Fallos 312:282; CS, 27/04/1989, "Fortunato Arrufat SAICyF c. Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes", Fallos 312:606.

(201) CS, 23/12/1976, "Metalmecánica SACI c. Nación", Fallos 296:672; con nota de Marienhoff, "El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 61.

(202) Coviello, Pedro J. J., "La teoría general del contrato administrativo...", ob. cit., p. 108.

(203) CS, 03/03/1992, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes", Fallos: 315:158.

(204) CS, 29/03/1990, "Dulcamara SA c. ENTel s/ cobro de pesos", Fallos: 313:376 (voto del Juez Fayt); CS, 02/03/1993, "Cinplast IAPSA c. ENTel. s/ ordinario", Fallos: 316:212. A los que hay que agregar lo resuelto en el caso "Pluspetrol", en donde la Corte entendió que no podía calificarse como administrativo al contrato que examinaba, al no haber intervenido una persona jurídica estatal, no obstante estar sustancialmente regido por el derecho público, pues carecía del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos (CS, 22/05/2007, "Pluspetrol Energy SA c. ENRE resol. 458/2002", Fallos: 330:2286). Sin embargo, en nuestra opinión, cuando la Corte sostiene que únicamente podría estarse en presencia de un contrato administrativo si una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, además de resultar contrario a la lógica de sus propios precedentes, desde nuestro punto de vista resulta conceptualmente erróneo. En primer lugar, si se tiene en cuenta, por un lado, que, como recién se dijo en el texto, la Corte sostuvo que el contrato administrativo es una especie de acto administrativo —más específicamente, un acto administrativo bilateral— y, por otra parte, que la propia Corte entendió que las personas jurídicas no estatales (públicas o privadas), pueden dictar actos administrativos (ampliar en: Comadira, Fernando G., "Apuntes sobre la función administrativa...", ob. cit.), resulta incoherente exigir que una de las partes del contrato sea una persona jurídica estatal. En otras palabras: si para la CS los entes no estatales pueden dictar actos administrativos y, a su vez, según aquel Máximo Tribunal el contrato administrativo es una especie de acto administrativo, es claro que existe, como bien señala Canda, un quiebre lógico en su razonamiento (Canda, Fabián O., "El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?" en AA.VV., Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral,

fin público o propio de la Administración y contiene explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado **(205)**.

Sobre la base de aquella conceptualización, el profesor Coviello, al preguntarse por la existencia de contratos de derecho privado de la Administración, tras analizar la jurisprudencia de la Corte, sostiene que de la definición que hemos puede extraerse, *a contrario*, que cuando no se encontrara el respectivo ente u órgano estatal cumpliendo uno de los fines propios de la Administración pública, el contrato sería de derecho privado **(206)**.

La existencia de este tipo de actos y contratos regidos parcialmente por el derecho privado, además de haber sido convalidada por la doctrina antes citada, fue receptada en la legislación nacional **(207)**, provincial [Catamarca **(208)**, Tucumán **(209)** y Tierra del Fuego **(210)**, entre otras] y de la CABA **(211)**.

Sobre la cuestión, cabe destacar que de las normas transcriptas se desprende que la celebración de contratos de objeto privado no se limita a ciertos tipos de contratos (como, por ejemplo, cuando la finalidad es industrial o comercial) sino que, en rigor, podría aplicarse a cualquier objeto contractual, en tanto de la contratación o sus antecedentes surja que está sometido a un régimen jurídico de derecho privado.

Asimismo, la viabilidad jurídica de que la administración emita actos o, en su caso, celebre contratos regidos por el derecho privado, fue expresamente confirmada por la jurisprudencia de la CNFed. Cont. Adm.

Así, en un caso en el que se examinaba el carácter privado o administrativo de un contrato celebrado por Yacimientos Carboníferos Fiscales, se sostuvo que como el contrato tenía por objeto la locación de un buque para transportar

Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 65 y ss.). Cabe agregar, además, que la viabilidad jurídica de que tanto los entes público no estatales como los no estatales (v.gr.: sujetos privados) dicten actos administrativos ha sido reconocida no solo por la mayoría de la doctrina nacional sino, también, en diversos ordenamientos jurídicos provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En segundo lugar, e independientemente de la jurisprudencia de la Corte, en nuestra opinión también existiría un error conceptual pues, como lo sostuvimos en otra oportunidad (Comadira, Fernando G., "Naturaleza jurídica de los contratos administrativos...", ob. cit., ps. 40 y ss.), el ejercicio de la función administrativo tiene como resultado el acto administrativo en sentido amplio y/o genérico, lo que significa que se incluye dentro de su concepto tanto a los actos administrativos de alcance particular (individuales, pluriindividuales o plúrimos) o general (normativos —v.gr., reglamentos— o no normativos), como a los de formación unilateral o bilateral, tal el caso de los contratos administrativos. En definitiva, si los contratos administrativos son una especie de acto administrativo, y tanto los órganos estatales como los entes no estatales —públicos o privados—, en la medida en que ejerzan función administrativa, pueden dictar actos administrativos, es claro, entonces, que también podrán celebrar contratos administrativos.

(205) Casos "Cinplast", "Dulcamara" e "YPF", citados.

(206) Coviello, Pedro J. J., "La teoría general del contrato...", ob. cit., ps. 110-111.

(207) Cfr.: art. 1º del dec. 1023/2001 por el que se aprobó el "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional" que, expresamente dispone que "toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (destacado añadido).

(208) El art. 5º del Reglamento del Sistema de Contrataciones de Catamarca aprobado por decreto acuerdo 2248/2008, expresamente estipula que "toda contratación se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (destacado añadido).

(209) El art. 1º del Reglamento de Compras y Contrataciones de Bienes Servicios del Estado Provincial aprobado por decreto acuerdo 2248/2008, prevé que "toda contratación de la Administración Pública Provincial se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (destacado añadido).

(210) El art. 2º de la Ley 1015 de Contrataciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur reza "toda contratación incluida en el ámbito dispuesto en el art. 1º se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (destacado añadido).

(211) El art. 5º de la Ley 2095 de Compras y Contrataciones señala "que toda contratación de la Administración Pública se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado" (destacado añadido).

carbón, no hacía a una finalidad específica estatal, sino industrial o comercial.

Por ello, la Cámara entendió que, ante la ausencia de un régimen de contratación exorbitante al derecho privado, cabía considerarlo como un contrato regido por el derecho común, con excepción de la competencia del funcionario público que lo suscribía, aspecto este regido por el derecho administrativo. De este modo, el contrato en cuestión se calificó como mixto **(212)**.

En síntesis, los "actos regidos parcialmente por el derecho privado" o "actos mixtos" son los que dicta el Poder Ejecutivo en el ejercicio de la denominada *función administrativa impropia* y que, si bien no dejan de suponer el despliegue de una función administrativa, por "política de gestión" el derecho administrativo como derecho común de la Administración no se aplica con exclusividad, pues también se rigen en parte por el derecho privado.

IV. Síntesis

IV.1. A modo de conclusión es posible sostener, entonces, que la actividad administrativa puede ser clasificada en dos grandes grupos, la no productora de efectos jurídicos de aquella otra que sí tiene consecuencias en el ámbito de la juridicidad o las relaciones jurídicas.

IV.2. En relación con la primera clasificación vimos que puede ser subdividida en hechos no jurídicos y actos no jurídicos y, además, que, si bien ambas categorías no son aptas para producir, por sí mismos, efectos jurídicos, enfatizamos que aquella catalogación es de trascendental importancia para la correcta comprensión de la teoría del acto administrativo y, por tanto, el punto de partida para el adecuado entendimiento de la noción de "acto administrativo".

En efecto, mientras los *hechos no jurídicos* no son otra cosa más que una operación u actuación física o material, los *actos no jurídicos,* en cambio, importan un proceso intelectual exteriorizado o declaración, es decir, la extrinsecación de una idea.

IV.3. De ese modo, entonces, al trasladar aquella diferencia entre "hecho" y "acto" al ámbito de la actividad administrativa que sí produce consecuencias jurídicas, advertimos que existen "hechos administrativos" y "actos administrativos".

IV.3.a. Los *hechos administrativos* son aquellos acontecimientos de la naturaleza o comportamientos materiales del órgano administrativo que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de relaciones jurídicas.

De ese modo, los hechos administrativos pueden clasificarse en "hechos administrativos objetivos", es decir, acontecimientos de la naturaleza que no suponen el accionar humano (p. ej.: una inundación, un incendio, el tiempo, el espacio, la medida, etc.) y en "hechos administrativos subjetivos", esto es, aquellos comportamientos materiales o actuaciones físicas del órgano administrativo.

IV.3.b. Los *actos administrativos,* por su parte, consisten en una declaración, lo que implica que, a diferencia de los hechos administrativos, traducen una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

Es que, mientras el acto administrativo constituye una declaración, en tanto traduce al mundo exterior un proceso de tipo intelectual, los hechos administrativos consisten en comportamientos materiales que implican una actividad física de la Administración.

En otras palabras: los actos administrativos *lato sensu*, si bien al igual que los hechos administrativos, producen consecuencias sobre relaciones jurídicas, se diferencian de aquel en que *nunca* son un simple acontecimiento natural o comportamiento material del órgano administrativo —aun cuando de ese comportamiento se pueda inferir la voluntad del órgano administrativo— sino que, por el contrario, implican una declaración, un proceso intelectual.

(212) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 27/04/1982, "Yacimientos Carboníferos Fiscales c. Frabia SA", ED, 102-233, con comentario de Cassagne, Juan C., "La categoría de los contratos de objeto privado de las empresas del Estado", ED, 102-233.

En definitiva, entonces, conceptualizar al acto administrativo —de alcance particular o de alcance general— como una "declaración" significa que aquel consiste en la exteriorización de una idea, una extrinsecación de un proceso intelectual, que traduce un juicio de valor u opinión, una simple constatación de hechos o, finalmente, una declaración de voluntad o decisión. Aquella puede darse a conocer, además, mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigida a la mente del o los destinatarios del acto.

IV.4. Asimismo, existen otros actos que emite la Administración pero que, a diferencia de los actos administrativos propiamente dichos —en sentido amplio y/o genérico—, no producen efectos jurídicos directos *respecto de terceros* como, por ejemplo, los actos interorgánicos, los actos interadministrativos, los actos institucionales, etc.

IV.5. Finalmente, también precisamos que así como la diferencia esencial entre el *hecho administrativo* y el *acto administrativo* es que este último importa una *declaración* emitida en el ejercicio de la *función administrativa* y que *produce efectos jurídicos directos* respecto de terceros, no debemos confundirlo con aquellos otros actos que si bien, como tales, importan una declaración —es decir, el resultado de un proceso intelectual— que, además, produce efectos jurídicos directos *respecto de terceros*, no son considerados técnicamente producto de la *función administrativa* ni, por consiguiente, *actos administrativos*.

Así, por ejemplo, cabe mencionar a los actos y contratos de objeto privado o, en otros términos, los "contratos regidos parcialmente por el derecho privado" o "contratos mixtos" que, como dijimos, son producto de la función administrativa impropia (p. ej.: los actos dictados en el marco de una actividad de tipo comercial o industrial, como la desplegada por las entidades bancarias oficiales destinadas a operaciones o contratos de naturaleza mercantil con los particulares).

Sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal

Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual (*)

Francisco Pozo Gowland

Sumario: I. Planteo del tema y plan de exposición.— II. Introducción.— III. Naturaleza jurídica.— IV. Contratos. Régimen jurídico.— V. Conclusión.

I. Planteo del tema y plan de exposición

La mayoría de los contratos celebrados por la Administración pública centralizada y descentralizada tiene una particularidad que los caracteriza, el ejercicio de prerrogativas de poder público como la potestad modificatoria o el *ius variandi*, la potestad sancionatoria o la rescisoria mediante decisión unilateral.

Algunos autores consideran que las prerrogativas de poder público pueden ser ejercidas por la Administración pública en el marco de la ejecución de un contrato, aun cuando ellas no les hubiesen sido expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo, o hubiesen sido previstas en las cláusulas del contrato (las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas).

También en algunos fallos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y tribunales inferiores, han reconocido la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas como las mencionadas, atribuidas a la Administración pública centralizada o descentralizada, aunque su concepto no ha sido delimitado con precisión.

Otro sector de la doctrina considera que las prerrogativas de poder público pueden ser ejercidas cuando hubiesen sido expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, y que no existen las prerrogativas o cláusulas implícitas, ya que, en virtud del principio de legalidad, la restricción al ejercicio de un derecho constitucional, como lo es el derecho de propiedad que emana de los derechos reconocidos en un contrato, solo puede ser limitado por una ley en sentido formal y material.

No es la intención de este trabajo centrarnos en los contratos de la Administración pública, sino enfocarnos en los que celebran las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o totalmente estatal, y en qué medida cuentan con la potestad de ejercer prerrogativas de poder público en la ejecución de contratos.

Repasar los distintos organigramas del Estado nacional en el siglo XXI arroja una conclusión ineludible, el Estado nacional participa en numerosas sociedades anónimas, en las cuales es el propietario de la mayoría o totalidad del capital social, con lo cual este análisis se torna necesario.

(*) El presente trabajo consiste en una versión reducida de la tesina presentada en la Especialización de Derecho Administrativo Económico de la UCA, aprobada en el año 2020. Agradezco a Pablo E. Perrino su colaboración como tutor de esta y a Oscar Aguilar Valdez por su evaluación.

El plan de exposición que seguiremos a lo largo de este trabajo es el siguiente: en primer lugar, haré referencia a la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal a la luz de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Habiendo efectuado dicho análisis, ingresaré propiamente en el ámbito contractual, refiriéndome a los contratos con un fin público que no son contratos administrativos y los contratos celebrados por sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal regidos por el derecho privado.

Finalmente, analizaré la existencia de las prerrogativas públicas y las cláusulas exorbitantes en materia contractual, sus alcances y demás condiciones.

De esta manera, la intención de este trabajo es exponer los fundamentos por los cuales las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal pueden ejercer prerrogativas públicas por decisión unilateral, en la medida en que estas hayan sido previamente reconocidas por el ordenamiento jurídico mediante la emisión de una ley en sentido formal o en el contrato, en virtud del alcance del principio de legalidad.

II. Introducción

El Estado argentino a lo largo de su historia ha conformado distintas sociedades, a las cuales les ha asignado los más diversos objetos sociales. Este fenómeno, caracterizado por la creación masiva de sociedades por parte del Estado, que comenzó aproximadamente en el año 1946 con la sanción del dec.-ley 15.349 que estableció el régimen jurídico aplicable a las sociedades de economía mixta, fue denominado como "Estado empresario".

Uno de los debates **(1)** que se ha suscitado en torno a este fenómeno ha sido en qué medida estas figuras societarias a las que recurre el Estado se encuentran sujetas a un régimen de derecho público o privado.

Los distintos tipos societarios evidencian una mayor o menor injerencia del Estado en su desenvolvimiento y, por ende, una mayor o menor sujeción a normas de derecho público. Desde el comienzo del siglo XXI, el tipo societario más utilizado por el Estado nacional ha sido el de las sociedades anónimas, regidas por el cap. II, secc. V, de la ley 19.550, siendo el propietario de la mayoría o totalidad de su capital social.

En efecto, las sociedades anónimas aparecen como la figura societaria por predilección **(2)**, sin perjuicio de que esta se caracteriza por ser una estructura típicamente comercial, a la cual acuden las personas físicas como mecanismo de asociación.

La finalidad del Estado, fundamentalmente a partir de la sanción de la ley 20.705 en 1974, que estableció el régimen jurídico aplicable a las sociedades del Estado, es la de crear sociedades y someterlas a un régimen jurídico predominantemente de derecho privado, a los fines de contar con una estructura ágil y dinámica, que le permita realizar distintos proyectos sin necesidad de encabezarlos a través de las Administración Central o Descentralizada, sometida a normas de derecho público.

Siendo que las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, regidas por el cap. II, secc. V, de la ley 19.550, son el tipo societario al que recurre con mayor asi-

(1) MAIRAL, Héctor A., "El Estado como Empresario", en Tratado de la Empresa, PIAGGI, Ana (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009-2010, t. I; CASSAGNE, Juan Carlos, "Las Empresas Públicas y el régimen de sus actos y contratos", en Tratado de la Empresa, PIAGGI, Ana (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009-2010, t. I, p. 100; BREWER CARÍAS, Alan-Randolph, "Las empresas públicas en el derecho comparado. Estudios sobre el régimen de las actividades comerciales e industriales del Estado", Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1967; BALBÍN, Carlos F., "Régimen jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado", en AA.VV., Organización administrativa, función pública y dominio público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2005, entre otros.

(2) Conforme surge del organigrama del Estado, efectuado por la jefatura de gabinete, hacia fines del año 2019 las únicas estructuras societarias de las que se vale el Estado son las sociedades anónimas, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas de propiedad estatal mayoritaria, aunque estas últimas en menor medida.

duidad el Estado nacional, centraré mi análisis en ellas, refiriéndome a cuál es el régimen jurídico que les resulta aplicable en materia contractual, haciendo hincapié en si celebran contratos que se encuentran regidos por el derecho público o no.

Cuando me refiero a si celebran contratos que están regidos por normas de derecho público, entiendo que la cuestión central a analizar, y a la cual me referiré en este trabajo, es la existencia y ejercicio, por parte de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, de prerrogativas públicas implícitas o explícitas.

No niego, ni desconozco, que concluir en que un contrato se rige por normas de derecho público trae aparejadas otras consecuencias **(3)**, pero considero que el análisis del ejercicio de prerrogativas públicas es un tema central, y potencialmente más conflictivo que el resto, ya que, les permitiría ejercer, entre otras potestades, la dirección y control en la ejecución del contrato, la modificación unilateral o *potestas variandi*, la potestad sancionatoria, o la ejecución directa del contrato.

En este sentido, el desarrollo de este trabajo se asienta en los siguientes pilares, que posteriormente abordaré:

(i) El Estado cuenta con la facultad de crear sociedades anónimas, regidas por el cap. II, secc. V, de la ley 19.550, siendo el propietario de la mayoría o totalidad del capital social.

(ii) Estas sociedades son personas jurídicas de derecho privado.

(iii) Se encuentran sujetas primordialmente a normas de derecho privado.

(iv) Pueden celebrar contratos regidos por normas de privado o de derecho público **(4)**.

(v) En los contratos regidos por normas de derecho público no pueden ejercer prerrogativas públicas implícitas, sino únicamente aquellas que hubiesen sido explícitamente previstas en las normas aplicables al contrato, o las potestades conferidas en las propias cláusulas contractuales.

No existe unanimidad en la doctrina, ni en la jurisprudencia nacional, ni extranjera, respecto de la existencia y ejercicio de prerrogativas públicas implícitas por parte de la Administración Central o Descentralizada. En efecto, algunos autores, y en algunos fallos, se habla de prerrogativas y en otros de cláusulas exorbitantes implícitas.

Más allá que la interpretación del ordenamiento jurídico me guíe a una única conclusión, la falta de unanimidad, o discrepancia existente en torno a la existencia de las prerrogativas públicas implícitas, y la utilización desmedida y descontrolada que ha hecho el Estado nacional de este tipo de sociedades, me lleva a abordar el tema desde dos puntos de vista.

Por un lado, realizaré un breve análisis de su naturaleza jurídica como sujetos de derecho privado, y me referiré a la existencia y ejercicio de prerrogativas públicas implícitas y explícitas. Dicho contexto, permitirá concluir que las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal no ejercen prerrogativas públicas implícitas en sus contratos, y únicamente podrán ejercer prerrogativas cuando estas hayan sido explícitamente reconocidas por la ley aplicable al contrato o por las propias cláusulas contractuales.

Más allá que la conclusión detallada en el párrafo anterior es la que debería regir en todos los contratos celebrados por las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, la conducta de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a través del contenido de distintas leyes, resoluciones, dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación y fallos, indican que este podría no ser el criterio a aplicar por el Estado nacional y fundamentalmente por la Corte Suprema.

Por tal motivo, más allá de detallar cuál es mi opinión y los argumentos que la sostienen, me

(3) Por ejemplo, el cumplimiento de las normas vinculadas al acceso a la información pública, como fuera decidido por la CS en el fallo "Giustiniani" (Fallos: 338:1258), o la aplicación de la ley 25.344, resuelto por la Corte Suprema en un fallo en el cual era demandada Nucleoeléctrica Argentina SA, sociedad anónima en la cual el Estado nacional era el propietario del 99% del paquete accionario (CS, Fallos: 327:33).

(4) En los términos del fallo "Pluspetrol" de la CS al cual me referiré posteriormente.

referiré también a cuál es la postura que podría sostener el Estado nacional en el caso de surgir un conflicto respecto de la existencia y ejercicio por parte de sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal de prerrogativas públicas implícitas.

III. Naturaleza jurídica

El Estado nacional ha utilizado distintas estructuras societarias para realizar actividades comerciales e industriales, fundamentalmente a partir de la década del 90, cuando se llevó adelante un proceso privatizador en el cual el Estado fue desprendiéndose paulatinamente de distintas sociedades que eran de su propiedad.

A partir del año 2000, el Estado volvió a intervenir activamente en la economía mediante la creación de sociedades, recurriendo, casi exclusivamente, a la sociedad anónima.

Dos situaciones pueden ser destacadas como rasgos que caracterizan a esta época. Por un lado, que las sociedades anónimas son creadas en los términos del cap. II, secc. V, de la ley 19.550; y por el otro, el hecho de que en oportunidad de crearse estas sociedades anónimas se dispusiese en algunos casos la inaplicabilidad de normas de derecho público a la sociedad. Esta circunstancia resulta más llamativa en la medida que el Estado nacional sea el propietario de la mayoría o totalidad del capital social, y dispusiese que dos o más organismos de la Administración Central o Descentralizada ejerzan la titularidad de dichas acciones.

Esta tendencia a que el Estado lleve adelante actividades comerciales e industriales mediante sociedades, excluyendo de su régimen jurídico la sujeción a normas de derecho público, pretendiendo que estas se rijan única o mayormente por normas de derecho privado, ha sido denominado por la doctrina como "huida del derecho administrativo" **(5)**.

Estas sociedades poseen numerosas particularidades entre las cuales podemos mencionar el régimen jurídico aplicable en materia presupuestaria, el control por parte de la SIGEN y la AGN, su especial régimen impositivo, el fin de lucro, la injerencia del Poder Ejecutivo, la consideración de sus directores y síndicos como funcionarios públicos, entre otras cuestiones que exceden el marco de este trabajo.

Más allá de las particularidades mencionadas, en este capítulo me referiré al régimen previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación y el encuadramiento de estas sociedades como personas jurídicas de derecho privado, y puntualizaré diversos fallos y dictámenes en los cuales se hicieron singulares apreciaciones respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, así como también de las sociedades del Estado, asemejables a las sociedades anónimas de propiedad íntegramente estatal, en atención a que en ambos casos el Estado es el titular de la totalidad del paquete accionario.

Con relación a este último aspecto, también haré referencia al régimen previsto en el dec. 1883/1991, y la posibilidad de interponer un recurso de alzada contra actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional.

El análisis de la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal tiene la importancia de indicarnos cuál es el régimen jurídico aplicable a estas sociedades ante la ausencia de una norma que lo establezca claramente. Más allá de los previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación, como veremos más adelante, la Administración pública, la Procuración del Tesoro de la Nación y la jurisprudencia le han asignado a este tipo de sociedades una naturaleza jurídica particular.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª ed. argentina, t. I, ps. 408-412; del SAZ CORDERO, Silvia, "La Huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones aplausos y críticas", Revista de Administración Pública, 113; LICO, Miguel A., "Instrumentalización de la persona jurídica en el campo del derecho administrativo. Huida del derecho administrativo al derecho privado. Fórmulas de reconducción al derecho administrativo. Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo", AP/DOC/3294/2012; entre muchos otros.

III.1. El régimen del Código Civil y Comercial de la Nación

Desde el dictado del dec.-ley 15.349, correspondiente a las sociedades de economía mixta, y la posterior sanción de la ley 13.653 de Empresas del Estado, se ha debatido respecto de la naturaleza jurídica de las formas societarias utilizadas por el Estado.

Con la sanción de la ley 20.705 el legislador manifestó expresamente la voluntad de someter a las sociedades del Estado a un régimen de derecho privado. La utilización que preponderantemente hace el Estado nacional de las sociedades anónimas regidas por el cap. II, secc. V, de la ley 19.550, vuelve a plantear esta cuestión, toda vez que no hay una ley específica que haga referencia al régimen jurídico aplicable a estas situaciones.

La gran mayoría de los autores consideran que no existe un impedimento constitucional para que el Estado recurra a instrumentos jurídicos de derechos privado para cumplir con sus finalidades, aplicándose normas de derecho público excepcionalmente **(6)**.

En sentido contrario, se han expresado otros autores, como Barra **(7)**, quien entiende que las sociedades del Estado, asimilables a las sociedades anónimas íntegramente estatales, son personas de derecho público, regidas por el derecho administrativo y solo subsidiariamente por normas de derecho privado. Balbín entiende que las sociedades anónimas constituidas por el Estado para perseguir fines de interés público, y no formadas meramente con carácter transitorio hasta que se privaticen sus acciones, integran la administración descentralizada, encontrando fundamento en el carácter público de los constituyentes y del acto constitutivo, así como el fin público que persigue el ente por carecer de fin de lucro **(8)**.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado importantes normas que hacen referencia a la cuestión bajo análisis.

El Código Civil de Vélez Sarsfield se refería a las personas de existencia necesaria y personas de existencia posible, cuyo régimen fue reformado por la ley 17.711, que adoptó la clasificación de personas públicas y privadas enumerando los entes comprendidos en cada una de ellas. Dentro de las personas públicas incluyó al Estado nacional, las provincias y municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, mientras que entre las personas privadas a las asociaciones y fundaciones que tiene por objeto principal el bien común, patrimonio propio, capacidad de adquirir bienes y no subsisten exclusivamente de asignaciones del Estado.

El Código Civil y Comercial de la Nación mantiene en el art. 145 la clasificación de personas jurídicas públicas y privadas, enumerando en el art. 146 **(9)** a las personas jurídicas públicas, y en el art. 148 **(10)** a las personas jurídicas privadas.

Luego de detallar que las sociedades son personas jurídicas de derecho privado, y que en consecuencia se rigen preponderantemente por normas de derecho privado, el art. 149 incorporó un importante régimen con relación a la participación del Estado. Dicho artículo dispone: "La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de estas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, "La actuación estatal a través de la forma societaria mercantil", ED 69-853; DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo Económico", t. I, p. 297; MAIRAL, Héctor A., "Las sociedades...", entre otros.

(7) BARRA, Rodolfo C., "Acerca...", ob. cit.

(8) BALBÍN, Carlos F., "Régimen jurídico...", ob. cit.

(9) Art. 146: "Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica".

(10) Art. 148: "Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".

derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación".

De este modo, parece aclararse una cuestión todavía debatida por la doctrina, estableciéndose en cierto modo un doble régimen que consiste en la preminente aplicación del derecho privado, pero haciendo la salvedad que resultarán, asimismo, aplicables los derechos y obligaciones diferenciadas que les sean otorgadas a las sociedades en las cuales el Estado tiene participación, en virtud del interés público comprometido en la participación societaria.

La inclusión de estos artículos en el Código Civil y Comercial, así como lo dispuesto en el art. 150 **(11)**, respecto de las leyes aplicables a las personas jurídicas privadas, no hace más que afirmar la imposibilidad de que estas ejerzan prerrogativas públicas implícitas en materia contractual, salvo que estas les hubiesen sido expresamente reconocidas por la normativa aplicable al contrato, o incluso, en virtud de lo dispuesto por el art. 149, en la ley o estatuto.

Sin perjuicio de lo expuesto, seguidamente haré referencia a importantes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y dictámenes de la Procuración del Tesoro de los cuales puede desprenderse que las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal tienen una particular naturaleza jurídica, y que difícilmente las consideren como sujetos de derecho privado a los cuales les resulta aplicable el derecho privado de manera preponderante.

En efecto, muchos de dichos pronunciamientos fueron dictados encontrándose vigente la ley 20.705 que establece en su arts. 2º y 6º que las sociedades del Estado se rigen por normas de derecho privado.

(11) Art. 150. "Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".

III.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En diferentes oportunidades la Corte Suprema se ha referido a la particular naturaleza de las diversas formas societarias utilizadas por el Estado a los fines de llevar adelante actividades comerciales e industriales. Seguidamente, detallaré algunos de ellos.

III.2.a. El caso "Giustiniani" **(12)**

En dicha oportunidad se analizó si YPF se encontraba comprendida entre los sujetos obligados por el reglamento general de acceso a la información. La Corte Suprema expuso cuál es su interpretación respecto de la adopción de diversas formas societarias por parte del Estado, y en que, medida se encuentran exentas de cumplir con normas de derecho público.

Cabe recordar que YPF, al momento de dictarse el fallo en cuestión, era una sociedad anónima regida por el cap. II, secc. V, de la ley 19.550, abierta, en la cual el Estado argentino era el propietario del 51% de las acciones de la empresa.

Tanto en primera instancia como en la Cámara **(13)** la acción fue rechazada, al considerarse que el art. 15 de la ley 26.741 disponía que YPF continuaría funcionando como una sociedad anónima en los términos del cap. II, secc. V, de la ley 19.550 y que no le resultarían aplicables normas de derecho administrativo **(14)**, por lo que no se encontraba alcanzada por el dec. 1172/2003, de acceso a la información pública.

El Alto Tribunal, una vez efectuadas consideraciones en torno al derecho al acceso a la información pública, se dispuso a analizar la

(12) CS, Fallos: 338:1258.

(13) CNFed. Cont. Adm., sala 1ª, in re "Giustiniani, Rubén H. c. YPF SA s/ amparo por mora", del 29/08/2014, expte. 37747/2013.

(14) Art. 15. Para el desarrollo de su actividad, YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF Gas SA, continuarán operando como sociedades anónimas abiertas, en los términos del cap. II, secc. V, de la ley 19.550 y normas concordantes, no siéndoles aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y control de las empresas o entidades en las que el Estado nacional o los Estados provinciales tengan participación.

naturaleza jurídica de YPF, las funciones que le fueron asignadas y la influencia que ejerce sobre ella el Poder Ejecutivo nacional.

Puntalmente, se refirió a que el Poder Ejecutivo había expropiado el 51% de las acciones de YPF, que ejercía la totalidad de los derechos políticos sobre las acciones expropiadas y que la presidenta de la Nación designó al gerente general de la compañía mediante el dec. 676/2012, entre otras medidas. Por tales motivos, concluyó en que YPF se encontraba bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional.

A su vez, recalcó que la autoridad del Poder Ejecutivo no se veía plasmada solo en su participación accionaria y su concurrencia en la toma de decisiones societarias, sino que también lo había efectuado "el propio Poder Ejecutivo nacional en el dec. 1189/2012, que regula la provisión de combustibles y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales, al señalar que YPF SA *integra el sector público nacional,* equiparando su situación a la de las Empresas y Sociedades del Estado contempladas en el inc. b, del art. 8º de la ley 24.156" **(15)**.

En este orden de ideas, al referirse a la actividad que desarrollaba YPF, y a los intereses que esta gestionaba, consideró que se veía alcanzada por el reglamento general de acceso a la información toda vez que "la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público".

Consideró que dicha circunstancia no se veía afectada por el hecho de que en el art. 15 de la ley 26.741 se hubiese dispuesto que a YPF no le resultarían aplicables normas de derecho administrativo, toda vez que una adecuada hermenéutica de esa norma "no puede desconocer el particular fenómeno producido en materia de organización administrativa, caracterizado por el surgimiento de nuevas formas jurídicas que no responden a las categorías conceptuales tradicionalmente preestablecidas, ya que, presentan regímenes jurídicos heterogéneos en los que se destaca la presencia simultánea de normas de derecho público y derecho privado".

Finalizó haciendo referencia a que el Estado argentino ha incurrido en la utilización de ciertas figuras societarias, como es el caso de las sociedades anónimas en las que es el propietario de la mayoría o la totalidad del capital social, sometiéndolas a un régimen de derecho privado y eximiéndolas de normas de derecho público para agilizar el cumplimiento de ciertos objetivos, sin que ello implique la posibilidad de sustraerla totalmente del cumplimiento de normas de derecho público, como en ese caso, de acceso a la información.

III.2.b. Un pronunciamiento sobre Nucleoeléctrica SA

En la causa "Compañía Integral de Montaje SA c. Nucleoeléctrica Argentina SA s/ proceso de ejecución" **(16)** la cuestión versaba sobre si las deudas de nucleoeléctrica recaen en el Tesoro Nacional, o si deben ser solventadas con sus propios ingresos producidos por su actividad comercial, en atención a que es una sociedad anónima, aunque de propiedad íntegramente estatal.

La Corte Suprema señaló diversas cuestiones, entre las que cabe destacar que, más allá de que la empresa no pertenece a la Administración Central, sino que forma parte de las empresas detalladas en el inc. b, del art. 8º, de la ley 24.156, no puede desconocerse que percibe recursos provenientes de la Administración Central, no puede sostenerse que Nucleoeléctrica sea una sociedad que subsiste a partir de sus ganancias, ya que, eso no se ha visto reflejado en todos los ejercicios comerciales (en los ejercicios 2002 y 2003 el resultado fue deficitario) y la Secretaría de Energía utilizó recursos para asistir a la empresa, sustrayéndolos de otros destinos.

En virtud de estas circunstancias la Corte concluyó en que Nucleoeléctrica se encontraba sujeta al cumplimiento de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas.

Esta conclusión la diferencia a Nucleoeléctrica, y eventualmente a otras sociedades de propiedad íntegramente estatal, de las típicas personas jurídicas de derecho privado.

(15) El destacado pertenece al original.

(16) CS, Fallos: 327:33.

III.2.c. Análisis de una sociedad del Estado

La Corte Suprema se pronunció en la causa "Martínez Suárez de Tinayre, Rosa M. J. y otro c. Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7, SA (ATC - Canal 7) s/ incumplimiento de contrato" **(17)** sobre la naturaleza jurídica de una sociedad del Estado.

En dicha oportunidad, la actora había reclamado los daños y perjuicios producidos por la ruptura unilateral del contrato por la parte demandada, una Sociedad del Estado.

En torno a la naturaleza de la sociedad, la Corte Suprema consideró: "A la luz del marco normativo constituido por la ley 20.705 —aplicable a la demandada en virtud del art. 6º de la ley 21.969, régimen no modificado por las leyes posteriores 22.285 (art. 114) y 22.786 (art. 2º)— 'Argentina Televisora Color LS 82 Canal 7' aparece como el medio instrumental de que se vale el Estado, adoptando el tipo de 'Sociedad Anónima' (art. 2º ley 20.705) para cumplir una finalidad que no resulta de innegable carácter público. Si debe considerarse en principio sujeta al derecho privado (Ley de Sociedades) y no comprendida en las leyes de contabilidad, de obras públicas ni de procedimientos administrativos, concurren elementos de innegable carácter estatal, principalmente en lo concerniente a la naturaleza de sus constituyentes y a la imposibilidad de participación de capitales privados (art. 1º ley 20.705), por lo que más allá del amplio grado de descentralización, integra la organización administrativa del Estado".

En definitiva, la consideró como parte de la Administración Descentralizada y un tipo societario al cual se le aplica el derecho privado, pero en la cual concurren elementos innegables de carácter estatal.

III.2.d. El estudio de una SAPEM

En el año 1988 la CS dictó sentencia en los autos "La Buenos Aires Compañía de Seguros SA c. Petroquímica Bahía Blanca SA s/ recurso de hecho" **(18)**.

En dicha oportunidad la Buenos Aires Compañía de Seguros inició una acción de amparo contra Petroquímica Bahía Blanca SAIyC con la finalidad de que se ordenase otorgar vista de las actuaciones producidas por la demandada en la licitación convocada para contratar diversos seguros. La actora detalló que había presentado una oferta y sin que hubiese habido una comunicación oficial al respecto tomó conocimiento de que el contrato había sido adjudicado a otra empresa. Una vez presentado el pedido de vista este fue rechazado por la demandada debido a la confidencialidad del trámite y de lo dispuesto en el art. 59 del Cód. Com.

Cabe destacar que Petroquímica Bahía Blanca era una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, cuyo capital pertenecía en un 51% al Estado y el 49% restante a accionistas privados.

El Procurador General, a cuyo dictamen remitió la Corte Suprema, consideró que correspondía otorgarse la vista solicita, toda vez que, en atención a la particular naturaleza de la sociedad demandada, resultaban aplicables ciertos principios y normas propias del procedimiento administrativo.

Para arribar a dicha conclusión detalló que la sociedad demandada era una SAPEM, regida por la secc. VI de la ley 19.550, y que más allá de que esto indicaría que "el sistema normativo que le resulta aplicable es de naturaleza privada", la regulación jurídica de este tipo de empresas refleja un panorama complejo.

En este sentido, consideró que no correspondía excluir a este tipo de empresas de la pertenencia a la Administración Descentralizada y que se encontraban sujetas a un régimen jurídico mixto compuesto por un conjunto de normas privadas que el Estado eligió instrumentalmente para su gobierno al incluir el tipo societario en la ley 19.550 y las reglas relativas a los recursos administrativos contemplados en el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, adecuándolas a las particularidades de la organización empresarial.

A partir de estos supuestos consideró: "De este conjunto de disposiciones se desprende a mi juicio, un sistema complejo presidido por

(17) CS, Fallos: 308:821.

(18) CS, Fallos: 311:750.

disposiciones del derecho privado en lo que hace al objeto específico de actuación, atribuido a la empresa por su estatuto, y en lo relativo a su organización de gobierno (Presidencia, Directorio, Sindicatura, etc.), pero influido por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estabilidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de la actividad".

Finalmente, concluyó en que "el carácter estatal de la empresa, aún 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".

Los cuatro fallos reseñados, en los cuales la Corte Suprema hace referencia a la naturaleza jurídica de una sociedad anónima de propiedad mayoritariamente estatal como lo es YPF SA, una sociedad anónima de propiedad íntegramente estatal como lo es Nucleoeléctrica, una sociedad del Estado, como lo era ATC, y una SAPEM, como lo era Petroquímica Bahía Blanca, poner de manifiesto que la Corte Suprema analiza la naturaleza jurídica de cada sociedad en particular y en cada caso, pudiendo concluir que les resultan aplicables normas de derecho público. Esta medida no debería afectar el ejercicio de prerrogativas, a cuyos alcances me referiré con mayor profundidad en el próximo capítulo, al analizar el régimen jurídico aplicable en materia contractual.

III.3. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

La Procuración del Tesoro de la Nación se ha referido en distintas oportunidades a la aplicación de normas de derecho público a sociedades constituidas bajo formas jurídicas privadas. En este sentido, ha expuesto que aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado "deben considerarse de aplicación a su respecto ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación. Es que —aun con el más amplio grado de descentralización— en última instancia integran la organización administrativa del Estado" y que "cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada (...) se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad" **(19)**. Esta doctrina fue reiterada por la Procuración del Tesoro en numerosas oportunidades **(20)**.

En otra oportunidad **(21)**, en la que la Procuración del Tesoro se expidió sobre si los directores y síndicos de sociedades estatales, tales como sociedades de economía mixta, las SAPEM y las sociedades del Estado, son funcionarios públicos, se expuso que el criterio que originalmente había sostenido dicho organismo era que no poseían tal carácter en atención a que dichas sociedades están regidas por el derecho privado y la relación entre sus directivos y el Estado no está sometida a normas generales que rigen el empleo público. En el referido dictamen señaló, respecto de las sociedades del Estado, que "integran el cuadro organizativo de la Administración y tienen a su cargo finalidades del Estado", por lo que "deben reputarse funcionarios públicos a las personas que se desempeñan en ellas para realizar o contribuir a realizar esas finalidades".

III.3.a. El caso de Aerolíneas Argentinas

El 24/04/2017 la Procuración del Tesoro emitió un importante dictamen en el cual se refirió a la naturaleza jurídica de Aerolíneas Argentinas SA, Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur SA y sus controladas, a las cuales denominó en su totalidad como Grupo Aerolíneas **(22)**.

En atención a la particular naturaleza del Grupo Aerolíneas, y de la industria en la cual se desempeña, resulta importante hacer una especial mención a este dictamen.

La consulta se originó por una disparidad de criterio entre la Gerencia del Área de Asuntos Jurídicos y Regulatorios del Grupo Aerolíneas y

(19) Dictámenes 171:60.

(20) Dictámenes: 206:117, 219:145, 263:008, 271:127, entre muchos otros.

(21) Dictámenes: 236:477.

(22) Dictámenes: 301:49

la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Sindicatura General de la Nación respecto de la naturaleza jurídica de Aerolíneas.

La Gerencia del Área de Asuntos Jurídicos y Regulatorios del Grupo Aerolíneas consideraba que en el art. 17 de la ley 27.198 se dispuso expresamente que las empresas del Grupo Aerolíneas se rigen por las normas y principios del derecho privado, y en particular en cuanto a su naturaleza, por los términos del cap. II, secc. V de la ley 19.550, no siéndole aplicables legislación o normativa administrativa alguna que reglamente la administración, gestión y/o control de las empresas o entidades en las que el Estado o los estados provinciales tengan participación.

En cambio, la Sindicatura consideraba que el Grupo Aerolíneas se encontraba sujeto a su control en virtud de lo dispuesto en la ley 24.156.

El órgano asesor, luego de hacer referencia a los distintos tipos societarios utilizados por el Estado nacional, de exponer que nada impide que el legislador acuda a figuras propias del derecho privado al incursionar en el campo industrial o comercial, o en las prestación de los servicios públicos, y antes de concluir que estaba sujeta al control de la SIGEN, señaló que más allá de que en el caso de las sociedades anónimas de propiedad estatal resulta claro que la elección de dicho tipo societario se encuentra asociada a la voluntad de que estas sean reguladas por el derecho privado, dicha decisión "no permite prescindir completamente de los principios del derecho constitucional. Ello es así porque existen razones derivadas de la norma fundamental que impiden asimilarlas completamente a las personas jurídicas privadas".

Como evidencian los fallos y dictámenes comentados, aun con distintos alcances, parecería que tanto la Procuración del Tesoro como la Corte Suprema coinciden en que las sociedades anónimas de propiedad mayoritariamente estatal, las sociedades anónimas de propiedad íntegramente estatal, las SAPEM y las sociedades del Estado, se rigen preponderantemente por normas de derecho privado. Sin embargo, en atención a sus particulares características, y fundamentalmente en ciertos casos en los cuales la satisfacción del interés público es más notoria y se persigue de forma directa e inmediata, deben dar cumplimiento a normas o principios de derecho público.

Conforme desarrollaré en los sucesivos capítulos, la eventual aplicación de normas de derecho público no implica que estas sociedades puedan ejercer prerrogativas de poder pública en la ejecución de un contrato, salvo que estas hubiesen sido expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico aplicable o se hubiese dispuesto en las cláusulas contractuales.

III.4. El recurso de alzada en el caso de las sociedades de propiedad total o mayoritariamente estatal

El art. 4º del dec. 1883/1991, modificatorio del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el dec. 1759/1972, habilita la interposición del recurso de alzada contra los actos administrativos definitivos o asimilables que emanaren del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, cuando dichos actos no resulten inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión.

Con relación a dicha modificación, Marienhoff expuso que, en estos casos, y respecto de este tipo de empresas, también existe un control de tutela o administrativo, propio de la relación de la Administración Central con las entidades autárquicas que constituyen otra de las formas que puede presentar la descentralización administrativa **(23)**.

En este mismo sentido, Cassagne expone que "los actos de las sociedades de Estado que agravien los derechos de los particulares, no obstante poseer naturaleza jurídica privada en el sistema de la ley 20.705, son susceptibles de control por el Poder Ejecutivo o el ministerio competente, según los casos, a través de la aplicación, en lo que fuere pertinente, de los preceptos contenidos en el Reglamento de Procedimiento Administrativos (t.o. por dec. 1883/1991), conclusión que reposa en un fundamento de justicia, legalidad y eficacia, habida cuenta el fin de bien co-

(23) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado...", ob. cit., p. 638.

mún perseguido (indirectamente) a través de técnicas privadas" **(24)**.

De esta disposición se desprende que el Poder Ejecutivo considera que las sociedades de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal se rigen preponderantemente por el derecho privado en sus actividades privada, pero también pueden desarrollar algunas asociadas a la satisfacción del interés público de forma inmediata, lo que permite al administrado la interposición de un recurso de alzada.

IV. Contratos. Régimen jurídico

En este capítulo analizaré, en qué medida las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal celebran contratos que se encuentran sujetos a normas de derecho público. La principal cuestión por discernir, aunque no la única, es si pueden ejercer prerrogativas públicas implícitas o explícitas y en qué casos.

Discernir esta cuestión es fundamental, ya que, determinar su existencia para aquel que contrata con unas sociedad anónima de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal es esencial a los fines de tener un claro panorama de los derechos y obligaciones de las partes, ya que, si se considera que estas sociedades pueden ejercer prerrogativas públicas implícitas podrían durante la ejecución del contrato efectuar modificaciones, imponer sanciones o incluso rescindirlo unilateralmente, sin que dichas potestades le hubiesen sido conferidas en la normativa que rige el contrato o las propias cláusulas contractuales.

El entendimiento del derecho administrativo como una categoría histórica **(25)**, en el cual el cambio de circunstancias históricas ejerce una influencia preponderante sobre las instituciones del Estado, adaptándose a las necesidades públicas de cada tiempo y lugar, ha dado lugar a un panorama variado en materia contractual. En efecto, en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, era la propia Administración pública la que encabezaba la ejecución de todos los proyectos que tendían de forma mediata o inmediata a la satisfacción del interés público. Hoy, en cambio, se vale de una estructura típicamente privada como es la sociedad anónima.

De este modo, tenemos contratos regidos por derecho público en los cuales ninguna de las partes es una persona jurídica estatal, o contratos regidos por derecho privado celebrados por sociedades del Estado o sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal.

El panorama actual en materia contractual puede agruparse en las siguientes cuatro categorías: (i) contratos administrativos, (ii) contrato de la administración regidos parcialmente por el derecho privado, (iii) contratos regidos por el derecho público en los cuales ninguna de las partes es la Administración pública, (iv) contratos celebrados por sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal regidos por el derecho privado.

Me referiré a las categorías de los puntos (iii) y (iv), ya que, las restantes han sido extensamente tratadas por la doctrina y la jurisprudencia, para finalmente concluir que las sociedades de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal no ejercen prerrogativas públicas implícitas y que únicamente podrán ejercerlas cuando las normas aplicables al contrato reconozcan su ejercicio explícitamente, o dicha potestad les haya sido reconocida en una cláusula del contrato.

IV.1. Contratos con un fin público que no son contratos administrativos

La CS identificó una nueva categoría de contrato en el fallo "Pluspetrol" **(26)**, en el cual el

(24) CASSAGNE, Juan C., "Curso...", ob. cit., t. II, p. 379.

(25) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, 1ª ed., p. 70.

(26) CS, "Pluspetrol Energy SA c. ENRE resol. 458/2002", Fallos: 330:2286. Algunos autores también hacen referencia al fallo "Davaro". Sin embargo, en dicha oportunidad, en las disidencias de los Dres. Barra y Fayt, se expuso que el contrato debía ser considerado como un contrato administrativo por concurrir en el caso una delegación transestructural de cometidos. Dicha postura, que ya había sido expuesta por Barra en otras oportunidades, sostiene que el Estado celebra únicamente contratos administrativos y que estos también son celebrados por sujetos que exceden a la Administración Pública mediante la referida delegación. No incluyo dicho fallo en este punto porque consideró que es más apropiado desarrollar su contenido en el apartado referente a los contratos administrativos, más allá de que las con-

Alto Tribunal se remitió al dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti, ratificando la postura de que los contratos administrativos son los suscriptos por la Administración pública. Pero también señaló, que hay contratos que, sin perjuicio de que una de sus partes no sea la Administración pública, se encuentran igualmente regidos por el derecho público.

En forma similar a como se había hecho con los contratos administrativos, se adoptó un criterio finalista para precisar, en qué casos contratos en los cuales ninguna de las partes es la Administración pública se rigen por el derecho público.

El caso versaba sobre si a un contrato COM (construcción, operación y mantenimiento), celebrado en el marco de una ampliación del sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión **(27)**, suscripto entre Pluspetrol y Central Térmica Güemes, en su carácter de comitentes, y Transener, como contratista, le resultaba aplicables normas de derecho público o no.

En dicha oportunidad, la Procuradora Fiscal se refirió a las ampliaciones al sistema de transporte de energía eléctrica, detalló las normas en virtud de las cuales se suscriben este tipo de contratos, el procedimiento de celebración, y concluyó en que "el proceso de adjudicación de la licencia de construcción, operación y mantenimiento se somete a un procedimiento reglado en el cual el Estado interviene desde su reglamentación hasta la aprobación del canon remunerativo de la obra".

Posteriormente, expuso que no todos los convenios que suscribe un concesionario, como Transener se encuentran regidos por normas de derecho público; pero que, en virtud del régimen normativo aplicable, dicho caso evidenciaba que "la Administración pública no es absolutamente ajena a los contratos COM, sino que, por el contrario, tiene un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica. En efecto, tal como se dijo, estos convenios son formalizados a través de un concurso público, sometidos a principios regulatorios de transparencia, no discriminación, requisitos técnicos de construcción, operación y prestación del servicio, todo ello bajo el control del Estado, que lejos de desentenderse de un contrato celebrado entre particulares participa activamente en la relación, en miras a la mejor prestación del servicio público en cuestión".

Por tal motivo, concluyó que, más allá de que la Administración pública no fue una de las partes que suscribió el contrato COM, y que, por lo tanto, no pueda considerárselo como un contrato administrativo según la doctrina expuesta por la Corte Suprema, resulta indudable que "concurren elementos de carácter público en el convenio celebrado por Pluspetrol S.A. y Transener S.A. y que las normas de ese carácter prevalecen sobre las del derecho privado. En tales condiciones, no puede sino admitirse que en lo esencial, las relaciones entre el comitente —en este caso los solicitantes— y el ejecutor de la obra, se encuentran sustancialmente regidas por el derecho público, no solo por las cláusulas que remiten a las normas de tal naturaleza y el carácter público que se persigue en la construcción de la obra, sino también porque debe, de modo necesario, tenerse en cuenta la posición que se reserva el ENRE lo que no hace sino confirmar la incidencia del derecho público sobre la relación entre las partes que suscribieron el contrato COM".

---

secuencias sean las mismas. Como expresé al comienzo de este capítulo, considero que metodológicamente es más eficiente referirse a tres tipos de contratos (i) contratos administrativos, que son los regidos por derecho público y una de las partes es la Administración Pública, (ii) Contratos de la Administración parcialmente regidos por el derecho privado y (iii) Contratos regidos por el derecho público que no son suscriptos por la Administración Pública. La consecuencia de incorporar este tercer grupo o considerar que el contrato es administrativo es la misma, pero evita una ampliación innecesaria y riesgosa del régimen público. De este modo, toda vez que la finalidad de satisfacer un interés público surge de forma más palmaria e indubitada en los contratos celebrados por la Administración Pública, que, en los suscriptos por privados, considero necesario efectuar dicha distinción. En definitiva, toda vez que en la disidencia del fallo "Davaro" se expuso que se trataba de un contrato administrativo y no de un Contrato que no era Administrativo, pero si se encontraba regido por el derecho público, como sucedió en el caso "Pluspetrol", considero que no debe ser desarrollado en esta oportunidad.

(27) La suscripción del Contrato COM en el marco de una ampliación al sistema de transporte de energía eléctrica constituye un requisito legalmente establecido.

De esta forma, la Corte Suprema reconoció que hay contratos que se encuentran regidos por el derecho público, pero que no son contratos administrativos. La Procuradora Fiscal llegó a esta conclusión luego de efectuar un análisis de la finalidad por la cual el contrato es celebrado, que era la ampliación del sistema de transporte de energía eléctrica, actividad que constituye un servicio público en virtud de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 24.065.

En definitiva, el aspecto fundamental para tener en cuenta a los fines de determinar si un contrato se encuentra regido por el derecho público no es el elemento subjetivo, sino el elemento teleológico, debiendo evaluarse en cada caso si la finalidad perseguida en la celebración del contrato es la de satisfacer el interés general o no.

Es cierto que la satisfacción de un fin público puede surgir con mayor claridad cuando es realizada por la Administración pública, y no resultar tan evidente cuando es perseguida por personas jurídicas privadas o sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, en cuyo caso se confunden con su objeto comercial o industrial.

En el caso "Pluspetrol" dicha circunstancia se evidenciaba a partir de que la firma del contrato COM estaba asociada a la prestación del servicio público de transporte de energía eléctrica

Muchos autores que consideran que las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal se rigen por normas de derecho privado, admiten que en ciertas oportunidades sus contratos deben regirse por normas de derecho público **(28)**.

La existencia de esta categoría, junto con los contratos de la Administración parcialmente regidos por el derecho privado, ha motivado que diversos autores utilicen el término "contratos públicos" en vez de "contratos administrativos".

Entre ellos, se encuentra Coviello, quien ha expuesto que adhiere a "la idea de denominar en general a los contratos que celebra la administración como contratos públicos, tendencia actual en el orden europeo, y también en el mundo anglosajón, de forma de identificar un sector de la contratación estatal que, sin importar si rige en mayor forma el derecho público o el privado —en este caso parcialmente—, permite ceñir la supuesta libertad contractual del Estado y someterlo al ordenamiento jurídico. Pero, además, permite incluir a los contratos celebrado entre particulares que pueden ostentar carácter administrativo o público" **(29)**.

(28) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las Empresas Públicas...", ob. cit., ps. 89-90. Al hacer referencia a que no debe identificarse lo público con lo estatal detalla que el régimen jurídico argentino permite la existencia de sociedades del Estado, rigiéndolas por el derecho privado, por lo que la presencia del Estado como dueño del capital social no influye en el carácter privado de sus contratos pero que "El postulado es otro y se basa en admitir la identificación entre forma y fin u objeto, habida cuenta que las formas son instrumentales al fin que procura la Administración en cada caso. Si el objetivo que persigue, en forma inmediata y prevaleciente, la administración instrumental, es un fin de interés público estatal (en el sentido que pertenece a su competencia expresa, implícita o inherente) la forma de personificación será pública, mientras que si la finalidad inmediata es de naturaleza civil o mercantil, la forma de personificación será privada, aunque mediatamente procure satisfacer el interés público"; HALPERÍN, David, "El procedimiento Administrativo y las Empresas Públicas", en Tratado de Procedimiento Administrativo, POZO GOWLAND — AGUILAR VALDEZ — JUAN LIMA — CANOSA — HALPERÍN (dir.), Ed. La Ley, 2012, t. II, p. 372. El autor expone que "no puede prescindirse de los principios jurídicos que rigen la contratación pública, entendidos como la publicidad, igualdad, concurrencia, a la cual se ha agregado el carácter de 'transparencia'"; MAIRAL, Héctor A., "El Estado...", ob. cit., p. 611, en donde expone que "las sociedades anónimas cuyas acciones pertenecen íntegramente al Estado celebran, en principio, contratos regidos por el derecho privado, a menos que expresamente los coloquen bajo el derecho administrativo"; MAIRAL, Héctor A., "Las sociedades...", ob. cit. Con relación a las sociedades del estado, respecto de cuya naturaleza jurídica ya me expresé anteriormente, considerando que tanto en dicho caso como en el de las sociedades anónimas de propiedad íntegramente estatal, el Estado es el propietario de la totalidad del capital social, Mairal detalla que "no existiendo impedimento constitucional para que el Estado recurra a los instrumentos jurídicos del derecho privado para cumplir sus finalidades cuando dichas finalidades no son de índole administrativa indelegable, las sociedades del Estado deben considerarse sujetas, como principio, al derecho privado, siendo la aplicación de normas de derecho público la excepción". Esta excepción es a la que pretendo referirme en el presente trabajo".

(29) COVIELLO, Pedro J. J., "Actualidad de la teoría general del Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Tratado

Coincido en que, dentro del universo de contratos que celebran o pueden celebrar las sociedades anónimas bajo análisis, pueden existir casos en los cuales estos se rijan por normas de derecho público, en los términos del fallo "Pluspetrol".

Sin embargo, el hecho de que se rijan por normas de derecho público no implica que puedan ejercer prerrogativas públicas implícitas o que el contrato posee cláusulas exorbitantes implícitas.

Únicamente podrán ejercer aquellas prerrogativas públicas que hayan sido expresamente reconocidas por la normativa aplicable al contrato, o si surgiese de las propias cláusulas del contrato.

IV.2. Contratos celebrados por sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal regidos por el derecho privado

Al referirme a la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal señalé que el Código Civil y Comercial de la Nación había incorporado ciertos artículos que en cierta forma zanjaron la cuestión respecto de si debían ser consideradas como personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, o incluso de naturaleza mixta, como había expuesto en alguna ocasión la Procuración del Tesoro de la Nación.

De este modo, los contratos que estas sociedades celebren se rigen preponderantemente por el derecho privado. Como excepción, pueden celebrar contratos que estén regidos por normas de derecho público, cuando, como en el caso "Pluspetrol", tengan una finalidad que imponga la aplicación de dicho régimen.

Al señalar Cassagne que estas sociedades celebran contratos que se rigen por el derecho privado, ya que, en muchas oportunidades precisan desenvolverse bajo un régimen de derecho mercantil, expone que "a nadie podría ocurrírsele la idea de que, para abrir una cuenta corriente en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, o en el Banco de la Nación Argentina, estas entidades se encuentran obligadas a llamar a licitación pública, ni que negar la apertura de la cuenta constituya un acto administrativo recurrible ante el directorio o gobernador de la provincia o Poder Ejecutivo nacional" **(30)**.

Como lo vengo exponiendo a lo largo de todo el presente trabajo, la aplicación de un régimen de derecho público contempla el ejercicio de prerrogativas públicas únicamente cuando estas hayan sido explícitamente atribuidas por la normativa aplicable al caso.

IV.3. Prerrogativas públicas y cláusulas exorbitantes

Analizaré en este capítulo la cuestión central a la que vengo haciendo referencia en capítulos anteriores. Ya expuse que las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal pueden celebrar contratos regidos por derecho privado o por derecho público; y que dicha cuestión puede tener diversas consecuencias. Sin embargo, la principal cuestión a discernir cuando se considera que un contrato está sujeto a un régimen de derecho público es si la sociedad anónima contratante puede o no ejercer prerrogativas públicas implícitas; o si el contrato posee cláusulas exorbitantes implícitas.

Digo que es la cuestión más importante por discernir, ya que, es la que puede potencialmente efectuar de manera más intensa la ejecución del contrato, y afectar los derechos del particular que contrata con estas sociedades.

La conclusión a la que arribaré en este punto es similar a la que resulta aplicable a los contratos administrativos en los cuales una de las partes es la Administración pública centralizada o descentralizada.

Antes de ingresar en el detalle del régimen jurídico es necesario hacer dos aclaraciones previas. Por un lado, no es lo mismo hablar de prerrogativas públicas que de cláusulas exorbitantes y que la postura que sostendré, no ha sido validada por la Corte Suprema y puede ser incluso contraria a lo sostenido en algunos fallos, conforme detallaré seguidamente.

General de los Contratos Públicos, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 94.

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las Empresas Públicas...", ob. cit., p. 100.

No debemos olvidar que las sociedades de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal no forman parte de la Administración pública central, ni descentralizada, y que actualmente el Estado se vale de en forma predominante de la sociedad anónima de entre las diversas formas societarias válidas.

De este modo, me referiré a los siguientes temas: (i) que es una prerrogativa pública y las condiciones de su existencia, (ii) la diferencia entre las prerrogativas públicas y las cláusulas exorbitantes y su ejercicio en materia contractual y (iii) la postura que ha asumido la Corte Suprema y parte de la doctrina argentina respecto de la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas.

IV.3.a. Las prerrogativas públicas. Condiciones de existencia

Dije anteriormente que el derecho administrativo era una categoría histórica, ya que, los fines perseguidos por las instituciones del Estado van variando según el tiempo y el lugar. Por tal motivo, es que no debe considerarse que el derecho administrativo haya tenido su génesis en la Revolución Francesa, aunque no deba pasarse por alto que con posterioridad a aquella época surgió un Administración pública personificada **(31)**.

Antes de los acontecimientos sucedidos en Francia a finales del siglo XVIII, cabe hacer mención de la recepción del derecho administrativo en el derecho romano, en donde se lo diferencio de las normas de derecho común. Posteriormente, durante la edad moderna, se afianzó la concepción del Estado de Policía, basado en la consolidación del poder del príncipe, que le permitía ejercer el poder necesario a fin de procurar el orden público y el bienestar general, poder que resultó ilimitado **(32)**.

En el período comprendido entre la Revolución francesa y el Segundo Imperio Francés se fue construyendo el derecho administrativo con ciertas características que hoy en día mantenemos y aplicamos en el derecho argentino.

(31) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. I, p. 60.

(32) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. I, p. 61.

Este derecho administrativo posee como principal característica la existencia de prerrogativas de poder público en cabeza del Estado, y de garantías reconocidas a favor del administrativo, a los fines de compensar al poder público y mantener un justo equilibrio entre ambas.

Las prerrogativas son reconocidas a la Administración pública a los fines de que esta pueda cumplir con el fin de bien común que persigue el Estado. Existen diversos tipos de prerrogativas, entre las que cabe mencionar la reglamentaria, que consiste en la capacidad de emitir actos de alcance general, de mando o imperativa vinculada a la posibilidad de dictar órdenes revestidas de *imperium*, el poder disciplinario o correctivo que forman parte de la prerrogativa sancionatoria.

Entre las garantías reconocidas al administrado, como parte de este régimen administrativo se encuentra el principio de legalidad, en virtud del cual la actuación del Estado debe realizarse de conformidad con el ordenamiento jurídico, el cual limita o condiciona su poder jurídico **(33)**.

La Constitución nacional consagra la garantía de la sujeción del Estado al principio de legalidad en el art. 19, y en normas complementarias como los arts. 16, 17, 18 y 28, los cuales limitan la arbitrariedad del gobernante o funcionario público.

El principio de legalidad tiene como consecuencia que toda afectación o limitación sustancial a los derechos del administrado, como por ejemplo los derechos de propiedad y de libertad debe ser impuesta por una ley en sentido formal, y los reglamentos y actos administrativos que afecten tales derechos deben fundarse en una ley **(34)**.

De este modo, las prerrogativas públicas deben haber sido reconocidas por una ley para poder ser ejercidas. Por tal motivo es que no existen las prerrogativas públicas implícitas, ya que, deben haber sido previamente reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo.

(33) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. II, p. 521.

(34) LINARES, Juan Francisco, "Poder discrecional administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 55.

En este sentido, se ha expuesto que las prerrogativas de poder público que se utilizan en el marco de ejecución de actos o contratos tiene su origen en el derecho anglosajón, en la prerrogativa aplicable "a aquellos derechos y facultades que solo el rey goza" y que al trasladarse al derecho público moderno precisó adaptarse al sistema de separación de poderes y al principio de legalidad, motivo por el cual todo ejercicio de una prerrogativa implica el ejercicio de una potestad atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, no correspondiendo reconocer la presencia de prerrogativas implícitas en ningún contrato **(35)**.

En definitiva, las prerrogativas públicas traen su causa, no del contrato, sino de la ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida *ex lege* para atender los intereses públicos a los fines de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate **(36)**.

IV.3.b. Diferencia entre prerrogativas públicas y cláusulas exorbitantes. Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual

Cassagne **(37)** distingue el concepto de cláusulas exorbitantes implícitas de las prerrogativas públicas implícitas. En este sentido, señala que las prerrogativas públicas derivan del régimen administrativo, que constituye un orden jurídico general, que contiene tanto prerrogativas como garantías a favor del administrado.

Por otro lado, las cláusulas exorbitantes forman parte directamente de los contratos y constituyen un régimen jurídico particular, aplicable a dicha relación jurídica.

En definitiva, la existencia de cláusulas exorbitantes depende de la voluntad de las partes, ya que, el administrado puede negarse a la suscripción del contrato si considera perjudicial la inclusión de una cláusula exorbitante en particular, mientras que las prerrogativas derivadas del régimen administrativo existen con independencia de la voluntad expresada en el contrato.

De este modo, y considerando que las prerrogativas públicas pueden ser ejercidas en la medida en que una ley haya reconocido su existencia, en virtud del principio de legalidad, estas serán aplicables en la ejecución de contratos en la medida que hayan sido previstas en el régimen jurídico aplicable al contrato.

A título ejemplificativo, cabe mencionar que la ley 13.064 de Obra Pública, y el dec. 1023/2001, reglamento de contrataciones de la Administración pública que reconocen diversas prerrogativas, como la modificatoria o sancionatoria a ejercer por parte del comitente.

IV.3.c. Cláusulas exorbitantes implícitas. Antecedentes doctrinales y jurisprudencia de la Corte Suprema

La teoría del contrato administrativo tuvo su origen en Francia. Sin perjuicio de que inicialmente dichos contratos fueron limitados a aquellos casos asociados a la prestación de un servicio público, posteriormente la doctrina y la jurisprudencia la ampliaron, advirtiendo que la presencia de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por el Estado lo transformaba en administrativo.

Algunos autores entendieron que las cláusulas exorbitantes eran aquellas que resultaban inusuales en el derecho privado; para otros son las que de incorporarse a un contrato de derecho privado serían ilícitas; y para algunas concepciones más amplias abarcan tanto a las que resultan ilícitas, como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial **(38)**.

(35) CASSAGNE, Juan Carlos, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el ius variandi", LA LEY 2018-B, 1025.

(36) RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Xaime, "Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2008, 12, ps. 795 y ss.

(37) CASSAGNE, Juan Carlos, "Un intento doctrinario...", ob. cit.

(38) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. II, p. 364. Se consideran cláusulas exorbitantes a las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato y de aplicar multas por sí y ante sí, entre otras.

La doctrina clásica argentina, más allá de no haber seguido el criterio que vincula al derecho administrativo con los servicios públicos, sí adoptó la teoría del contrato administrativo.

Siguiendo la referencia del Consejo de Estado francés sobre las cláusulas exorbitantes y su aplicabilidad a los contratos administrativos, Marienhoff las definió como aquellas que sobrepasan el ámbito del derecho privado, sea porque son inusuales o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual **(39)**.

El referido autor detalla como cláusulas exorbitantes por ejemplo la que faculta a la Administración pública a rescindir el contrato, por sí y ante sí; la que faculta a la Administración a dar instrucciones a su cocontratante acerca de cómo debe ir cumpliendo el contrato; la que confiera a la Administración poderes de control fuera de lo común.

Respecto de la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas, Marienhoff **(40)** sostiene que corresponden a los contratos que son administrativos por razón de su propio objeto, las cuales constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración pública en su carácter de órgano esencial del Estado. En este sentido, detalla que "en todo contrato administrativo por razón de su objeto, las cláusulas exorbitantes, aunque no aparezcan escritas en el texto del contrato, existen en forma virtual o implícita como resultante de la índole misma del contrato: trátase de una cuestión de 'principio' que, por tanto, no requiere norma expresa que la establezca" **(41)**.

La Corte Suprema no tiene una jurisprudencia pacífica o uniforme respecto de la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas. En efecto, conforme expuse con anterioridad, en el fallo "Cinplast" al Alto Tribunal consideró que los contratos administrativos estaban compuestos por tres elementos: la presencia de una persona jurídica estatal, que en virtud de lo resuelto posteriormente en el fallo "Pluspetrol" entendemos que puede ser únicamente la Administración pública, la persecución de un fin público; y la presencia de forma expresa o implícita de cláusulas exorbitantes.

Lo resuelto con posterioridad en el fallo "Organización Coordinadora Argentina" permite sostener que la Corte adoptó un criterio finalista, y la presencia de cláusulas exorbitantes será una consecuencia del régimen de derecho público.

Sin embargo, la Corte no se refirió a la inexistencia de cláusulas exorbitantes implícitas. Por tal motivo es que, como he venido exponiendo a lo largo de este trabajo, más allá de que considero que no existen las cláusulas exorbitantes implícitas ni las prerrogativas públicas implícitas, no es posible descartar que la Corte Suprema, ante un eventual conflicto, considere que de los principios generales que rigen el funcionamiento del Estado resulte la presencia de cláusulas exorbitantes implícitas en el contrato.

IV.3.d. Conclusión

Las prerrogativas públicas derivan del régimen administrativo y son potestades reconocidas por la ley a la Administración pública para que esta pueda cumplir con la satisfacción del interés público.

Como hemos expuesto, las prerrogativas que puede ejercer la Administración son únicamente las reconocidas por una ley en sentido formal, requisito que viene impuesto por el respeto al principio de legalidad y el resguardo del derecho de propiedad de los administrados.

El art. 17 de la CN sostiene que la "propiedad es inviolable" y que solo puede privarse mediante una sentencia fundada en ley, o una expropiación por razones de utilidad pública declarada por ley.

En este sentido, el concepto amplio de "propiedad" reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el fallo "Bourdieu c. Municipalidad de la Capital" hasta entrado el

(39) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado", ob. cit., t. III-A, p. 74.

(40) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado", ob. cit., t. III-A, p. 80.

(41) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado", ob. cit., t. III-A, p. 81.

siglo XXI ha sido repetido, con igual énfasis, en casos como "Ventura c. Banco Central de la República Argentina", en el cual la CS recordó que "es jurisprudencia de esta Corte, que el término propiedad empleado en los arts. 14 y 17 de la CN, ampara todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo, y de su vida y libertad; entre ellos, los derechos emergentes de los contratos".

Tal principio ha sido repetido luego en materia contractual en numerosos pronunciamientos que se extienden hasta el presente; y la Corte Suprema lo ha extendido a los actos administrativos, de estructura bilateral o unilateral, que puedan dar nacimiento a derechos subjetivos del administrado.

En síntesis, resulta claro que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y tal como ha destacado la doctrina autorizada, "el derecho subjetivo que el contrato administrativo le reconoce o crea al cocontratante es, por cierto, una 'propiedad' del mismo, en el sentido constitucional del término".

Por tal motivo, es que la Administración pública no puede ejercer prerrogativas implícitas en materia contractual, sino solamente aquellas expresamente otorgadas.

En este mismo sentido, y así como las prerrogativas públicas surgen del ordenamiento jurídico positivo, las cláusulas exorbitantes son regulaciones de una específica relación contractual. De este modo, por el mismo motivo que no existen las prerrogativas públicas implícitas, tampoco existen las cláusulas exorbitantes implícitas.

Si la Administración pública no puede ejercer prerrogativas públicas implícitas, ni sus contratos tienen cláusulas exorbitantes implícitas, lógicamente, las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal tampoco podrán ejercerlas. Así los expone Mairal, que, al referirse a las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, regidas por la secc. V, del cap. II de la ley 19.550, y su régimen de contrataciones, señala que "no es posible para estas sociedades ejercer prerrogativas de poder público o emitir actos administrativos sin ley especial que lo establezca" **(42)**.

Ahora bien, si la normativa que rige el contrato si otorga al comitente la posibilidad de ejercer dichas prerrogativas, la sociedad anónima podrá ejercerlas. Del mismo modo, si la documentación contractual otorga esa potestad a la sociedad anónima, esta podrá ser ejercida durante la ejecución del contrato.

A título ejemplificativo, podemos hacer mención de dos normas que contemplan las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato y rescindirlo, que Luqui **(43)** identificara como las más importantes a ejercer en el marco de un contrato.

El dec. 1023/2001, establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público. A tal efecto, se dispone que dicha facultad de modificación debe ser utilizada en forma razonable; estableciéndose que cuando la modificación exceda en un veinte por cierto en más o en menos del monto total del contrato, y esta no sea aceptada por el cocontratante, el contrato deberá ser declarado extinguido sin culpa de las partes.

El mismo cuerpo normativo contempla la posibilidad de extinguir unilateralmente el contrato por razones de interés público, o sea, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando al contratista todos los perjuicios que dicha conducta le irroga, salvo el lucro cesante **(44)**.

La ley 13.064 de Obra Pública, establece que los aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los

(42) MAIRAL, Héctor A., "El Estado...", ob. cit.

(43) LUQUI, Roberto, "La modificación (ius variandi) del contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Tratado General de los Contratos Públicos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 8.

(44) Art. 12, inc. b, párr. 2º.

beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada **(45)**.

El Poder Ejecutivo puede instruir a estas sociedades, en su carácter de accionista mayoritario, a que lleven adelante un contrato en los términos de algunas de estas normas, en la medida que su aplicación no hubiese sido expresamente excluida.

Por ejemplo, mediante el dec. 805/2007 el Poder Ejecutivo instruyó al Ministerio de Planificación a que, en su carácter de accionista mayoritario de IEASA, adoptase los recaudos necesarios en la construcción del Gasoducto del Noreste Argentino (GNEA), así como en la adquisición de todos los elementos y materiales destinados a ella, para que la citada sociedad se ajuste a las normas, procedimientos y controles previstos en la ley 13.064.

Asimismo, mediante el dec. 938/2007, se instruyó al referido Ministerio para que, en su carácter de accionista mayoritario de IEASA, adoptase los recaudos necesarios en la contratación para la adquisición e instalación bajo la modalidad llave en mano de 5 centrales de generación eléctrica a gas por un total de potencia instalada de 1.500 MW, para que la citada sociedad se ajuste a las normas, procedimientos y controles previstos en la ley 13.064.

Por último, en la Licitación Pública Nacional ENARSA 1/2009, el Pliego de Bases y Condiciones dispuso en su art. 4º: "La presente licitación se realiza en el marco del dec. 938 de fecha 18/07/2007. En este sentido, se regirá por la ley 13.064; por las disposiciones del tít. I del Régimen de Contrataciones de la Administración pública nacional aprobado por el dec. 1023 del 13/08/2001, en tanto no se opongan a la ley mencionada en primer término, por las leyes 25.551 y 18.875".

En dichos casos, IEASA, en su carácter de comitente podía ejercer las prerrogativas públicas reconocidas en la ley 13.064, como el *ius variandi*, la dirección y control o las potestades sancionatorias del art. 35.

(45) Art. 30.

En otros casos, por ejemplo, un contrato de abastecimiento celebrados por CAMMESA con una sociedad que explotaba un parque eólico se dispuso: "El presente Contrato se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes normas y principios generales del derecho privado vigentes en la República Argentina, en todo cuanto no contradigan el Marco Regulatorio Federal Eléctrico...". Así, se estableció expresamente el régimen jurídico, y se indicó expresamente que el contrato se regía por normas de derecho privado. Por tal motivo, no se le otorgó a CAMMESA el ejercicio de prerrogativa pública alguna, pudiendo únicamente ejercer los derechos que emanan de las cláusulas contractuales.

De este modo, los derechos de aquellos que contraten con sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal estarán más resguardados, teniendo conocimiento, una vez obligadas, del alcance de los derechos y obligaciones que emanan del contrato correspondiente.

IV.4. El contrato administrativo por extensión

Así como definimos al derecho administrativo como una categoría histórica, en la cual el interés público perseguido por el Estado está determinado por un tiempo y un lugar específico, dicha concepción también debe ser aplicable a la teoría del contrato administrativo.

En efecto, el Consejo de Estado Francés ideó su concepto con base a ciertas premisas que posteriormente fue ampliando. Sin abandonar la concepción sustantiva del servicio público como eje central del contrato administrativo, introdujo el criterio de las cláusulas exorbitantes, y posteriormente admitió la posibilidad de que, aunque no tenga dichas cláusulas, el contrato administrativo se configura cuando el contratista principal es un particular que participa en forma personal y directa en la ejecución de un servicio público **(46)**.

Dicha flexibilización del contrato administrativo, y extensión de su régimen jurídico, fue

(46) CASSAGNE, Juan Carlos, "La extensión del régimen del contrato de obra pública a las empresas y sociedades del Estado", RAP, 125, p. 007.

aplicada en ciertas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a supuestos en los cuales el contrato, aun cuando no tenía cláusulas exorbitantes, si tenía un régimen o elementos exorbitantes, ajenos a las cláusulas insertas en el acuerdo de voluntades, pero susceptible de ejercer una influencia directa sobre este. Dicho supuesto fue denominado contrato administrativo por extensión **(47)**.

Puntualmente, en el caso "Gas del Estado c. Lindoro" **(48)** la Corte expuso: "Las estipulaciones del Reglamento de Contrataciones de Gas del Estado importan reconocer a la Sociedad del Estado facultades más bien propias de las convenciones de derecho público que de las de derecho privado. A lo que cabe agregar el carácter público de los objetivos perseguidos por dicha Sociedad", lo cual sería posteriormente reiterado en otros casos **(49)**.

Este fallo en particular me lleva a dos conclusiones respecto de la extensión del régimen propio de los contratos administrativos.

Por un lado, que se extienda su régimen a contratos celebrados por sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal no implica que estas puedan ejercer prerrogativas públicas que no le hayan sido expresamente reconocidas, ni que el contrato tenga cláusulas exorbitantes implícitas, cuya existencia ya descartamos. En todo caso podrá implicar la aplicación de normas de derecho público, como sucedió en los casos "Pluspetrol" y "Giustiniani".

Por otro lado, como lo he venido manifestando a lo largo de este trabajo, la Corte Suprema en el fallo "Cinplast" se refirió a la presencia, implícita o explícita, de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, y no ha emitido fallo alguno en el cual haya detallado que el ejercicio de prerrogativas públicas debe surgir en forma expresa de la ley formal.

Más allá de que considero que ni las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal ni la Administración pública pueden ejercer prerrogativas públicas implícitas, la Corte Suprema no ha expuesto una doctrina en tal sentido, no pudiendo descartarse que se vuelva a la doctrina sustentada en "Cinplast", propugnando la existencia y aplicabilidad de cláusulas exorbitantes.

De tal forma, si un contrato celebrado por una sociedad anónima de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal tiene aspectos que ejercen una influencia directa sobre él, como puede ser su reglamento de contrataciones, o alguno de los tantos aspectos detallados en el capítulo V, como la finalidad de lucro, su particular régimen impositivo u objeto social, podría extenderse el régimen propio del contrato administrativo y sus cláusulas exorbitantes implícitas.

Esta medida sería francamente contraria al ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica de aquellos que contratan con las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, pero lo actual jurisprudencia de la Corte Suprema, y la postura de algunos autores como Marienhoff, impone hacer una mención a su posible existencia.

IV.5. Regímenes de contrataciones

En el punto anterior hice referencia al concepto de contrato administrativo por extensión. Ya que, en el fallo "Gas del Estado c. Lindoro" se hizo referencia expresamente a que el reglamento de contrataciones de la citada sociedad del Estado implicaba el reconocimiento de facultades más bien propias de las convenciones de derecho público que de las de derecho privado, me referiré en este punto a los manuales o reglamentos de tres sociedades anónimas de propiedad íntegramente estatal, que muestran ciertas particularidades.

El caso de IEASA, que recordemos que es una empresa que se desempañe en el rubro energético e hidrocarburífero y con varias circunstancias que la diferencian de una típica sociedad anónima, el "Manual de Compras y Contrata-

(47) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso...", ob. cit., t. II, ps. 376-377.

(48) CS, "Gas del Estado c. Lindoro ICSA s/ ordinario", Fallos: 306:328.

(49) "Gas del Estado Sociedad del Estado c. International Sales División General Electric Co. s/ ordinario", "Ferrocarriles Argentinos c. Papadopulos, Jorge s/ cobro de pesos" y "Ferrocarriles Argentinos c. Miró, Marta B. s/ cobro de pesos", resueltos el 26/04/1984.

ciones", del 01/10/2018, establece, respecto de la normativa aplicable: "Los contratos celebrados por IEASA con terceros se regirán por el presente Manual, las normas internas de IEASA que apliquen y de conformidad con las normas y principios generales del derecho privado y/o público, según corresponda, vigentes en la República Argentina" **(50)** y que el objetivo del manual es optimizar la gestión de IEASA, y dicho objetivo se cumplirá "mediante una gestión eficaz y eficiente que respete los principios de igualdad, transparencia, competencia, concurrencia, economicidad y publicidad y que asegure la idoneidad del contratante y la adjudicación a la oferta más conveniente en el proceso de compras y contrataciones de la empresa" **(51)**.

Excluye de la aplicación de dicho régimen las contrataciones "que instruya realizar el Estado nacional mediante el uso de un procedimiento particular de selección y aprobada la adjudicación por el Directorio de IEASA". Resulta llamativa esta última medida ya que, excluye la aplicación del manual cuando la contratación haya sido instruida por el Poder Ejecutivo, que, al ser el propietario de la totalidad del capital social, constituye una práctica habitual.

Por último, en el manual se hace referencia a distintos procedimientos para la selección del contratista entre los que se encuentran licitación o concurso público, licitación o concurso privado, comparativa de precios, compras menores y contratación directa. Para poder efectuar una contratación directa debe concurrir alguna de las circunstancias detalladas en el art. III.1.5, con lo cual esta posibilidad se encuentra restringida. Si se hubiese considerado que la sociedad se rige en forma plena por el derecho privado, no se hubiese dispuesto esta limitación.

Analizándose las contrataciones efectuadas por IEASA advertimos que en ciertos casos hace expresa referencia a que en el procedimiento licitatorio se aplicarán normas de derecho privado **(52)**, y en otras normas de derecho público **(53)**.

Nucleoeléctrica cuenta con un "Reglamento para la adquisición y contratación de bienes y servicios", el cual dispone en el art. 2º que "NASA regirá sus compras y contrataciones de bienes y servicios por lo dispuesto en el presente Reglamento. Los contratos celebrados entre NASA y quien resultare adjudicatario de conformidad con los procedimientos de selección regulados en el presente se regirán por el derecho privado".

Por otro lado, el art. 62 establece: "Las normas y Especificaciones Técnicas citadas en los documentos del procedimiento de selección respectivo, deberán promover la concurrencia y competencia más amplias posibles, asegurando simultáneamente la cabal satisfacción de las necesidades de NASA mediante los bienes que se adquirirán o las obras que se contratarán" y en los arts. 43 a 45 establece un particular régimen para la rescisión del contrato **(54)**.

Dioxitek posee un "Reglamento General de Compras", que no establece ninguna aclara-

(50) Cap. I, art. I.2.

(51) Art. 2º.

(52) Licitación Pública Nacional e Internacional ADCH 1/19, en la cual dispuso en el art. 7.2 que "En todo cuanto no esté expresamente previsto en las normas mencionadas precedentemente, el procedimiento de la Licitación está sometida a las normas de derecho privado". El objeto de dicha licitación era "la Cesión de las concesiones de explotación no convencional, explotación convencional y transporte de hidrocarburos de los que resulta titular con relación al Lote Aguada del Chañar, así como de la posición contractual que le corresponde en ciertos contratos y la transferencia en propiedad de determinadas instalaciones de superficie y activos físicos relativos a dicho Lote".

(53) Por ejemplo, en Licitación Pública Nacional e Internacional ENARSA 002/2007 (art. 3º), Licitación Pública Nacional ENARSA 1/2009 (art. 4º) y en las Licitaciones Públicas Nacionales e Internacionales CTBL 1/18 y CTEB 1/18 y 2/19 (art. 7.2). Vinculadas a la construcción, inspección o enajenación de centrales de generación.

(54) En el art. 43 establece que "Cuando NASA revoque o rescinda un Contrato o Pedido de Compra por causas no imputables al proveedor, este último tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que probare haber incurrido con motivo del contrato. No se hará lugar a reclamo alguno por lucro cesante o por intereses de capitales requeridos para financiación". Por lo que contempla la posibilidad de rescindirle el contrato al proveedor sin abonar el lucro cesante, medida que caracteriza a los contratos administrativos.

ción respecto del régimen jurídico aplicable. Sin embargo, en el art. 25 se dispone: "En caso de razones de interés público, Dioxitek SA estará facultada a rescindir el presente contrato en forma anticipada e incausada mediante notificación fehaciente remitida al proveedor con una antelación no menor a los 15 días corridos. El uso de la facultad rescisoria por parte de Dioxitek SA no generará derecho a reclamo o compensación alguna para el proveedor".

Estas características podrían llevar a un tribunal, ante la configuración de un conflicto respecto del régimen jurídico aplicable, a aplicar una solución similar a la adoptada en el citado fallo "Gas del Estado" y, eventualmente, extender el régimen del contrato administrativo en los términos de "Cinplast".

IV.6. Los contratos ejecutados con fondos del Tesoro de la Nación y la ley 13.064

Una cuestión a la que vale la pena hacer referencia es a la ejecución de contratos con fondos del Tesoro de la Nación, y si en dichos casos resulta aplicable el régimen de la ley 13.064, de obra pública. Cabe recordar que el art. 1º de la referida ley establece que debe considerarse "obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación".

En el caso de las sociedades anónimas de propiedad mayoritariamente estatal no tendríamos este inconveniente, ya que, los proyectos que llevan adelante los solventan con fondos propios, y no deberían recibir partidas del tesoro por parte del gobierno nacional.

En el caso de las sociedades de propiedad íntegramente estatal la cuestión es más compleja, debiendo distinguirse tres cuestiones que nos pueden permitir dilucidar este planteo.

Por un lado, en ciertas sociedades se dispuso explícitamente que no les resultaban aplicables ciertas normas de derecho público. Por ejemplo, en el caso de AySA y el Correo se excluyó la aplicación de la ley 13.064, por lo que en ese caso no pueden celebrar contratos bajo ese régimen, y, por ende, ejercer las prerrogativas públicas allí previstas.

Para el caso de las sociedades a las cuales no se les excluyó la aplicación de dicho régimen, entiendo que sus fondos, al estar reflejados en sus balances, deben considerarse que han dejado de pertenecer al Tesoro de la Nación **(55)**.

Sin embargo, en el fallo "Nucleoeléctrica", que comenté en puntos anteriores, en el cual la Corte Suprema evalúo la naturaleza jurídica y las circunstancias fácticas que caracterizaban a la empresa, el Alto Tribunal consideró que se encontraba comprendida en el régimen de consolidación de deudas del Estado, en atención a que su carácter deficitario la obligaba a recurrir a aportes del Tesoro de la Nación. Siguiendo este argumento, podría extenderse dicho criterio a los contratos celebrados por una empresa de dichas características y considerar que a estos les resulta aplicable un régimen de obra pública.

La expuesto en el último párrafo no sería la solución más adecuada, ya que, muchas de las sociedades de propiedad íntegramente estatal son deficitarias y la aplicación del régimen de la ley 13.064 impediría dotarlas de la agilidad y desburocratización buscada por el Estado en su creación. Asimismo, resultaría difícil precisar en qué casos el contrato fue ejecutado efectivamente con fondos del Tesoro, y en qué casos no.

La solución más conveniente, y que resguarda adecuadamente los derechos de aquellas empresas que contratan con las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, es aplicar el régimen de obra pública cuando haya sido expresamente previsto por el Poder Ejecutivo, como sucedió en los decs. 805/2007 y 938/2007 o cuando se les hubiese asignado una partida presupuestaria específica a los fines de ejecutar un contrato en particular.

IV.7. La ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada

Al referirme al elemento subjetivo del contrato administrativo señalé que la Corte Suprema originalmente hizo referencia a que se trataba de aquellos contratos celebrados por una persona jurídica estatal. Posteriormente, el fallo "Pluspetrol" restringió dicho concepto, con-

(55) MAIRAL, Héctor A., "El Estado...", ob. cit., p. 610.

siderando que eran contratos administrativos únicamente aquellos celebrados por la Administración pública, sin perjuicio de que podía haber otros contratos regidos por el derecho público en los cuales ninguna de las partes fuese la Administración pública.

En dicha oportunidad hice mención de que la ley 27.328, que establece el régimen aplicable a los contratos de participación público-privada, dispone en su art. 2º que dichos contratos constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y por el dec. 1023/2001 y que el art. 4º autorizaba a las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación, a celebrar contratos de participación público-privada en carácter de contratistas.

Este régimen parecería ser una excepción al hecho de que los contratos administrativos son los celebrados únicamente por la Administración pública.

Con relación al ejercicio de prerrogativas públicas, la ley 27.328 previó la exclusión de las prerrogativas en caso de no haber sido previstas expresamente en los pliegos y en los contratos **(56)**. En efecto, el art. 9º establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener distintas previsiones, entre las que menciona el equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, la facultad de la Administración pública nacional o contratante para establecer unilateralmente variaciones al contrato.

De este modo, a los fines de dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes, la parte contratante solo puede ejercer válidamente aquellas prerrogativas regladas en las normas que regulan los contratos de PPP (la ley 27.328, su reglamentación y los pliegos de bases y condiciones) y en la medida en que estén contempladas en forma expresa en los contratos descartando la posibilidad de que se invoquen prerrogativas implícitas o virtuales en los contratos de PPP **(57)**.

El régimen dispuesto por la ley 27.328 es el más respetuoso del ordenamiento jurídico, ya que, descarta la existencia de prerrogativas públicas implícitas, pudiendo ser ejercidas únicamente aquellas expresamente reconocidas por la ley, o cuando dicha postead estuviese reconocida en la documentación contractual, régimen que resulta aplicable a todos los contratos celebrados por las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal.

V. Conclusión

La calificación del derecho administrativo como una categoría histórica tiene la intención de explicar los distintos cambios que ha atravesado el funcionamiento estatal en la búsqueda de la satisfacción del interés público.

Una vez comenzado el siglo XXI, las nuevas formas de actuación del Estado han dado lugar a la aparición en Argentina de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal. Habiendo finalizado la segunda guerra mundial, comenzó un cambio de paradigma en la actuación estatal, en la cual los diversos proyectos que quería llevar adelante el Estado no eran ejecutados únicamente por la Administración pública centralizada o descentralizada, sino que también a través de sociedades en las cuales el Estado tenía una participación accionaria.

Esta modalidad del Estado de valerse de distintas formas societarias tendió cada vez en mayor medida a la aplicación del derecho privado, alcanzando uno de sus puntos más altos con la sanción de la ley 20.705 de Sociedades del Estado, y, posteriormente, con la actual utilización de la sociedad anónima, creadas en los términos del cap. II, secc. V, de la ley 19.550, siendo el Estado el propietario de la mayoría o totalidad de su capital social.

(56) CASSAGNE, Ezequiel, "El régimen de participación público-privada", RDA 2018-117, 385.

(57) PERRINO, Pablo E., "Prerrogativas de la administración en los contratos de participación público-privada", RDA 2018-117, 413.

En materia contractual, la aplicación preponderante del derecho privado obliga a efectuar ciertas distinciones.

En primer lugar, conforme fue expuesto por la Corte Suprema en más de una oportunidad, estas sociedades, e incluso aquellas en las cuales los capitales privados son mayoritarios, puede celebrar contratos regidos por el derecho público.

Cuando hablamos de contratos regidos por el derecho público, la principal cuestionar a abordar, ya que, es la que potencialmente puede afectar de forma más intensa los derechos de aquellos que contraten con estas sociedades, es la existencia o no de prerrogativas de poder público.

A lo largo de este trabajo expuse que el análisis del ordenamiento jurídico llevaba a la conclusión de que el ejercicio de una prerrogativa pública, como la potestad modificatoria o *ius variandi*, la potestad sancionatoria o la rescisoria mediante decisión unilateral, requerían para su ejercicio de un previo reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico positivo, en virtud de la vigencia del principio de legalidad.

Dicha conclusión resultaba aplicable a la propia Administración pública en la ejecución de los contratos regidos por normas de derecho público, como lo son los contratos administrativos. Entre otras normas que reconocían prerrogativas como las mencionadas se encuentran la ley 13.064 y el dec. 1023/2001.

Así como no es posible ejercer prerrogativas públicas implícitas, también detallé que tampoco existen cláusulas exorbitantes implícitas.

Al referirme específicamente al ejercicio de prerrogativas públicas implícitas o explícitas por parte de las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, detallé que, por el mismo criterio aplicable a la Administración pública en los contratos regidos por normas de derecho público, estas sociedades tampoco podían ejercer prerrogativas implícitas. Únicamente podrán ejercerlas cuando las normas que rigen el contrato así lo reconociesen, o la potestad hubiese sido otorgada en la documentación contractual. En definitiva, solo podrán ejercerse prerrogativas públicas explícitamente reconocidas en las normas que rigen el contrato o en las cláusulas del mismo contrato o del pliego.

De otra manera, se estaría afectando gravemente el derecho de propiedad de las empresas que contraten con las sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal, ya que, sin perjuicio del régimen jurídico previsto en el contrato, se estarían ejerciendo potestades no expresamente reconocidas u otorgadas, afectándose sustancialmente su ejecución, y, por ende, los derechos de las partes.

En definitiva, el Estado argentino ha utilizado diversas figuras societarias, como las sociedades anónimas en las cuales es el propietario de la mayoría o la totalidad del capital social, sometiéndolas a un régimen de derecho privado y eximiéndolas de normas de derecho público para agilizar el cumplimiento de ciertos objetivos, sin que ello implique la posibilidad de sustraerla totalmente del cumplimiento de normas de derecho público.

La imposibilidad de sustraerlas por completo del cumplimiento de normas de derecho público, como sucedió en el caso "Giustiniani", que surge del particular régimen al que se encuentran sujetas, como expuse en el cap. VI, no implica en ningún caso que puedan ejercer prerrogativas de poder público en el marco de la ejecución de contratos, que no hubiesen sido previamente reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo, o previstas en la restante normativa aplicable al contrato, o el contrato en sí.

La operación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros

Álvaro Bautista Flores

Sumario: I. Cuestiones preliminares.— II. Reseña histórica.— III. La rescisión de los contratos de concesión. Las Unidades de Gestión Operativa.— IV. Los acuerdos de operación.— V. La operación del servicio de transporte ferroviario en la ley 26.352. El rol de SOFSE.— VI. La situación de las líneas Belgrano Norte y Urquiza.— VII. Los servicios provinciales e interurbanos.— VIII. El acceso abierto en el segmento de pasajeros. Perspectivas.

I. Cuestiones preliminares

La prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros representa uno de los puntos neurálgicos de la actividad. Su importancia se ha manifestado desde el punto de vista económico, demográfico, sociológico, entre otros. Los avatares que ha sufrido el ferrocarril, a raíz de la competencia con otros medios de transporte y su incapacidad inicial para afrontarla, nunca hizo desaparecer la incidencia que ha tenido para asegurar la circulación y tráfico de las personas. Diariamente millones de usuarios siguen confiando y eligiendo al tren, siendo el gran desafío su prestación de manera eficiente y segura.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo consistirá en describir las particularidades que detenta la operación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la Argentina. Conteste a ello, previo a realizar una breve reseña histórica —de insoslayable valor en la temática— se examinará puntualmente como ha sido la operación de los servicios de pasajeros a partir del año 2008, cuando a partir de la ley 26.352 de Reordenamiento de la Actividad Ferroviaria —al instaurarse el sistema de separación vertical **(1)**— la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE), comenzó progresivamente a acaparar casi la totalidad de la prestación. De acuerdo con lo expuesto, se abordará la situación actual de las concesiones y acuerdos de operación vigentes, intentando desasnar el provenir del sector, bajos los lineamientos del esquema de "acceso abierto" consagrado en las leyes 26.352 y 27.132.

Por otra parte, prescindiremos en este trabajo el tratamiento relativo a la naturaleza de la prestación de los servicios, la cual fuera examinada en otra oportunidad **(2)**. Sin perjuicio de ello, debe recordarse que es en este segmento de la actividad donde, al menos en el sistema argentino, se evidencian con mayor intensidad las exigencias derivadas del servicio público. En virtud de ello, esta cuestión no podrá ser soslayada en el desarrollo de esta parcela, y a su vez, tendrá una profusa incidencia al examinar el provenir que le espera al sector.

II. Reseña histórica

El sistema ferroviario en la Argentina ha experimentado por diversas etapas, las cuales permi-

(1) Ampliar en FLORES, Álvaro B. "El modelo de separación vertical en el sistema ferroviario argentino", Revista de Derecho Administrativo, 133, Ed. Thompson Reuters, ps. 65 y ss.

(2) Vid, FLORES, Álvaro B., "Servicio público y sector ferroviario", ED Suplemento de Derecho Administrativo, febrero 2021 (Cita Digital: ED-MXIV-85).

ten comenzar a comprender la realidad actual de la operación de los servicios. Así las cosas, en una ajustada síntesis a fin de no desviar los cometidos del presente trabajo, describiremos someramente cómo ha sido el modo bajo el cual se ha llevado a cabo la prestación del servicio ferroviario de pasajeros.

II.1. Modelo mixto

En sus orígenes, la actividad fue realizada tanto desde el ámbito público como del privado, con los matices que seguidamente señalaremos. La irrupción del ferrocarril en Argentina tuvo lugar una vez concluido el proceso de organización nacional, principalmente, con la sanción de la Constitución nacional en 1853. Es dable recordar que la cláusula del progreso **(3)** (conf. art. 67, inc. 16, actual art. 75, inc. 18) hizo expresa referencia a la construcción de ferrocarriles como uno de los vectores del desarrollo de la Nación.

En este escenario, la construcción y explotación de los ferrocarriles fue realizada por particulares a través de la técnica de la concesión, o se llevó a cabo en forma directa por medio del Estado. Esta situación se replicó —como veremos a continuación— a nivel federal y provincial. El Ferrocarril Oeste resultó ser la primera expresión del Estado empresario en nuestro país, la cual había sido creada por el por ese, entonces, Estado de Buenos Aires en 1854 **(4)**, celebrándose el primer viaje el 29 de agosto de 1857. Posteriormente, el 1º de enero de 1863 el Gobierno de la provincia de Buenos Aires tomó posesión de los bienes y la explotación del servicio, fruto de la sanción en 1862 de una ley por parte del Congreso provincial en la cual se autorizó la compra de las acciones a la Sociedad que explotaba el servicio **(5)**. Durante el período de explotación directa por parte del Estado, dicho ferrocarril alcanzó una extensión de 1022 kilómetros hacia 1890, llegando a comunicar los municipios bonaerenses de Luján, Chivilcoy, Moreno, Mercedes, entre otros **(6)**.

La construcción y explotación de los servicios ferroviarios por parte del Estado también tuvo lugar con los emprendimientos conocidos como el "Ferrocarril Andino" [ley 280 **(7)**] el cual comunicaba Río Tercero (Córdoba) con las provincias de Mendoza y San Luis; el Ferrocarril Central Norte (ley 493) **(8)** el cual comunicaba a la ciudad de Córdoba con la ciudad de Tucumán; el "Ferrocarril Primer Entrerriano" (ley 861) **(9)**; y el "Ferrocarril Argentino del Este" (ley 1381) **(10)**.

No obstante, la presencia estatal anteriormente señalada, la actividad ferroviaria fue principalmente impulsada a través del sector privada, principalmente por compañías de origen francés e inglés. El mecanismo elegido para ello fue la técnica de la concesión, la cual fue complementada con el otorgamiento de otras medidas de fomento (garantías **(11)**, exenciones, etc.).

(3) Para un análisis de los alcances de esta cláusula, ver BIANCHI, Alberto, "La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)", RAP, 398, 2011, ps. 15 y ss.; FLORES, Álvaro B., "La cláusula del progreso en la reforma constitucional", publicado en Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni, 2019-II, p. 437.

(4) Ampliar en SALOMONI, Jorge L., "Teoría General de los servicios públicos", Ed. Ad-Hoc, año 1999; "Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos", en AA.VV., Derecho Administrativo, homenaje a Miguel S. Marienhoff. Ed. Abeledo Perrot, año 1998, ps. 823 y ss.

(5) Vale decir que, en los años previos a la asunción directa del servicio por parte del Estado Provincial, había efectuado cuantiosas inversiones en dicho ferrocarril y otorgado préstamos —por conducto del Banco Provincia— a condiciones preferenciales.

(6) Durante la década de 1880, la empresa abrió los ramales que comunicaban a las ciudades de Buenos Aires y Ensenada, y a su vez, el ramal Tolosa (actual ciudad de La Plata) con Ensenada.

(7) Sancionada el 9 de octubre de 1868. Disponible en http://www.saij.gob.ar/ (Id SAIJ: LNN0017020).

(8) Sancionada el 12/10/1871 (ADLA 1852-1880, 939).

(9) Sancionada el 05/09/1877 (Copia Oficial ADLA 1852-1880, 1145). Vale mencionar que años antes, ante una crecida extraordinaria del Río Gualeguay, a través de la ley 425 (sancionada el 27/09/1870, Copia Oficial ADLA 1852-1880, 919) el Estado Nacional había suscripto nuevas acciones societarias a fin de impulsar el ramal.

(10) Sancionada el 24/10/1883 (Copia Oficial ADLA 1881-1888, 124).

(11) Este mecanismo se basaba en el compromiso que asumía el Estado de entregar al final de cada año las sumas necesarias para que el capital invertido alcanzara un cierto grado de rendimiento (el cual en las concesiones otorgadas oscilaba entre el 5% y 7%). La obligación per-

El problema que se evidenció fue el control sobre las concesiones vigentes, y las vicisitudes que se dieron en la organización y regulación del régimen, puesto a que no existía un régimen unificado. En otras palabras, el mecanismo de las leyes-contrato (mediante las cuales se aprobaban las concesiones) generaba que las condiciones de cada explotación fuesen distintas **(12)**, lo cual también generaba tensiones entre los concesionarios. Vale reparar que recién en el año 1872 fue sancionada la primera ley ferroviaria de vocación general (ley 531), únicamente aplicable a los ferrocarriles nacionales, la cual a su vez no pudo poner fin a los inconvenientes en el control de las concesiones. Como dato relevante, esta norma ya había indicado que la actividad ferroviaria se erigía como un servicio público.

En la década de 1880/1890 se produjo un crecimiento exponencial de las concesiones, produciéndose un rápido desarrollo de la infraestructura ferroviaria en nuestro país, lo cual se tradujo en un aumento considerable de la extensión de lo que hoy en día se conoce como la Red Ferroviaria Nacional. La persistencia de los inconvenientes respecto del control de las concesiones y la insuficiencia de la ley 531, y los problemas económicos sobrevinientes, reforzaron la necesidad de una presencia más intensa del Estado en el sector. Así las cosas, en primer lugar, fue creada la Dirección de Ferrocarriles a través de la ley 2274 **(13)**, y posteriormente, tuvo aparición la ley 2873 General de Ferrocarriles (LGF) **(14)** la cual al día de hoy —con varias reformas **(15)**— sigue vigente. Conforme lo señaláramos en otra oportunidad **(16)**, esta norma es la que declara como servicio público al transporte ferroviario.

Sin embargo, los mecanismos antes aludidos no sirvieron para atemperar la problemática descripta. Como contrapartida, el pragmatismo errático **(17)** —puesto a que el desarrollo del ferrocarril en Argentina careció de planificación **(18)**— generó que para el año 1900 el país ocupase el primer lugar en extensión de vías férreas entre los países de América del Sur y América Central.

En el año 1907 se promulgó la ley 5315 **(19)** (Ley "Mitre"), mediante la cual —entre otros aspectos— se estableció un régimen unificado para las concesiones ferroviarias, tanto las existentes como para las futuras.

Por otra parte, el Estado nacional explotó directamente los servicios ferroviarios como un instrumento de fomento, principalmente, en los tramos que no resultaban de interés para el sector privado y en los hoy extintos Territorios Nacionales (cfr. ley 5559) **(20)**. La progresiva participación pública en el sector decantó en la creación de la Administración General de Ferrocarriles del Estado (AGFE) en virtud de la

manecía en cabeza del Estado por el lapso que durase la concesión, y los concesionarios, se obligaban al reembolso de las sumas percibidas en caso de que el rendimiento superar el porcentaje garantido. Este mecanismo fu instaurado, por ejemplo, mediante las leyes nacionales 2265 (ADLA 1881-1888, 433-1888) y 2835 (ADLA 1889-1919, 224-1891).

(12) Se preveían distintos tipos de franquicias tributarias y diversos mecanismos de aportes estatales (variaciones en los porcentajes de las garantías).

(13) ADLA 1881-1888, 435 (sancionada el 14/07/1888). Entre las labores de esta Dirección se puede citar la intervención (con designación de los respectivos interventores) en las compañías que eran beneficiarias del instituto de las Garantías.

(14) Sancionada el 02/09/1891 (BO 18/11/1891).

(15) Ha sido reformada por el dec.-ley 8302/1957, dec.-ley 6205/1963, la ley 18374, la ley 22.647, el dec. 1141/1991.

(16) FLORES, Álvaro B., "Servicio público y sector ferroviario", ED Suplemento de Derecho Administrativo, febrero 2021 (Cita Digital: ED-MXIV-85).

(17) CANOSA, Armando, "El nuevo desafío para los servicios públicos de transporte ferroviario", RAP, 348, p. 211.

(18) Este aspecto se ve en algunos detalles interesantes, como, por ejemplo, la coexistencia de diversas trochas (v.gr., el diámetro de las vías) las cuales dificultan la interconexión de ramales.

(19) Publicada en RN 1907, t. IV, p. 441.

(20) Sancionada el 28/08/1908. ADLA 1889-1919, 741. El mencionado texto legal —entre otras cosas— encomendó al Poder Ejecutivo la construcción y explotación de ferrocarriles en la zona de la Patagonia (San Antonio, Comodoro Rivadavia, Puerto Deseado, Colonia Sarmiento) y en el Norte de la Región Chaqueña (Formosa-Chaco).

ley 6757 **(21)** cuyo objetivo se centraba en llevar a cabo la gestión de las líneas cuya titularidad pertenecía al Estado nacional **(22)**.

Las décadas posteriores a 1920 estuvieron marcadas por un continuo aumento de las regulaciones estatales en el sector [v.gr., la cuestión tarifaria **(23)**], y por la aparición de nuevos medios de transporte que marcaron el declive del servicio ferroviario, abriendo paso a la participación total del Estado nacional.

II.2. La nacionalización de los servicios

El vencimiento de las franquicias contempladas en la Ley Mitre (año 1947), junto con la situación económica acaecida por la Segunda Guerra Mundial, terminaron de impulsar a los concesionarios privados a desprenderse de la explotación y operación de los servicios. En primer lugar, fueron adquiridos los ferrocarriles que correspondían a capitales franceses (1947), y posteriormente, sobre todo a partir del llamado "Acuerdo Andes" celebrado el 12/02/1948, se delineó fue la adquisición por parte de la República Argentina de los ferrocarriles de origen británico **(24)**. En virtud del dec. 5789/1948 **(25)**, se dispuso la toma de posesión de las empresas ferroviarias británicas y los demás bienes adquiridos; esto condujo a que el día 1º de marzo de 1948 se lleve a cabo el acto público mediante el cual perfecciona la toma de posesión dispuesta.

Este hecho, dio el puntapié inicial para la profundización del intervencionismo estatal en Argentina, caracterizado —entre otros aspectos— por la prestación directa por parte del Estado de la totalidad de los servicios públicos. En el caso del sector ferroviario, fue el Estado nacional quien absorbió la operación de los servicios.

A los efectos de reorganizar la prestación de los servicios, con la aparición del dec. 32574/1948 **(26)** se dio la nueva denominación de los ferrocarriles argentinos (las cuales al día de la fecha permanecen inalteradas prácticamente): Ferrocarril Nacional General San Martín (ex Buenos Aires al Pacífico); Ferrocarril Nacional General Belgrano (al Ferrocarril Central Argentino); Ferrocarril Nacional General Bartolomé Mitre (al Ferrocarril Central Argentino); Ferrocarril Nacional Domingo Faustino Sarmiento (al Ferrocarril Oeste); Ferrocarril Nacional General Roca (al Ferrocarril Sud); Ferrocarril Nacional Patagónico; Ferrocarril General Urquiza (correspondiente a las líneas Férreas ubicadas en la Mesopotamia). Los nuevos nombres, comenzaron a regir a partir de enero de 1949.

A partir de esta etapa, se profundizó el deterioro de la prestación de los servicios, los cuales se caracterizaron por una marcada ineficiencia, la cual se fue acentuando con el transcurso de los años. Por su parte, se ensayaron diversas fórmulas para llevar adelante la operación de los servicios (la cual también incluía la construcción y mantenimiento de la infraestructura y la prestación del servicio de cargas), siendo la última experiencia —previo a la etapa de las concesiones— la creación de empresa Ferrocarriles Argentinos (FA) por conducto del dec.-ley 18.360 **(27)**.

II.3. La etapa de las concesiones

La ley 23.696 de Reforma del Estado decantó en un cambio de paradigma respecto de la participación activa o directa del sector público, y abrió paso a la era de las "privatizaciones". En este sentido, FA fue alcanzada por los términos del nuevo marco normativo, y, en consecuencia, fue declarada sujeta a privatización.

De tal manera, a través del dec. 666/1989 se dispuso la intervención de FA y al mismo tiempo se perfilaron los lineamientos de lo que ven-

(21) ADLA 1889-1919, 779 (promulgada el 11/10/1909).

(22) Para el año 1910, el Estado Nacional explotaba 3400 kilómetros de líneas férreas (alrededor del 13% del total de las líneas férreas existentes para esa década).

(23) Sobre esta cuestión, ver FLORES, Álvaro B., "El régimen económico-financiero del sector ferroviario argentino", publicado en la Revista Temas de Derecho Administrativo, Erreius, febrero 2021. Cita digital: IUSDC3288067A.

(24) Un interesante resumen de esta cuestión puede verse en BIANCHI, Alberto, "La cláusula de progreso (con especial referencia a los ferrocarriles)", RAP, 398, 2011, ps. 15 y ss. (en especial, ps. 44 y ss.).

(25) BO 28/02/1948. ADLA 1948- VIII, p. 458.

(26) BO 21/10/1948.

(27) BO 25/09/1969.

drían a ser las "concesiones ferroviarias", las cuales se apontocaron en la figura de las concesiones integrales, las cuales implicaban que el concesionario asumía —además de la explotación de los servicios— el mantenimiento de la infraestructura y el material rodante.

Por recomendación del Estudio realizado con el apoyo del Banco Mundial (Programa de Reestructuración Ferroviaria), a fin de organizar las concesiones a realizar, el negocio ferroviario quedó dividido de la siguiente manera: cargas, pasajeros interurbanos y pasajeros urbanos **(28)**. Dicho plan contemplaba entre sus objetivos priorizar el transporte de carga a través de la concesión de servicios por empresa, reducir los servicios de media y larga distancia —al punto de cancelar toda la operatoria en el país (con la excepción de aquellas provincias que se dispusieran a hacerse cargo de los costos de mantenimiento)—, y la creación de la empresa Ferrocarriles Metropolitanos, como paso necesario para su posterior privatización. Estas previsiones, se canalizaron normativamente a través del dec. 2470/1990 mediante el cual se aprobó el denominado "Memorándum de Entendimiento para la Reestructuración Ferroviaria y Programa Anexo" **(29)**.

Casi de inmediato, comenzó a realizarse la racionalización recomendada, mediante la supresión de servicios de pasajeros interurbanos [con el dec. 44/1990 **(30)**] y con el cierre de ramales de servicios urbanos [dec. 356/1991 **(31)**]. Estas decisiones, habían sido tomadas de conformidad a la impronta establecida por la intervención de la empresa Ferrocarriles Argentinos, en especial, a través de la Administración de Ferrocarriles Suburbanos **(32)**. A esta Administración, entre otras competencias, se le había asignado la organización de la Red Ferroviaria Metropolitana **(33)**.

Cumpliendo los objetivos de la ley de Reforma del Estado (y las recomendaciones del estudio del Banco Mundial), por medio del dec. 502/1991 **(34)** se dispuso la escisión de la Administración de Ferrocarriles Suburbanos de la empresa Ferrocarriles Argentinos, y la consecuente creación de la empresa Ferrocarriles Metropolitanos Sociedad Anónima (en adelante FEMESA), sujeta al régimen de la ley 19.550, y cuyo capital pertenece al Estado nacional, a través del Ministerio de Economía, en una proporción del noventa y nueve por ciento (99%), y a Ferrocarriles Argentinos, en el uno por ciento (1%) restante.

Bajo el escenario descripto, tuvo origen el dec. 1143/1991 **(35)** en virtud del cual se estableció el Marco Normativo para la Concesión de Servicios Ferroviarios de Pasajeros. Luego, fue dictada la res. 1456 de fecha 13 de noviembre de 1991 **(36)** por conducto de la cual fue aprobado el Pliego de Bases y Condiciones Generales a regir en las Licitaciones Públicas de Carácter Nacional e Internacional para la Concesión de la Explotación de los Servicios Ferroviarios de Pasajeros comprendidos en el dec. 1143/1991 clasificados en siete [7] grupos (línea Mitre; línea Sarmiento; línea Urquiza y Subterráneos; línea Roca; línea San Martín; línea Belgrano Norte; línea Belgrano Sur).

(28) Este tipo de servicios está caracterizado por recorridos de hasta 50 kilómetros.

(29) BO 08/01/1990. Es menester señalar, que el Anexo I que se cita no fue publicado en el Boletín Oficial.

(30) BO 08/01/1990.

(31) BO 06/03/1991.

(32) Cuya creación fuera ratificada por el dec. 47/1990 (BO 08/01/1990).

(33) Esta área se encuentra integrada por los siguientes municipios bonaerenses: Avellaneda - Almirante Brown - Berazategui - Berisso - Brandsen - Campana - Cañuelas - Ensenada - Escobar - Esteban Echeverría - Exaltación de la Cruz - Florencio Varela - General Las Heras - General Rodríguez - General Sarmiento - La Matanza - La Plata - Lanús - Lobos - Lomas de Zamora - Luján - Marcos Paz - Mercedes - Merlo - Moreno - Morón — Pilar - Quilmes - San Fernando - San Isidro - San Martín - San Vicente - Tigre - Tres de Febrero - Vicente López - Zárate.

(34) BO 27/03/1991.

(35) BO 21/06/1991.

(36) Corresponde destacar que dicha norma no se encuentra publicada en el Boletín Oficial, pese a que es reiterada en innumerables ocasiones al momento de consignar los antecedentes normativos para concluir con los diversos estadios de los procedimientos licitatorios que se realizaron.

La sustanciación de los procedimientos mencionados desembocó en el perfeccionamiento de las concesiones oportunamente licitadas. En consecuencia, las respectivas concesiones fueron otorgadas de la siguiente manera:

- La línea Mitre y la línea Sarmiento fueron concedidas a la firma Trenes Buenos Aires TBA SA, a través del dec. 730/1995 **(37)**.

- La línea Urquiza fue otorgada a la firma Metrovías SA, por conducto del dec. 2608/1993 **(38)**.

- La línea Roca resultó concedida a la empresa Transportes Metropolitanos General Roca SA mediante el dec. 2333/1994 **(39)**.

- La línea San Martín a Transportes Metropolitanos San Martín SA, en virtud del dec. 479/1994 **(40)**.

- La línea Belgrano Norte a la firma Ferrovías SAC de acuerdo con el dec. 430/1994 **(41)**.

- La línea Belgrano Sur a la sociedad Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA por medio del dec. 594/1994 **(42)**.

- El ramal Borges-Delta a la firma Tren de la Costa SA, de conformidad al dec. 203/1993 **(43)**.

La prestación de los servicios provinciales o interurbanos también se vio resentida, acelerando el proceso de cierres de ramales que se venía produciendo desde finales de la década de 1970. El dec. 532/1992 **(44)** se convocó a los gobiernos provinciales en cuyo territorio se asienten los ramales ferroviarios, en actividad o clausurados a los efectos que exhiban su interés en que les sea transferida, en concesión, su explotación integral. De acuerdo con los términos del decreto, la operatoria del servicio podría realizarse en forma directa por las provincias o a través de acuerdos con privados. En todos los supuestos, se especificaba que el Estado nacional no asumía ningún tipo de responsabilidad por la modalidad eventualmente elegida por las provincias, y, asimismo, se resaltó que "la transferencia de explotación integral a las provincias interesadas, no implicará ningún tipo de aporte financiero por parte del Estado nacional, ni les otorgará derecho a subsidios" (art. 6º).

La profundización de la política de racionalización en materia de Servicios Interurbanos se dio con la aparición del dec. 1168/1992 **(45)**. Entre los fundamentos de esta norma, se destaca la expresa mención relativa a que "el transporte ferroviario puede ser sustituido por el modo automotor con evidentes ventajas de costo" **(46)**. Con este decreto, quedaron eliminados a partir del 31/07/1992 aquellos Servicios de Pasajeros Interurbanos hasta ese entonces, prestados por la residual empresa Ferrocarriles Argentinos, a excepción del Ramal Constitución-Mar del Plata-Miramar. Con la supresión realizada, en forma concomitante, se les confirió la invitación a las provincias que se hallaren interesadas en explotar los servicios suprimidos a asumirlos en forma directa o concesionada de acuerdo con las variantes previstas en el decreto **(47)**. Para ello, el Estado nacional se comprometió a participar en el déficit económico de la explotación hasta un cincuenta por ciento hasta la finalización del año 1992; concluido aquel período, las provincias que hubieran realizado la opción, deberían asumir la totalidad del déficit económico.

(37) BO 24/05/1995.

(38) BO 12/01/1994.

(39) BO 05/01/1995.

(40) BO 21/04/1994.

(41) BO 21/04/1994.

(42) BO 05/05/1994.

(43) BO 19/02/1993.

(44) BO 13/04/1992.

(45) BO 19/07/1992.

(46) Consid. 9º del dec. 1168/1992.

(47) El anexo I del decreto preveía que en los casos de explotación de servicios interurbanos que comuniquen dos o más Provincias, o comuniquen a la Capital Federal con otra Provincia, los Estados Provinciales que desearan prestar el servicio debían constituir un Ente Interprovincial, el cual se debía erigir como concesionario del servicio respectivo. La jurisdicción aplicable sería la federal, manteniendo el Estado Nacional su carácter de "Concedente". Para los casos en los que los ramales comuniquen localidades de la misma Provincia, se vinculen o no con los empalmes de la Red Nacional, se debía erigir un Ente Provincial. Al igual que en el anterior supuesto, la jurisdicción es de carácter Federal.

El resultado de la política de "racionalización" propuesto es conocido: los Servicios Interurbanos quedaron prácticamente extinguidos. El método de la transferencia de servicios y/o cometidos sin la respectiva transmisión de recurso presupuestarios fue clave en la casi desaparición de este tipo de ramales.

Las concesiones de transporte ferroviario de pasajeros arrojaron buenos resultados durante los primeros años del contrato, lográndose mejoras en la prestación de los servicios **(48)**. Pese a ni siquiera haber transcurrido un lustro desde el comienzo de las concesiones, comenzó a instalarse de la idea de la necesidad de renegociar las condiciones y los términos de los contratos originales. Es así como, las modificaciones en los contratos de concesión de servicio público de transporte de pasajeros del AMBA tenían como fin mejorar la prestación de los servicios, teniendo en cuenta el aumento de la demanda —por encima de lo previsto en los contratos— y el cumplimiento de los índices de calidad por parte de los concesionarios **(49)**.

Así las cosas, tiene aparición el dec. 543/1997 **(50)** en virtud del cual se instruyó a la por ese entonces, Secretaría de Obras Públicas y Transporte del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a renegociar e introducir modificaciones en los contratos de concesión de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros —de superficie y subterráneos— en el Área Metropolitana de Buenos Aires, con el objeto de satisfacer necesidades de interés público no previstas en los contratos originarios y que hubieren surgido durante su ejecución.

Bajo el escenario descripto, se fueron aprobando las respectivas adendas de los contratos de renegociación, teniendo en consideración los parámetros estipulados por el dec. 543/1997.

(48) OLMOS, José M., "Los Ferrocarriles Metropolitanos: intervención estatal en el servicio público ferroviario del Área Metropolitana de Buenos Aires", Ed. RAP, año 2016, p. 52.

(49) CANOSA, Armando, "Régimen administrativo del transporte terrestre", Ed. Ábaco, año 2002, p. 291.

(50) BO 13/06/1997. Es importante destacar que la irrupción del decreto estuvo precedida de la intervención de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado (creada en virtud del art. 14 de la ley 23.696).

En efecto, los procesos de renegociación concluyeron del siguiente modo:

- El dec. 210/1999 **(51)** aprobó el proceso de renegociación para la exlínea Mitre y Sarmiento.

- El dec. 393/1999 **(52)** aprobó la renegociación de las líneas Urquiza y Subterráneos.

- El dec. 1416/1999 **(53)** aprobó la renegociación de la línea Roca.

- El dec. 1417/1999 **(54)** aprobó la renegociación de la línea Belgrano Norte.

- El dec. 1418/1999 **(55)** aprobó la renegociación de la línea General San Martín.

- El dec. 1419/1999 **(56)** aprobó la renegociación de la línea Belgrano Sur.

En el año 2001 se produjeron una nueva serie de adendas, lo cual significó otro esquema de renegociaciones, a menos de dos años de la primera oleada de modificaciones a las concesiones originales. En esta ocasión, se había puesto énfasis en el compromiso de establecer incrementos tarifarios escalonados, y también se había dispuesto la ampliación de los plazos de la concesión, tal como también se había previsto en las primeras revisiones. Al respecto, nos señala Canosa **(57)**, con relación al aspecto temporal de las concesiones, que queda subsistente la posibilidad de acordar prórrogas en este tipo de contrataciones. De este modo, si vencido el plazo de la concesión el concesionario continúa prestando servicio sin oposición del concedente, debe entenderse como tácitamente prorrogado, pero sin que exista "tácita reconducción" **(58)**,

(51) BO 18/03/1999.

(52) BO 27/04/1999.

(53) BO 02/12/1999.

(54) BO 02/12/1999.

(55) BO 02/12/1999.

(56) BO 02/12/1999.

(57) CANOSA, Armando, "Régimen administrativo del transporte terrestre", Ed. Ábaco, año 2002, p. 398.

(58) Sobre esta cuestión ampliar en SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "La concesión de servicios públicos", Ed. Ciudad Argentina, 1999, 2ª ed., ps. 308 y cc.

lo cual implica que —a primer requerimiento— las prestaciones pueden ser concluidas por el Concedente. Como veremos *infra*, este detalle es crucial para comprender el estado actual del contrato de concesión en las líneas Urquiza y Belgrano Norte.

Conteste a lo explicado, la tanda de renegociaciones contractuales puede graficarse del siguiente modo:

- El dec. 104/2001 **(59)** aprobó el proceso de renegociación para la exlínea Mitre y Sarmiento.

- El dec. 167/2001 **(60)** aprobó la renegociación de la línea Belgrano Norte.

La crisis económica y social de Argentina que sacudió al país hacia finales de 2001 repercutió directamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros. La ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Dentro de los alcances de la emergencia declarada, los arts. 8º a 10 de la ley abordaron las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público, entre los cuales —claro está— se encontraban las concesiones ferroviarias. Así las cosas, los contratos respectivos quedaron sujetos a una nueva renegociación la cual estaría a cargo de la UNIREN **(61)**, aunque vale decir que, las renegociaciones nunca se concluyeron.

Mientras se comenzaban a instar los mecanismos de renegociación, atento al ostensible grado de deterioro que padecía el sector ferroviario, tuvo aparición un régimen exclusivamente destinado a abordar la delicada situación en la que se hallaba inmersa el sistema ferroviario. En este sentido, tuvo lugar la emisión del DNU 2075/2002 **(62)** por el cual se declaró el estado de emergencia a la prestación de los servicios emergentes de los contratos de concesión en vías de ejecución correspondientes al sistema público de transporte ferroviario de pasajeros de superficie y subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires, durante el transcurso de los procesos de renegociación.

Básicamente, la emergencia ferroviaria **(63)** establecía (o reafirmaba) la vigencia de los Contratos de Concesión y sus addendas, siempre y cuando no se opusieran a los postulados del DNU 2075/2002.

III. La rescisión de los contratos de concesión. Las Unidades de Gestión Operativa

El régimen de emergencia ya sea el dictado a nivel general o el establecido específicamente para el sector ferroviario, no fueron de ningún modo suficientes para revertir la dificultosa situación en la que se hallaba inmersa

(59) BO 31/01/2001.

(60) BO 16/02/2001.

(61) La Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos creada por el dec. 311/2003.

(62) BO 17/10/2002.

(63) Las características y efectos principales de la emergencia del sector pueden resumirse en los siguientes puntos: a) Suspensión de la aplicación de los incrementos tarifarios; b) Suspensión del régimen de silencio positivo establecido en las addendas del año 2001; c) La presentación por parte de los concesionarios del "Programa de Emergencia de Obras y Trabajos Indispensables y de Prestación del Servicio", previendo que el financiamiento y pago de las obras y trabajos indispensables y de la prestación del servicio del Programa de Emergencia provendrá de los aportes presupuestarios, de los fondos recaudados en concepto de ingresos adicionales por tarifa destinados al Fondo de Inversiones constituido a partir de dichos ingresos y de otros aportes estatales; d) Suspensión de las obras, trabajos y provisión de bienes, respecto de los cuales no haya comenzado su ejecución, correspondientes a los planes de obras de los Contratos de Concesión y sus addendas; e) Suspensión de las obras, trabajos y provisión de bienes en curso de ejecución, con la salvedad de los que se hallaban incorporados en el listado del Programa de Emergencia; f) Declarar el pago prioritario de los subsidios creados bajo el amparo del dec. 652/2002; f) Los aportes de inversión para el Plan de Modernización (creados en virtud de las addendas de 2001) se solventarían con los créditos presupuestarios disponibles; g) El Estado se comprometió a modificar los regímenes de penalidades establecidos en los contratos de concesión y addendas a los efectos compatibilizar cada régimen con la nueva situación de los programas de obras y servicios; h) Se estableció que los contratos de concesión permanecerían vigentes en tanto y en cuanto no se opusiesen a la nueva normativa; i) las empresas se comprometerían a no efectuar reducciones salariales y garantizar la plena aplicación de los convenios colectivos de trabajo y la estabilidad laboral, manteniendo el mismo nivel de empleo de los trabajadores durante la vigencia del estado de emergencia.

la actividad. Inclusive, para cierta doctrina **(64)**, la situación de emergencia perjudicó directamente a la actividad ferroviaria, debido a que, añadieron nuevas obligaciones a los concesionarios, se le congelaron los ingresos, y resultó tardía la ejecución del plan de inversiones y mantenimiento, el cual tampoco contó con la financiación adecuada.

Desde la perspectiva de los concesionarios, estas circunstancias acarrearon un desaliento económico que conspiraba con la prestación de un mejor servicio. Existía una queja constante por la "ampliación" de sus responsabilidades (por ejemplo, mediante la res. 115/2002 se ponía a cargo de aquellos los servicios adicionales de seguridad), por la imposibilidad de actualizar las tarifas a pesar de la escalada inflacionaria, y por los costos operativos que demandan los servicios.

En este escenario, es imprescindible traer a colación las apreciaciones de la AGN acerca de la situación que revestía el sector: "A mediados de 2004, el sistema concesionado de transporte ferroviario de pasajeros en el AMBA comenzó a ser insostenible, al menos en alguna de sus partes. La calidad de los viajes era cada vez peor, lo que se ve reflejado en la disminución de la cantidad de trenes que cumplen los horarios programados (...) Este indicador, conocido como regularidad absoluta global, cayó de 97% en 1998 a un 78,5% en 2007 (...) Por otra parte, la cantidad de trenes en funcionamiento no bastaba para cubrir el crecimiento en la cantidad de pasajeros, por lo que cada tren pasó de transportar un promedio de 450 personas en 2002 a alrededor de 600 en 2008" **(65)**.

La merma de la demanda y la caída de la calidad de los servicios (impuntualidad, vandalismo, falta de limpieza, degradación del material rodante, inseguridad global del pasajero) precipitaron el final de las concesiones de transporte ferroviario de pasajeros. De todas las empresas concesionarias, la que sufrió con mayor intensidad el impacto de la crisis fue la línea San Martín. Esto obedeció en parte a que al momento de planificar la contratación existió una sobreestimación de la demanda, lo cual impactó en la envergadura del subsidio a requerir. Ante este erróneo cálculo, la demanda tampoco evolucionó lo suficiente, y por añadidura, quedó resentida la ecuación económico-financiera del contrato. Por su parte, esta línea era la que contaba con el material rodante más antiguo, con locomotoras que rozaban los cincuenta años de antigüedad **(66)** (cuando la vida útil debe oscilar entre los 30 y 40 años).

Bajo este contexto, se explica la emisión del dec. 798/2004 **(67)** en virtud del cual se rescindió el contrato de concesión suscripto con la empresa Transportes Metropolitanos General San Martín Sociedad Anónima. Los considerandos de la norma, indican que la decisión de culminar en forma anticipada el vínculo —por culpa del concesionario— fue adoptada en función de los incumplimientos en la seguridad de la prestación del servicio (lo cual incidía en el aumento de la probabilidad de siniestros); los graves y reiterados incumplimientos en lo que atañe a la prestación del servicio, puntualidad, confort, oferta de servicios y mantenimiento del material rodante y tractivo; la acumulación de multas que superaba el 30% del monto integrado en concepto de Garantía de Ejecución Contractual; y el hecho de que al momento de la rescisión, únicamente se encontraba en funcionamiento el 20% del material rodante oportunamente entregado.

Por la naturaleza del contrato, principalmente por el principio de continuidad del servicio público, el decreto previó la conformación de una Unidad de Gestión Operativa (UGOFE) a los efectos de no alterar la prestación de los servicios correspondientes a la línea San Martín.

El panorama en las restantes líneas (con salvedades puntuales) no era tan distinto al que desembocó en la conclusión del contrato de los servicios de la línea San Martín. Los graves disturbios suscitados en la Estación Terminal

(64) OLMOS, José M. ob. cit., p. 63.

(65) DESPOUY, Leandro, "Transporte Ferroviario. Informe sectorial del presidente de la Auditoría General de la Nación", Colección "Una década al cuidado de los fondos públicos", año 2014, p. 19.

(66) MARTÍNEZ, Juan Pablo, "Ciclo de reformas traumáticas", en LÓPEZ, Mario J. — WADDELL, Jorge — MARTÍNEZ, Juan Pablo, "Historia del Ferrocarril en Argentina", Ed. Lenguaje Claro, año 2016, p. 282.

(67) BO 23/06/2004.

Constitución por las reiteradas interrupciones del servicio tuvieron como desenlace la finalización de los contratos de concesión en las líneas Roca y Belgrano Sur. Así las cosas, por conducto de los decs. 591/2007 y 592/2007 **(68)** se decidió la rescisión del contrato de concesión de explotación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros con las empresas Transportes Metropolitanos General Roca Sociedad Anónima y Transportes Metropolitanos Belgrano Sur Sociedad Anónima, respectivamente.

Los fundamentos de la rescisión de los contratos por culpa de los concesionarios se sustentaron en los incumplimientos graves y reiterados en las obligaciones a su cargo del concesionario, los cuales dieron lugar a la aplicación de numerosas sanciones por parte de la autoridad de aplicación. Asimismo, se verificaba una acumulación de multas que superaba el 30% del monto integrado en concepto de Garantía de Ejecución Contractual. La prestación de los servicios, en aras del ya harto mencionado principio de continuidad, quedó en cabeza de UGOFE.

Con el funcionamiento de las Unidades de Gestión comenzó una transición hacia un esquema híbrido con responsabilidades difusas distribuidas entre el Estado y los concesionarios, que lejos de resolver los problemas descriptos en los puntos anteriores, los agudizó **(69)**. En efecto, como se mencionase anteriormente, el primer ensayo de esta práctica tuvo lugar a través de la conformación de la Unidad de Gestión de Operación Ferroviaria de Emergencia, mejor conocida como UGOFE SA, a través de la res. 408/2004 **(70)** de la ex Secretaría de Transporte. La Sociedad creada se encontraba conformada por los por ese entonces, concesionarios vigentes del resto de los grupos o líneas, es decir, las empresas Metrovías Sociedad Anónima, Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima.

El objetivo de la creación de esta Unidad se concentraba en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros —por cuenta y orden del Estado— hasta que concluyan los procedimientos de selección por los cuales se adjudique el servicio a un nuevo concesionario. UGOFE dependía funcionalmente de la ex Secretaría de Transporte, la cual se encontraba en la esfera del extinto Ministerio de Planificación Federal. A fin de formalizar la operatoria de los servicios, de acuerdo con lo establecido en la resolución, se suscribió el Acuerdo de Gerenciamiento entre la Secretaría y UGOFE SA (en fecha 27/10/2004) y se realizó el Acta de Entrega y Toma de Posesión del Servicio (en fecha 06/01/2005). Dichas acciones, fueron posteriormente "ratificadas" por el dec. 861/2006 **(71)**.

El esquema de prestación de servicios ejecutado por UGOFE, no obstante, su naturaleza jurídica, tenía dos aspectos peculiares. En primer lugar, la empresa creada no estaba a cargo del pago de los salarios de sus empleados, ya que, el Estado absorbía este costo. Por otro lado, UGOFE se había erigido como la principal destinataria de los subsidios vigentes para el rubro ferroviario (aproximadamente unos 7987 millones de pesos entre 2005 y 2012). Estas características, amén de la extraña naturaleza de la modalidad y de su supuesta transitoriedad, prácticamente diluían cualquier tipo de riesgo empresario.

Como bien lo ilustra Olmos **(72)**, en el caso de UGOFE (lo cual también se extendería, al caso de UGOMS) la figura jurídica utilizada fue la del gerenciamiento por cuenta y orden del Estado nacional, que se asimila a la figura del Contrato de Mandato. En ese sentido, a la Unidad de Operación le resultaban aplicable las premisas otrora establecidas en los arts. 1869 y ss. del Cód. Civil. Por tal motivo, según el criterio del autor arriba mencionado, se distinguía la obligación del mandatario (UGOFE) de prestar en forma diligente el servicio —en virtud de lo previsto en el extinto art. 1905—, y que por el lado del mandante (Estado nacional) emergían tres importantes obligaciones: proporcionar al mandatario los medios, recursos económicos, necesarios para llevar adelante el mandato(art. 1948 del Cód. Civil derogado), indemnizar las pérdidas del mandatario y abonar una retribución por sus trabajos.

(68) Ambos publicados en el BO del 23/05/2007.

(69) DESPOUY, Leandro, ob. cit., p. 18.

(70) BO 25/06/2004.

(71) BO 13/07/2006.

(72) OLMOS, José M., ob. cit., p. 81.

UGOFE SA, luego de la rescisión de los contratos de concesión de las líneas Roca y Belgrano Sur, asumió la operación integral **(73)** de los servicios de las respectivas líneas (conf. art. 4º del dec. 591/2007 y del dec. 592/2007). A tales efectos, mediante las resoluciones 354/2007 y 355/2007, la Secretaría de Transporte **(74)** se convocó a la UGOFE SA para la operación integral de los mencionados servicios.

En tal inteligencia, al no realizarse los nuevos procesos licitatorios para otorgar la concesión de los servicios, la operación y prestación de estos quedó en una situación jurídica, por demás, anómala. Esto se debe a que, el Estado concedente no reasumió directamente la prestación del servicio —no obstante, su persistencia y continuidad— ni tampoco, asignó su concesión a otro contratista. Solamente, como se explicara recientemente, le confirió a un tercero la gestión del servicio a su cuenta y nombre.

Por estas razones, de ninguna manera podían asimilarse los derechos de la empresa UGOFE SA (y posteriormente también a UGOMS SA) a los de los concesionarios. A raíz de ello, coincidiendo con Olmos **(75)**, se precarizó el derecho de explotación de los ferrocarriles metropolitanos. Más allá de la situación endeble en cierto punto de la situación jurídica de las Unidades de Gestión, persistió la misma problemática que se verificó durante la vigencia de las concesiones, es decir, la acentuada deficiencia de los controles y regímenes sancionatorios. Con relación a esto último, vale mencionar que tuvieron que trascurrir casi diez años para que sea sancionado un esquema de penalidades. Esto ocurrió a partir del dictado de la res. 511/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(76)**, en el cual se aprobó el régimen de penalidades **(77)** para UGOFE y UGOMS.

El modelo de UGOFE fue adoptado nuevamente cuando tuvo ocasión la rescisión del contrato de concesión que ligaba al Estado nacional con Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima, la cual tenía a su cargo la operación integral de los servicios correspondientes a las líneas Mitre y Sarmiento.

El deterioro de la prestación de los servicios adquirió connotaciones trágicas el 22 de febrero de 2012, en la cual la colisión de una formación de la línea Sarmiento en la Estación Terminal Once de Septiembre culminó con un total de 51 muertos. El primer impacto que determinó el fatal accidente fue la intervención técnica y operativa del contrato de concesión de la línea Sarmiento por conducto de la res. 199/2012 **(78)**. Meses más tarde, por conducto del dec. 793/2012 **(79)** se rescindió suscripto con la empresa Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima, correspondiente a los Grupos de Servicios nros. 1 y 2, líneas General Mitre y Sarmiento **(80)**.

A fin de asegurar la continuidad de los servicios, el art. 2º del decreto citado dispuso la creación de una "Unidad de Gestión Operativa", convocando a dichos efectos a los concesionarios que mantenían la vigencia de sus respectivos contratos (Metrovías y Ferrovías), hasta tanto se determine la modalidad de prestación del servicio, de conformidad al ordenamiento aplicable (ya se encontraba vigente la ley 26.352).

Así las cosas, fue creada la Unidad de Gestión Operativa Mitre Sarmiento Sociedad Anónima (UGOMS SA), integrada por las empresas Metrovías y Ferrovías, la cual asumió la prestación de los servicios de pasajeros de las líneas ya mencionadas. Posteriormente, fue suscrip-

(73) El carácter de "integral", en este caso, permitía en la ejecución del servicio la explotación de los aspectos colaterales.

(74) BO 11/07/2007.

(75) OLMOS, José M., ob. cit., p. 445.

(76) BO 24/06/2013.

(77) Este régimen establecía penalidades por trenes cancelados y/o suspendidos, por impuntualidad del servicio programado, por falta de limpieza y conservación en la infraestructura y el material rodante, por falta de mantenimiento en la infraestructura y el material rodante y por el incumplimiento de las intimaciones de las autoridades correspondientes

(78) BO 29/02/2012. La intervención fue sucesivamente prorrogada por las resoluciones 781/2012 (BO 08/05/2012) y 737/2012 del (BO 13/04/2012) Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

(79) BO 24/05/2012.

(80) Para determinar la rescisión contractual, se tomaron como base los informes producidos luego de la intervención de la empresa concesionaria.

to entre UGOMS y la Secretaría de Transporte del Ministerio del Interior y Transporte (se había operado la transferencia de competencias del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios al del Interior) el Acuerdo de Operación, por el cual se le asignaba a UGOMS la gestión de la operación integral, administración, explotación por cuenta y orden del Estado nacional de los servicios ferroviarios de pasajeros correspondientes a las líneas Mitre y Sarmiento, así como la explotación de los servicios colaterales y la realización de las obras de inversión que se autorizaran. Em mencionado Acuerdo, fue ratificado mediante res. 99 de fecha 25/07/2012 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(81)**. Tal como aconteció con UGOFE, fue el Estado nacional quien asumió los costos laborales (cfr. los trabajadores pasaron a formar parte de la Administradora de Recursos Humanos Ferroviarios SAPEM).

Posteriormente se dictó la res. 217/2012 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(82)**, mediante la cual se aprobó el Procedimiento de Rendición de Ingresos y Egresos de los recursos bajo administración y disposición de UGOMS.

IV. Los acuerdos de operación

Las Unidades de Gestión Operativa, que como se ha podido ver encarnaban una figura híbrida, no parecía adaptarse a las modalidades que había establecido la Ley de Reordenamiento Ferroviario. Por ello, no resulta extraña la transitoriedad que de alguna manera establecía el dec. 798/2012 cuando instruye la creación de UGOMS.

En este contexto, es donde aparece la figura central de SOFSE en la asunción del servicio urbano de transporte de pasajeros del AMBA. De acuerdo con ello, sin perjuicio de las consideraciones a realizar en el acápite V, el punto de partida puede hallarse —siempre hablando del Área Metropolitana— en la res. 848/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(83)** por la cual se asigna la operación de los servicios de las líneas Belgrano Sur, Roca y San Martín a la SOFSE, siendo a su vez transferido el acuerdo de UGOFE SA a su órbita. Por su parte, mediante la res. 1083/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(84)**, en la cual —al asignarse la prestación de los servicios de las líneas Mitre y Sarmiento— se transfiere el Acuerdo que celebró la Secretaría de Transporte y UGOMS. Al poco tiempo, por conducto de la res. 1244/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(85)**, se instruyó a la SOFSE a rescindir el Acuerdo antes mencionado, abriendo paso a la figura de los "acuerdos de operación".

De tal manera, en virtud de la res. 41/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte **(86)**, se aprobaron los modelos de los "acuerdos de operación" **(87)**, con sustento en el art. 8º de la ley 26.352, por el cual se habrían de operar los servicios correspondientes a las líneas Belgrano Sur, Mitre, Roca y San Martín **(88)**.

Los modelos aprobados preveían que SOFSE le encomendaba al operador la gestión y el gerenciamiento, por cuenta y orden de la misma SOFSE y en función de la disponibilidad de recursos humanos y materiales, de la operación integral de los servicios ferroviarios de pasajeros de las líneas antes mencionadas. Por añadidura, la gestión comprendía la operación de los servicios, el mantenimiento operativo, la custodia y vigilancia de los bienes afectados, la

(81) Dicha norma no se encuentra publicada en el BO.

(82) BO 23/08/2012.

(83) BO 21/08/2013.

(84) BO 12/09/2013.

(85) BO 25/10/2013.

(86) BO 12/02/2014.

(87) Si se repara en los considerandos de algunas normas dictadas con posterioridad (p. ej.., resolución 101/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte), se destaca que "... con el objeto de establecer reglas claras y acentuar el control y la responsabilidad del operador del servicio público ferroviario, a los efectos de verificar el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo como núcleo principal la protección de los derechos de los usuarios, incluida la prestación de un servicio eficiente y seguro, y de los bienes estatales comprometidos, resguardando la transparencia en cualquier operatoria que haga a la fiscalización de la actividad de que se trate, el Estado Nacional estimó necesario adecuar los acuerdos de operación".

(88) Como se verá seguidamente, SOFSE había asumido la operación "directa" de los servicios de la línea Sarmiento, lo cual implicaba que aquella no se encontrara incluida en los Acuerdos.

explotación comercial de los aspectos complementarios y colaterales y, por último, la continuación y finalización de las obras en ejecución. En resumen, se continuaba con el esquema de operación integral, heredado de las concesiones rescindidas, el cual ha servido de sustento a SOFSE para ensanchar sus competencias, y en cierta forma, también ha motivado las modificaciones realizadas a la ley 26.352. Sin embargo, es dable señalar que la responsabilidad primaria de la prestación es de la SOFSE, puesto a que esta es quien tenía (y actualmente tiene) asignada la prestación de los servicios.

Siguiendo a Olmos **(89)**, si se trazara un paralelismo con los Acuerdos de las Unidades de Gestión Operativas, surgían las siguientes diferencias:

- El acuerdo fue firmado entre las empresas y la SOFSE (y no con la Secretaría de Transporte o Ministerio alguno) y se enmarcaba en la ley 26.352.

- Existía un plazo de duración de los contratos, que era de veinticuatro meses.

- Se incorporaba un método de cálculo de la calidad del servicio a prestarse.

- Se establecía el control del servicio y un régimen de penalidades.

- Claramente se determinaba al servicio como "servicio público".

Sobre la base de los modelos aprobados, la SOFSE celebró dos [2] acuerdos de operación con las empresas concesionarias de las restantes líneas (Metrovías y Ferrovías), en los cuales se preveía lo siguiente:

a) los servicios correspondientes a las líneas Belgrano Sur y Roca fueron prestados por la firma Argentren SA (encabezado por el grupo de Ferrovías);

b) los servicios referidos a las líneas Mitre y San Martín, fueron prestados por la empresa Corredores Ferroviarios SA (encabezado por el grupo de Metrovías).

(89) OLMOS, José M., ob. cit., p. 101.

Esta modalidad de prestación se ancló en las previsiones de la ley 26.352, en donde se prevé que la SOFSE podrá operar los servicios "asociada a terceros". Vale mencionar que aquella no se encontraba expresamente incluida en la legislación española, que fue la que inspiró al régimen nacional. En efecto, sus antecedentes los podemos hallar en Francia, más precisamente en el dec. 2003-194 del 7 de marzo de 2003, se legitimó a la SNCF a llevar adelante acuerdos con otras empresas ferroviarias en las cuales aquellas pueden ceder total o parcialmente la explotación de un servicio.

Durante la vigencia de los Acuerdos (llegaron a cumplir poco más de un año), se dieron en la práctica constantes tensiones entre los Operadores y la SOFSE, la cual tenía a su cargo la retribución de las empresas por la prestación de los servicios.

V. La operación del servicio de transporte ferroviario en la ley 26.352. El rol de SOFSE

La Ley de Reordenamiento Ferroviario, signada por los fracasos de las concesiones ferroviarias (en especial las del sector de pasajeros), y a diferencia de la normativa de la cual se sirvió de inspiración —régimen español **(90)**— propició la creación de una empresa pública para el segmento aquí examinado, por la cual se fortalezca el rol del Estado en la política ferroviaria.

Conteste a ello, la Sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE), es la empresa pública creada por la ley 26.352 —bajo el régimen de la ley 20.705— cuyo objeto principal es la prestación de servicios de transporte ferroviario de pasajeros que, en todas sus formas, le sean asignados por el Ministerio de Transporte de la Nación. En virtud de las modificaciones realizadas por la ley 27.132, SOFSE tendrá a su cargo el mantenimiento del material rodante, el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria

(90) Acerca de esta cuestión, Olmos ha destacado que "... Aquí se ve una marcada diferencia con el sistema europeo, puesto que en aquel se intentó acabar con los monopolios estatales mientras que aquí se vuelven a crear" (OLMOS, José M., ob. cit., p. 143). Sin coincidir en lo que concierne al "monopolio", si es dable señalar que la irrupción de SOFSE (sobre todo a partir del año 2015) consolidó la posición activa del Estado Nacional en la prestación de los servicios.

que utilice para la operación del servicio ferroviario a su cargo y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes, estas dos últimas funciones en caso de que les sean asignadas por ADIF SE **(91)**.

Conforme a lo señalado, el art. 8º, inc. a) de la ley 26.352 (con las reformas de la ley 27.132), consagra entre las competencias de SOFSE a la de "[a]sumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios de pasajeros que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al Estado nacional, así como nuevos servicios que se creen".

A través de esta competencia, se vislumbra el cometido principal de SOFSE, que como ya se dijera, es la prestación de servicios ferroviarios de pasajeros. Ahora bien, una correcta interpretación de este artículo implica realizar una descripción de los diversos escenarios que prevé este inciso.

En lo que atañe a la modalidad de operación, la ley estipula:

i) La posibilidad de que SOFSE opere en forma directa los servicios:

Bajo esta modalidad, SOFSE en forma exclusiva y sin intermediación alguna, se encarga de prestar los servicios que le fueren asignados. Por tratarse de una entidad pública, entendemos que la locución "directa" que contempla la ley, intenta hacer referencia a que esta forma de prestación se opone a los esquemas "privados", lo cual implica que sean empresas o sociedades de capitales privados que, mediante algún título habilitante, ejecuten el transporte ferroviario de pasajeros. En breve volveremos sobre esta cuestión.

ii) La opción de que la operación la realice por intermedio o asociada a terceros:

En estas variantes, se contempla la posibilidad de que, en la operación de los servicios, tenga participación el sector privado. Conviene recordar que la participación público-privada es uno de los principios de la política ferroviaria (conf. art. 2º, inc. b de la ley 27.132). Asimismo, tampoco corresponde descartar a sujetos públicos (v.gr., provincias o municipios) dentro de dichas modalidades.

Sin embargo, no pareciera quedar del todo clara la distinción entre las dos maneras de prestación que se contemplan en la ley. En primer lugar, es posible advertir una obscuridad terminológica en la utilización de la frase "por intermedio", la cual significaría "por mediación de" **(92)**. En este sentido, si es que existe una diferenciación con la modalidad de "asociación", podría concebirse —sin perjuicio de las críticas que pueden realizarse— que la SOFSE, una vez asignado el servicio, pueda encomendárselo a un tercero. En otras palabras, *mutatis mutandi*, SOFSE podría aparecer como una suerte de sujeto concedente de la relación, y sin perjuicio de su responsabilidad primaria, la organización y prestación del servicio le correspondería exclusivamente al tercero.

Por otra parte, se halla la prestación "asociada" a terceros, la cual podría ser privada o pública, como se señalase anteriormente. Esta modalidad ya ha sido utilizada, con escasos resultados positivos, durante el año 2014, conforme se examinase en el acápite anterior. Teniendo en consideración la única experiencia que se registra, no aparece del todo claro el deslinde de atribuciones entre SOFSE y el potencial asociado. En este sentido, será clave el diseño y confección del instrumento donde se plasme el Acuerdo, en aras de determinar los alcances de los derechos y obligaciones, la retribución del operador asociado, el régimen de penalidades, los controles y auditorías.

Otro aspecto por dilucidar es el modo de selección del tercero, sobre todo, a la luz del principio establecido en el art. 2º, inc. h) de la ley 27.132. Por tal motivo, los mecanismos internos de SOFSE —cuanto menos por regla— deberían establecer procedimientos que aseguren os principios de objetividad, transparencia y no discriminación. También cabría considerar si para realizar la prestación de los servicios, más

(91) Sobre estas cuestiones, ampliar en FLORES, Álvaro B., "Reflexiones en torno a la infraestructura y propiedad ferroviaria", publicado en la Revista "Temas de Derecho Administrativo" de Erreius, septiembre 2020.

(92) https://www.rae.es/drae2001/intermedio (última consulta: marzo 2021).

allá de que el título habilitante propiamente dicho no lo confiera el Ministerio, sería necesario estar inscripto en el Registro de Operadores.

En la actualidad **(93)**, el único caso se prestación indirecta lo constituye la prestación del Servicio internacional Posadas-Encarnación (Paraguay), el cual fuera oportunamente licitado por SOFSE, y adjudicado al contratista Casimiro Zbikoski.

Continuando con la exégesis del art. 8º, se desprende que SOFSE podrá asumir la operación (o título habilitante) de las siguientes maneras:

i) asignación de servicios ya existentes o creado por parte del Estado nacional;

ii) los servicios actualmente concesionados que se reviertan al Estado nacional;

iii) los nuevos servicios a crearse.

Respecto de las dos primeras modalidades, serán abordadas *in extenso* en los próximos acápites.

Con relación a esta última variante, no resultaría correcto interpretar que sea la SOFSE quien asuma la totalidad de los servicios de pasajeros que se creen. Esta posición tiene asidero a partir del principio sentado en la ley 27.132 (la cual no se inclina por establecer una prestación monopólica de los servicios), y en el propio texto de la última parte del art. 8º, inc. a).

De tal modo, si la normativa hubiera adoptado tal posición, sin perjuicio de contrariar los principios de la ley 27.132 (la cual modificó el texto original de la ley 26.352), habría sido lo suficientemente categórica.

Esto es así debido a que, si se interpretara lo contrario, un solo Operador (SOFSE), a partir de la sanción de la normativa citada, absorbería la totalidad de los servicios ferroviarios que se creasen en la Argentina. Acerca de esta cuestión, es menester recordar que el otorgamiento de privilegios (como lo sería un monopolio) tiene una interpretación restrictiva **(94)**. Por ello, si se hubiera querido establecer que los servicios nuevos a crearse quedarían en cabeza de SOFSE, la norma hubiera antepuesto el adjetivo "todo" o el adverbio "cualquier", a los efectos de indicar que los nuevos servicios (en su totalidad) serían asignados a SOFSE.

En suma, si el Estado decidiera crear nuevos servicios, reestablecer servicios que en la actualidad no corren o funcionan, e inclusive, con relación a los que se encuentran actualmente concesionados, estos podrían ser asignados a SOFSE u otros operadores. Sin perjuicio de ello, y sosteniendo la idea de que —cuanto menos legalmente— no es posible hablar de "monopolio", la práctica indica que SOFSE (por la experiencia acuñada en la operación) cuenta con una especie de prioridad —sin que esto surja de la norma— para asumir la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

Por estas razones, se explica la injerencia creciente que ha asumido SOFSE en el segmento de pasajeros. Salvo casos aislados y puntuales (los cuales se verán próximamente), casi la totalidad de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros son operados por la SOFSE. De tal manera, aquí se ve una clara manifestación del aumento de la participación activa del Estado nacional en la política ferroviaria.

Desde otra perspectiva, también cabe preguntarse si las condiciones y el marco regulatorio de la actividad (teñido por obligaciones de servicio público), permitan el interés del sector privado en la operación de los servicios, máxime después de la experiencia fallida de la mayoría de las concesiones. A su vez, el sostenimiento económico del ferrocarril implica un esfuerzo importante —lo cual se ve en el impacto que tie-

(93) El 03/07/2015 se firmó un Acuerdo de Operación entre SOFSE y Ferrovías SAC (concesionario de la línea Belgrano Norte) mediante el cual se le encomendó a esta última la prestación de servicios especiales a cuenta y orden de SOFSE entre las Estaciones Retiro y Panamericana Km. 47. Desde mayo de 2016, que el servicio no se encuentra corriendo.

(94) CS, "Centro Industrial Fueguino SA c. Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo" (C. 370. XLIX. RHE, 2015); 329:3470; 328:2004; 323:337; 321:3547; 321:1784; 316:382; 308:618; 196:8. Asimismo, puede consultarse GORDILLO, Agustín, "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios", en Marchas y Contramarchas del Derecho Administrativo, Fundación Derecho Administrativo, año 2013, ps. 671 y ss.

ne en el gasto público—, y que, a su vez, no se encuentra cuanto menos parcialmente equilibrado con las tarifas, las cuales no responden al verdadero costo de los servicios **(95)**.

Así las cosas, a la fecha SOFSE tiene asignados los siguientes servicios (urbanos, interurbanos y regionales o locales):

- líneas Belgrano Sur, General Roca, General San Martín, y Mitre **(96)**;

- línea Sarmiento **(97)**;

- Maipú-Delta (ex Tren de la Costa) **(98)**;

- Tren Universitario La Plata **(99)**;

- Ciudad Autónoma de Buenos Aires-Córdoba/Ciudad Autónoma de Buenos Aires-Tucumán **(100)**;

- Ciudad Autónoma de Buenos Aires-Lincoln-Realicó **(101)**;

- corredor Estación Once-Bragado-General Pico y Catriló-Santa Rosa (La Pampa) **(102)**;

- Plaza Constitución (CABA)-Mar del Plata **(103)**;

- Retiro (CABA)-Rufino (Santa Fe) **(104)**;

- Plaza Constitución (CABA) - Bahía Blanca **(105)**;

- servicio regional en la provincia de Chaco **(106)**;

- servicio regional en la provincia de Entre Ríos **(107)**;

- servicio regional en la provincia de Salta (Salta-Güemes) **(108)**;

- servicio regional del Tren de las Sierras (ciudad de Córdoba-ciudad de Cruz del Eje) en la provincia de Córdoba **(109)**;

- servicio Neuquén-Cipolletti **(110)**;

- servicios de los Corredores Plaza Constitución-Bahía Blanca; Plaza Constitución-San Carlos de Bariloche (concedido hasta el límite interprovincial con la provincia de Río Negro); Plaza Constitución-Quequén; Plaza Constitución-Bolívar; Olavarría-Bahía Blanca; Once-Toay; Once-General Pico; Once-Lincoln; Lincoln-Villegas; Lincoln-Pasteur; Once-Villegas; Once-Darragueira; Retiro-Alberti; Retiro-Junín; Federico Lacroze-Rojas; y del sector Altamirano-Mar del Plata-Miramar, incluyendo la rehabilitación del sector General Guido-General Madariaga-Vivoratá **(111)**;

(95) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "El régimen económico-financiero del sector ferroviario argentino"., publicado en la Revista "Temas de Derecho Administrativo" Erreius, febrero 2021. Cita digital: IUSDC3288067A.

(96) Cfr. resolución 171/2015 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 02/03/2015).

(97) Cfr. resolución 1244/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 25/10/2013).

(98) Cfr. resolución 477/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 05/06/2013).

(99) Cfr. resolución 101/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 21/03/2014).

(100) Cfr. resolución 1093/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 19/09/2013).

(101) Cfr. resolución 909 de fecha 16 de junio de 2011 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (no se encuentra publicada en el BO).

(102) Cfr. resolución 1161/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 03/08/2014).

(103) Cfr. resolución 1590/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 11/12/2014).

(104) Cfr. resolución 162/2015 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 26/02/2015).

(105) Cfr. disposición 821/2015 de la Subsecretaría de Coordinación del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 09/11/2015).

(106) Cfr. resolución 573 de fecha 10 de mayo de 2010 del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (no se encuentra publicada en el BO).

(107) Cfr. resolución 1126/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 24/09/2013).

(108) Cfr. resolución 777/2018 del Ministerio de Transporte (BO 31/08/2018).

(109) Cfr. resolución 1093/2013 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 19/09/2013).

(110) Cfr. resolución 1281/2015 del ex Ministerio del Interior y Transporte (BO 20/07/2015).

(111) Cfr. resolución 517/2017 del Ministerio de Transporte (BO 24/07/2017).

- estaciones General Madariaga-Divisadero de Pinamar **(112)**;

- servicio internacional Posadas-Encarnación (Paraguay) **(113)**.

Finalmente, no es posible soslayar que la operación de los servicios —este a cargo de SOFSE o de un tercero— deberá ser realizada cumpliendo los parámetros establecidos en la LGF y el RGF (Reglamento General de Ferrocarriles), junto con la normativa emitida por el Ministerio y/o la CNRT.

VI. La situación de las líneas Belgrano Norte y Urquiza

Entre las excepciones a la prestación estatal casi completa, al menos hasta el momento, se encuentra la operación de las líneas Belgrano Norte y Urquiza. Si bien la prestación de los servicios no sufrió los avatares que se registraron en las otras líneas (también explicado en el número de pasajeros transportados y la extensión de la traza, la cual es sensiblemente inferior a las restantes líneas del AMBA), los servicios se vieron impactados por la emergencia económica de 2001/2002.

Luego de la declaración de la emergencia ferroviaria (conf. DNU 2075/2002), se profundizó la dependencia económica estatal —vía subsidio— para la operación de los servicios, alterando el esquema de derechos y obligaciones establecido en el régimen de concesiones. Pese a estar incluidos en el universo de contratos que debían ingresar a la órbita de la UNIREN, a fin de ingresar en el proceso de renegociación, lo cierto es que ambos contratos de concesión nunca fueron renegociados.

Ante tal coyuntura, y debido a que el por ese entonces, Ministerio del Interior y Transporte carecía de la competencia para renegociar los contratos, se ensayaron soluciones para sostener las respectivas concesiones. La res. 1603/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte aprobó la Cuenta de Explotación de los Servicios Ferroviarios de Pasajeros de Superficie para la línea Belgrano Norte **(114)**, hasta la conclusión de los por ese entonces, procedimientos de renegociación (con sustento en la ley 25.561 y el dec. 311/2003). Asimismo, por conducto de la res. 1604/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte estableció la aprobación de la Cuenta de Explotación y del "Plan de Nivelación" para la línea Urquiza.

Con antelación a la aparición de este régimen, marcado *a priori* por su "transitoriedad", mediante la res. 1125/2014 del ex Ministerio del Interior y Transporte se le asignó a la SOFSE la posibilidad de prestar servicios especiales en los ramales concesionados de las líneas Belgrano Norte y Urquiza **(115)**. Esta situación, de alguna manera, marcaba una pretensión de las autoridades nacionales de ingresar paulatinamente en la operación de servicios en las líneas antes mencionadas.

La ley 27.132 puso en cabeza del Poder Ejecutivo nacional la renegociación de los contratos de concesión vigentes (conf. art. 3º), a fin de adaptarlos o adecuarlos a los lineamientos que se establecían en el nuevo marco normativo. Sin embargo, la cuestión no varió demasiado, puesto a que se mantenía la competencia de renegociación en la UNIREN. Posteriormente, por conducto del dec. 367/2016 **(116)**, en lo que aquí interesa, se derogó el procedimiento de renegociación previsto en el dec. 311/2003, el cual implicó que la competencia para renegociar contratos sería asumida por las carteras ministeriales en las cuales se encontraba desarrollándose la concesión respectiva. Por tal motivo, se produjo la creación en la órbita del Ministerio de Transporte de la Comisión Especial de Rene-

(112) Cfr. resolución 38/2021 del Ministerio de Transporte (BO 09/02/2021).

(113) Cfr. resoluciones 1821/2014 (BO 05/01/2015) y 1753/2015 (BO 25/09/2015) del ex Ministerio del Interior y Transporte.

(114) Además del subsidio para la operación, se contemplaba el "Plan de Nivelación" para "Obras y Tareas de Mantenimiento" y "Obras Necesarias de Inversión Catalogadas por el Concesionario", el cual era financiado por el Estado Nacional.

(115) Sobre este punto, Olmos destacó que dicha posibilidad no surgía del texto de la Ley 26.352 (conf. OLMOS, José M., ob. cit., p. 149).

(116) BO 17/02/2016.

gociación de Contratos (CERC), por conducto de la res. 182/2016 **(117)**.

La CERC estimó que no resultaba posible avanzar con la renegociación de los contratos de concesión de transporte ferroviario de pasajeros. Al respecto, se consideró que la prórroga de estos a través de la adecuación del régimen contractual a las necesidades e intereses de la Administración, de manera que se ajuste al plexo normativo vigente, implicaría la introducción de modificaciones tan radicales que pondría en crisis su diseño original, a punto tal de configurarse una contratación distinta a la prevista en el llamado a licitación originario; a lo que cabe añadir que el plazo de concesión estaba próximo a su vencimiento.

En esta inteligencia, mediante la res. 1325-E/2017 **(118)** y la res. 1339-E/2017 del Ministerio de Transporte **(119)**, fueron rechazados los pedidos de prórroga de los contratos de concesión de la línea Urquiza y Belgrano Norte **(120)**, respectivamente.

Las resoluciones mencionadas tienen los siguientes puntos salientes:

a) Se instruyó a la Secretaría de Gestión de Transporte y a la Secretaría de Planificación de Transporte, para que, con la colaboración de SOFS, ADIFSE) y de la CNRT, coordinen el diseño de un nuevo esquema contractual de vinculación entre el Estado nacional y el sector privado para la prestación del Servicio Ferroviario de Pasajeros de las líneas Belgrano Norte y Urquiza, que garantice una prestación eficiente del servicio, con incentivos claros y mecanismos de control preestablecidos, que considere los lineamientos que surgen de las leyes 26.352 y 27.132 y del proyecto (RER) Red de Expresos Regionales.

b) Las bases y condiciones del llamado a licitación y el proceso de contratación y de adjudicación de los Servicios Ferroviarios, debían estar adjudicados dentro de un plazo máximo de dieciocho [18] meses contados a partir del dictado de los actos administrativos citados.

c) Una vez que opere la finalización del plazo del punto anterior, los servicios se asignarán automáticamente a la SOFSE.

d) Durante el plazo indicado en el punto b), los concesionarios —Ferrovías y Metrovías— continuarán con la explotación de los servicios, en los términos estipulados en cada Contrato de Concesión.

e) Se instruye a la ADIF SE para que instrumentar, *ad referendum* del Poder Ejecutivo nacional, los actos administrativos necesarios y

(117) La norma no se encuentra publicada en el BO. Sin perjuicio de ello, las resoluciones y las minutas de la CERC se encuentran disponibles en https://servicios.transporte.gob.ar/cerc.

(118) BO 20/12/2017.

(119) BO 06/02/2018.

(120) Posteriormente la Procuración del Tesoro de la Nación, al analizar las negativas de las prórrogas, señaló lo siguiente: "Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Transporte que dispusieron rechazar los pedidos de prórroga contractual realizados por Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y Metrovías Sociedad Anónima poseen un adecuado sustento en los hechos y en el derecho que le sirven de causa, lo que hace además que estén debidamente motivados, en tanto en sendos Considerandos de las medidas se indicó que los fondos que destina el Estado Nacional en compensación de los Costos de Explotación, representan el 94% (noventa y cuatro por ciento) de la Cuenta de Explotación de las empresas Ferrovías y Metrovías. El objeto de los actos es cierto, y física y jurídicamente posible ya que, para garantizar una transición ordenada, resolvió, además de lo ya señalado precedentemente, que los actuales concesionarios continuasen con la prestación del servicio por un plazo máximo de dieciocho meses, de conformidad con lo establecido en los arts. 19 de los respectivos Contratos de Concesión. Vencido ese plazo sin que se hubiese adjudicado, se deberá asignar automáticamente a la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, la operación del servicio... No están dadas las condiciones exigidas por los contratos de concesión para conceder las prórrogas contractuales realizadas por Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y Metrovías Sociedad Anónima, en función de un análisis integrador donde se consideró la evolución histórica de la ejecución del Contrato de Concesión, el desempeño operativo del Concesionario, el impacto de la emergencia económica, las políticas públicas que en materia ferroviaria se proyecta instrumentar, la normativa vigente y todas aquellas cuestiones vinculadas a la explotación de los Servicios Ferroviarios; entendiendo de esta manera, que el contrato, entonces, licitado, incluso con las modificaciones parciales introducidas, no garantizan la prestación eficiente del Servicio Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros y, por tanto, no responde en rigor a las necesidades del Estado Concedente..." (Dictámenes 305:566).

conducentes para la reasunción paulatina de la infraestructura ferroviaria **(121)**.

f) Se pone en cabeza de la Secretaría de Gestión de Transporte llevar adelante la rendición final de cuentas de los contratos de concesión.

Más allá de haberse rechazado la prórroga, técnicamente, los términos del contrato se encuentran plenamente vigentes. Ello es así, atento a que, la extensión temporal del contrato se apontoca expresamente en cláusulas del contrato de concesión **(122)**. En este sentido, la extinción del contrato operará cuando el servicio revierta al Estado nacional (el cual sería operado por la SOFSE) o cuando le sea asignado a un tercero mediante título habilitante, en aras de garantizar una transición ordenada, conforme se desprende de los considerandos de las normas antes citadas.

En virtud del dec. 423/2019 **(123)**, se llamó a Licitación Pública Nacional e Internacional para otorgar la concesión para la construcción, mantenimiento y operación de las líneas Urquiza y Belgrano Norte, delegando en el Ministerio de Transporte la aprobación el Pliego de Bases y Condiciones Generales, el Pliego de Condiciones Particulares, el Pliego de Especificaciones Técnicas, el Reglamento y el cronograma de obras a ejecutar, quedando en cabeza del Poder Ejecutivo la eventual adjudicación. Asimismo, se autorizó al Ministerio a extender el plazo originario de 18 meses por el cual los concesionarios continuaban con la prestación de los servicios, hasta el momento en el cual los nuevos adjudicatarios asuman la operación.

A partir de la citada autorización, se emitieron las res. 359/2019 (línea Belgrano Norte) **(124)** y 360/2019 (línea Urquiza) **(125)** del Ministerio de Transporte, las cuales establecieron la extensión del plazo indicado en las anteriores resoluciones hasta el 31 de marzo de 2020 o hasta tanto tome posesión el nuevo operador al que haya sido adjudicado el servicio ferroviario, lo que ocurra primero.

Al no haberse aprobado el plexo normativo que rija el llamado de la Licitación **(126)**, y en virtud de la proximidad del vencimiento del plazo, a través de las resoluciones 76/2020 (línea Urquiza) **(127)** y 77/2020 (línea Belgrano Norte) **(128)** del Ministerio de Transporte, previeron que el plazo de las Resoluciones del punto anterior, se extendía por 18 meses más, previendo —a su vez— las prórrogas automáticas del plazo por el mismo período (es decir, 18 meses), si no se realizan la adjudicación de las Licitaciones correspondientes. Por último, por conducto de la res. 228/2020 del Ministerio de Transporte **(129)** se instruyó a la Secretaría de Gestión de Transporte del Ministerio de Transporte para que, una vez concluida la revisión integral de la documentación licitatoria por parte de SOFSE, ADIF SE y la CNRT, se proceda a elaborar o readecuar la documentación licitatoria que corresponda como consecuencia de tal proceso, y convoque a formular observaciones y/o sugerencias sobre el proyecto de Pliegos de Bases y Condiciones Particulares para la Licitación Pública Nacional e Internacional de la Concesión del Servicio de Transporte Ferroviario Metropolitano de pasajeros de la líneas Belgrano Norte y Urquiza.

(121) Ampliar en FLORES, Álvaro B., "Reflexiones en torno a la infraestructura y propiedad ferroviaria", publicado en la Revista "Temas de Derecho Administrativo" de Erreius, septiembre 2020.

(122) Con referencia a esta temática, ampliar en FLORES, Álvaro B., "La ultraactividad de la prestación del servicio público", a publicarse en la Revista "Temas de Derecho Administrativo" de Erreius, junio 2020, ps. 485 y ss. (cita online IUSDC3287481A).

(123) BO 19/06/2019.

(124) BO 24/06/2019.

(125) BO 24/06/2019.

(126) Conviene señalar que en las resoluciones 359/2019 (modificada parcialmente por la resolución 445/2019, BO 23/07/2019) 360/2019 (modificada parcialmente por la resolución 444/2019, BO 23/07/2019) se había convocado a formular observaciones y/o sugerencias sobre el Proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares para Licitación Pública Nacional e Internacional de la Concesión del Servicio Ferroviario Metropolitano de Transporte de las líneas Belgrano Norte y Urquiza, respectivamente.

(127) BO 27/03/2020.

(128) BO 27/03/2020.

(129) BO 21/10/2020-

Desde nuestra óptica, persisten muchos interrogantes con relación al futuro de las líneas aquí examinadas. Cabría reflexionar si la figura de la concesión es realmente la adecuada para conferir los títulos habilitantes que permitan prestar los servicios. Expresamente, los considerandos de las resoluciones 1325/2017 y 1339/2017 afirman que "...esquema de concesión integral no se compatibiliza con la normativa vigente, atendiendo al reordenamiento de la actividad ferroviaria iniciada por ley 26.352, que introduce el concepto de separación horizontal (sic) **(130)** del sistema ferroviario, diferenciando la gestión de la infraestructura ferroviaria de la operación de los servicios ferroviarios de pasajeros". Sin embargo, el dec. 423/2019 alude a una concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las líneas, lo cual implicaría en cierta forma —más allá de que al día de la fecha no existir pliegos aprobados— el otorgamiento de un derecho de exclusividad. Claramente, esta posibilidad contraviene con los lineamientos del marco normativo ferroviario, lo cual implica que, a todo evento, solamente pueda preverse una suerte de prioridad del eventual concesionario. Todo ello —claro está— sin perjuicio del carácter de servicio público que posee la operación, la cual tendrá incidencia en el diseño de la documentación contractual.

En síntesis, al haber SOFSE desistido de la operación directa de los servicios (lo cual habría implicado la asunción de la totalidad de los servicios urbanos), se ha producido una extensión o ultraactividad de los contratos de concesión, lo cual implica que los concesionarios de las líneas Belgrano Norte y Urquiza continúen operando los servicios en los mismos términos y condiciones previstas en ordenamiento concesional.

VII. Los servicios provinciales e interurbanos

Anteriormente indicamos que a través del dec. 532/1992 se convocó a los Gobiernos provinciales en cuyo territorio se asienten los ramales ferroviarios, en actividad o clausurados a los efectos que exhiban su interés en que les sea transferida, en concesión, la explotación integral de estos. Asimismo, se preveía que la operatoria del servicio podría realizarse en forma directa por las provincias o a través de acuerdos con privados **(131)**.

La tesitura planteada en el dec. 532/1992 implicaba descentralizar la prestación de servicios ferroviarios de pasajeros (la cual desde la nacionalización había estado en cabeza del Estado nacional), lo cual estaba permitido, siguiendo los lineamientos establecidos en la LGF (conf. art. 4º) **(132)**.

En este entendimiento, se fueron suscribiendo diversos Convenios a partir de los cuales, el Estado nacional oficiaba como concedente, y otorgaba el título habilitante para la operación integral (de conformidad con el dec. 666/1989) los servicios respectivos. A su vez, las provincias o los entes interprovinciales, podían subcontratar los servicios a terceros.

Asimismo, el dec. 1168/1992 suprimió los servicios de pasajeros interurbanos, prestados por la empresa Ferrocarriles Argentinos a partir del 31/07/1992, con exclusión del corredor Plaza Constitución-Mar del Plata-Miramar. No obstante, dispuso que, en caso de plantearse interés provincial en el sostenimiento, total o parcial, de dichos servicios, el Estado nacional participaría en la cobertura del déficit económico que

(130) Desde ya —conforme fuera explicado en su oportunidad— en rigor de verdad, estamos en presencia de un sistema de separación vertical.

(131) Debe recordarse que se establecía que "la transferencia de explotación integral a las Provincias interesadas no implicará ningún tipo de aporte financiero por parte del Estado Nacional, ni les otorgará derecho a subsidios" (art. 6º).

(132) Cabe traer a colación que la CS entendió que "Las provincias pueden autorizar la construcción de líneas férreas, siempre que no salgan de sus propios límites; y no tiene importancia el punto de saber si ellas empalman o no en un ferrocarril nacional, a fin de resolver a quién corresponda concederlas, una vez que esas concesiones no son más que el uso de la facultad que reconoce a las provincias el art. 4º de la ley 2873 y que es concurrente con la que tiene el Gobierno Nacional para la construcción de sus propias líneas. El uso de aquella facultad por las provincias en nada obstaculiza el derecho de jurisdicción que corresponde a la Nación en los ferrocarriles nacionales, si la línea de cuya concesión se trata, tuviera ese carácter" (Fallos 105:80).

produzca su explotación **(133)** hasta el 31 de diciembre de 1992, plazo que posteriormente se extendió hasta el 10 de marzo de 1993 [conf. dec. 2388/1992 **(134)**].

El anexo I del decreto preveía que en los casos de explotación de servicios interurbanos que comuniquen dos o más provincias, o comuniquen a la Capital Federal con otra provincia, los Estados provinciales que desearan prestar el servicio debían constituir un ente interprovincial, el cual se debía erigir como concesionario del servicio respectivo. La jurisdicción aplicable sería la federal, manteniendo el Estado nacional su carácter de "concedente". Para los casos en los que los ramales comuniquen localidades de la misma provincia, se vinculen o no con los empalmes de la red nacional, se debía erigir un ente provincial. Al igual que en el anterior supuesto, la jurisdicción es de carácter federal.

Por su parte, en los acuerdos a celebrarse se indicaba que estos deberían ser aprobados por decretos del Poder Ejecutivo nacional y del Poder Ejecutivo provincial, respectivamente, para entrar en vigencia **(135)**. Como se verá enseguida, este proceso no fue seguido en todos los casos, lo cual demuestra —una vez más— lo graves problemas de seguridad jurídica En este contexto, y lamentablemente con escaso suceso (atento a que en su gran mayoría no se encuentran operativos), se fueron ensayando diversos intentos para la explotación de servicios regionales o interurbanos.

A continuación, repasaremos los convenios celebrados entre el Estado nacional y las provincias:

a) Ramales en la provincia de Salta:

Por conducto del dec. prov. 917/1996 (ratificado por la ley 6889) y el dec. nac. 5/1998 **(136)**, entró en vigencia Convenio de Concesión fecha 25 de marzo de 1996, celebrado entre el Estado nacional, la empresa Ferrocarril General Belgrano Sociedad Anónima, y la provincia de Salta, para la explotación de los Servicios Interurbanos de Pasajeros Ferroviario que une las ciudades de Salta y Socompa - Ramal "C. 14" de la exlínea General Belgrano. Dicho Convenio, tiene una duración de treinta años a partir de su entrada en vigencia, y la tipología de la concesión es gratuita.

Este ramal es el famoso e icónico "Tren de las Nubes", el cual ha sido definido como un "servicio turístico", sin perjuicio de que en los términos de la concesión (tanto la del Convenio como la lanzada por la provincia de Salta) se haga alusión expresa a la condición de servicio público que revisten los servicios.

Originariamente, la provincia de Salta había optado por conferir la prestación de los servicios a terceros, atento a la posibilidad de subcontratar que se prevé en los términos del convenio. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que mediante el dec. prov. 3714/2014, se determinó la rescisión con culpa del contrato a Ecotren, revirtiendo la prestación de los servicios a la provincia de Salta. A tales efectos, fue creada la sociedad "Servicio Ferroviario Turístico 'Tren a las Nubes' Sociedad del Estado" **(137)**, bajo el régimen de la ley nacional 20.705, por conducto del dec. prov. 3889/2014, de con-

(133) El Estado Nacional se comprometió a participar en el déficit económico de la explotación hasta un cincuenta por ciento hasta la finalización del año 1992; concluido aquel período, las provincias que hubieran realizado la opción, deberían asumir la totalidad del déficit económico.

(134) BO 22/12/1992.

(135) Esta cuestión fue examinada por la CS en Fallos 335:770, "Ferrocarriles Argentinos (EL) c. Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria" (2012). En este sentido, al examinar la plataforma fáctica del pleito, señaló que "... si bien, de lo antedicho resulta que el Estado provincial cumplió con lo pactado por-su parte y aprobó los convenios por las leyes locales 2606 y 2777; el Poder Ejecutivo Nacional omitió dictar los decretos aprobatorios respectivos, por lo que resulta claro que al no examinarlos y expresar su conformidad, los referidos acuerdos no entraron en vigencia y, por ende, carecen de eficacia jurídica y de fuerza ejecutoria".

(136) BO 08/01/1998.

(137) La Sociedad mencionada tiene por objeto la explotación turística-comercial del Servicio Interurbano de Pasajeros llamado "Tren a las Nubes", en el sector correspondiente al tramo Salta-Viaducto de la Polvorilla del Ramal C-14, Corredor Salta-Socompa, incluyendo todas las demás actividades turísticas-comerciales complementarias y subsidiarias ligadas al servicio turístico antes mencionado. Es importante destacar que aquí no se realiza alusión alguna al "servicio público", como si se realizó en los documentos contractuales anteriores.

formidad con la autorización conferida por la ley prov. 6261 **(138)**.

Asimismo, vale mencionar que, en su oportunidad, a través del dec. prov. 1834/1994 y dec. nac. 401/1995 se había aprobado el Convenio de Concesión de un tramo del ramal ferroviario individualizado como C.13 de la exlínea General Belgrano que se extiende desde el empalme con el ramal C.14 —estación Los Cerrillos— hasta la estación Alemania, incluyendo un derecho de paso sobre el mismo ramal C.13 desde estación Los Cerrillos hasta la ciudad de Salta. Este en la actualidad no se encuentra en funcionamiento, y como se citara anteriormente, en la actualidad, SOFSE se encuentra operando los servicios regionales en la provincia.

b) Los servicios en la provincia de Río Negro:

Por conducto del Convenio celebrado con el Estado nacional el 22/07/1993, se le confirió a la provincia de Río Negro la concesión integral de los servicios de pasajeros desde el límite interprovincial entre la provincia de Río Negro y la provincia de Buenos Aires hasta punta de rieles de la estación San Carlos de Bariloche y desde la estación Ingeniero Jacobacci del referido ramal hasta el límite interprovincial con la provincia de Chubut. Este último servicio, el cual tiene una trocha de 0,75 metros, es conocido como "La Trochita" **(139)** o "Viejo Expreso Patagónico". En este sentido, el Convenio en cuestión y el "Convenio de implementación", fueron ratificados por las leyes provinciales 2777 y 2606, respectivamente.

El convenio que la duración de la concesión —la cual es gratuita— será de treinta años desde la toma de posesión, y a su vez, se autorizaba expresamente la posibilidad de subcontratar. A diferencia de lo acontecido con los servicios en Salta (en especial el del "Tren de las Nubes"), la operación de los servicios siempre estuvo a cargo de la Administración provincial. Así las cosas, mediante el dec. prov. 178/1993 fue creada SEFEPA (Servicios Ferroviarios Patagónicos) **(140)**, ratificada por la ley provincial 2781. Actualmente, la razón social pasó a llamarse "Tren Patagónico SA", y presta los servicios entre las cabeceras Viedma y Bariloche —y las diversas paradas intermedias—, como así también en el tramo de "La Trochita" de la provincia de Río Negro (Ing. Jacobacci a Ojos de Agua).

La prestación de los servicios en la provincia está signada por una situación muy particular, atento a que, no obstante, la operatividad de los servicios (tal como se explicara ut supra), se verifica una cuestión sumamente peculiar. Como lo destacase la CS en la causa "Ferrocarriles Argentinos (EL) c. Río Negro, Provincia de s/ demanda ordinaria" de 2012, el Convenio firmado nunca fue ratificado por decreto del Poder Ejecutivo nacional, lo cual genera que, al no hallarse aprobado, carezca de eficacia jurídica **(141)**. Esta situación, además, de reflejar un paupérrimo nivel en materia de seguridad jurídica, permite avizorar problemas concretos. A guisa de ejemplo, al no contar con eficacia el convenio, el plazo de concesión jamás habría tenido principio de ejecución, y como contrapartida, en cualquier momento el Estado nacional podría reclamar la reversión de la infraestructura. Sin perjuicio de esta paradojal coyuntura, el Estado nacional ha consentido los servicios prestados por Tren Patagónico SA.

Finalmente, mediante la ley provincial 4533 se declaró de interés prioritario para el desarrollo económico, social y turístico de la región sur de la provincia, la reparación y reequipamiento del material rodante, tractivo y de infraestructura y la reconversión operativa del servicio ferroviario que presta la empresa Tren Patagónico SA, con el fin de fortalecer y asegurar la integración espacial de la costa atlántica con la cordillera y los parajes de la línea Sur, a través de esta histórica vía de comunicación, como así también

(138) http://boletinoficialsalta.gob.ar/NewDetalleLeyes.php?nro_ley=6261.

(139) Vale destacar que el ferrocarril denominado La Trochita, que corre entre la Provincia de Río Negro y la Provincia de Chubut, entre las estaciones Ingeniero Jacobacci y Esquel fue declarado como monumento histórico nacional en virtud del dec. 349/1999 (BO 20/04/1999).

(140) La participación en el capital social estará representada por la Provincia de Río Negro, en un noventa y nueve por ciento (99%) y por el Instituto Autárquico Provincial del Seguro (IAPS), en un uno por ciento (1%).

(141) En el caso mencionado, la CS no hizo lugar a la pretensión de la extinta Ferrocarriles Argentinos por el financiamiento otorgado a la Provincia para la implementación de los servicios.

de restablecer el servicio de "La Trochita" entre Ingeniero Jacobacci (provincia de Río Negro) y El Maitén (provincia de Chubut).

Con relación a este último servicio —el cual no se encuentra operativo— tuvo sanción la ley provincial 2499 **(142)** por la cual se ratificó el Convenio celebrado con la provincia de Chubut para llevar adelante la transferencia al sector privado de la explotación de los servicios del ramal ferroviario de la línea Roca que une las localidades de Ingeniero Jacobacci (Río Negro) y Esquel (Chubut) **(143)**. Sin perjuicio de no encontrarse vigente, este había sido anterior al régimen previsto por los decs. nacs. 532/1992 y 1168/1992, lo cual habría exigido una ulterior adecuación de este.

c) Los servicios en la provincia de Chubut:

El dec. prov. 113/1994 ratificó el Convenio celebrado con el Estado nacional para la operación del servicio que comunica al límite con la provincia de Río Negro y la ciudad de Esquel, el cual técnicamente corresponde al ramal conocido como "La Trochita". Además, de carecer de ratificación por el Poder Ejecutivo nacional, en la actualidad no se encuentran operando los servicios del trayecto citado.

d) Los servicios en la provincia de Mendoza:

Sin aludir expresamente a los decretos nacionales de "provincialización de servicios", debido a que se sustentaba en el marco del dec. 1650/2002 por el cual se declaró de Interés Público la reconstrucción, refuncionalización y puesta en servicio del Ferrocarril Trasandino Central, ramal ferroviario a correr entre las ciudades de Mendoza (República Argentina) y Los Andes (República de Chile) **(144)**, por conducto del dec. 176/2005 **(145)** se declaró de interés Público la iniciativa privada **(146)** presentada por la empresa Tecnicagua Sociedad Anónima Industrial Comercial y Agrícola para la construcción, operación y mantenimiento de un servicio internacional de transporte ferroviario de cargas y pasajeros que vincule las ciudades de Guaymallén - Las Cuevas (provincia de Mendoza) - Frontera Internacional con la República de Chile **(147)**. Los servicios anteriormente mencionados no se encuentran operativos.

Por su parte, vale mencionar que mediante el dec. 508/1996 **(148)**, se aprobó el Convenio entre la provincia de Mendoza, Ferrocarriles Argentinos (actualmente en liquidación), la municipalidad de la ciudad de Mendoza, la municipalidad de General San Martín de dicha provincia y la empresa Buenos Aires al Pacífico - San Martín Sociedad Anónima, tendiente a posibilitar la ejecución del Proyecto Ferrourbanístico a realizarse en la ciudad Capital de Mendoza y en el distrito Palmira de la municipalidad de General San Martín, provincia de Mendoza.

e) Los servicios en la provincia de Jujuy:

En virtud de la ley provincial 5144 **(149)**, se ratificó el Convenio celebrado con el Estado nacional en fecha 23 de mayo de 1995, en la cual se otorgó a la provincia de Jujuy la concesión **(150)** para la explotación integral el sector de la red ferroviaria nacional, entre La Quiaca y Jujuy Ramal "C". Al igual que lo acontecido en los casos de Río Negro y Chubut, el Convenio referido no ha sido ratificado por el Poder Ejecutivo nacio-

(142) Cabe mencionar que en virtud de la ley provincial 4270 (Digesto Jurídico de la Provincia de Río Negro) la norma en cuestión se encuentra derogada.

(143) No hemos localizado la existencia del decreto Nacional que haya ratificado tal Convenio.

(144) BO 05/09/2002.

(145) BO 07/03/2005.

(146) De conformidad con las previsiones del inc. c) del art. 4º de la Ley 17.520, modificada por Ley 23.696, y en el inc. j) del art. 58 del dec. 1105/1989. Asimismo, el proyecto había sido oportunamente incluido en el régimen en virtud del dec. 678/2003 (BO 29/08/2003).

(147) Cabe añadir que la iniciativa privada tenía correlación con la similar iniciativa presentada ante el Ministerio de Obras Públicas de la República de Chile para cubrir el tramo Frontera Internacional-Caracoles-Los Andes (República de Chile).

(148) BO 17/05/1996.

(149) La norma puede consultarse en http://boletinoficial.jujuy.gob.ar/?p=54024.

(150) Siguiendo la tónica de las otras concesiones, el plazo del contrato se estableció por el período de 30 años, y la misma es de carácter gratuita.

nal, con lo cual, su eficacia jurídica se encontraría comprometida.

Sin perjuicio de lo señalado, mediante el dec. prov. 1759/2016 se declaró de interés provincial "[e]l Proyecto Eje de Movilidad Tren Jujuy La Quiaca para Integración", creándose a dichos efectos la Unidad Ejecutora provincial Tren Jujuy La Quiaca, para la activación del ramal, que actualmente, no se encuentra prestando servicios.

f) Los servicios en la provincia de Santa Cruz **(151)**:

A través del dec. nac. 693/2003 **(152)** y la ley provincial 2515, se ratificó el Convenio celebrado entre el Estado nacional y la provincia de Santa Cruz en fecha 11 de noviembre de 1999, por el cual se otorgó a la mencionada provincia la concesión para la explotación integral del Sector de la Red Ferroviaria Nacional entre las Estaciones Puerto Deseado y Colonia Las Heras perteneciente a la exlínea General Roca. A la fecha, los servicios no han sido prestados.

g) Ramal Buenos Aires - Posadas:

El Convenio celebrado entre la provincia de Corrientes y el Estado nacional de fecha 29 de marzo de 1995, ratificado oportunamente por la ley provincial 4963 y por el dec. 194/2003 **(153)**, otorgó a dicha provincia la concesión de la explotación de los Servicios Interurbanos de Transporte Ferroviario de Pasajeros dentro de su territorio.

En el marco de la concesión conferida, mediante la res. 367/2003 de la Secretaría de Transporte **(154)** se autorizó a la provincia de Corrientes para que a través de su subconcesionario Trenes Especiales Argentinos Sociedad Anónima realice el Servicio Ferroviario Interurbano de Pasajeros en el corredor Federico Lacroze (provincia de Buenos Aires) - Posadas (provincia de Misiones). Años más tarde, a través del dec. prov. 3010/2011 la provincia de Corrientes dispuso la rescisión del contrato con la empresa antes mencionada, lo cual condujo a que, al poco tiempo, los servicios dejaran de prestarse.

h) Provincia de Buenos Aires:

El dec. nac. 770/1993 **(155)** le otorgó al Gobierno nacional de la provincia de Buenos Aires, la explotación integral del servicio público de transporte ferroviario Interjurisdiccional de pasajeros del Sector de la Red Ferroviaria Nacional Altamirano-Mar del Plata-Miramar. Asimismo, con fecha 26 de agosto de 1993, se suscribieron dos Convenios en función de lo dispuesto por el mencionado Decreto, por el primero de ellos Estado nacional le otorgó a la provincia de Buenos Aires la concesión de la explotación del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros de los Corredores Plaza Constitución-Bahía Blanca; Plaza Constitución-San Carlos de Bariloche (concedido hasta el límite interprovincial con la provincia de Río Negro); Plaza Constitución-Quequén; Plaza Constitución-Bolívar; Olavarría-Bahía Blanca; Once-Toay; Once-General Pico; Once-Lincoln; Lincoln-Villegas; Lincoln-Pasteur; Once-Villegas; Once-Darragueira; Retiro-Alberdi; Retiro-Junín; Federico Lacroze-Rojas.

Conforme veremos en seguida, los servicios otrora prestados por la provincia de Buenos Aires (a través de la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario provincial), fueron transferidos a la órbita nacional.

La experiencia de la operación provincial ya sea en ramales regionales o interurbanos, adoleció de severos problemas que impidieron prestar los servicios de manera eficiente y segura. El mal estado del material rodante, la escasez de frecuencias y la holgada duración de los recorridos. Asimismo, se ensayaron proyectos interesantes que si bien contaron con aval le-

(151) Es importante destacar que por la Ley 24.408 se dispuso la transferencia a favor de la Provincia de Santa Cruz de todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad de Ferrocarriles Argentinos, infraestructura de vía, señalización, obras de arte, material tractivo que componen el ramal ferroviario que vincula la localidad de Puerto Deseado con la de Colonia Las Heras, bajo la figura de concesión integral y en los términos de la Ley 23.696.

(152) BO 08/09/2003.

(153) BO 06/02/2003.

(154) BO 25/11/2003.

(155) BO 22/04/1993.

gislativo [conf. Tren Transpatagónico **(156)**], no pudieron concretarse.

En el contexto antedicho, donde ya se había registrado la primera rescisión de contratos de concesión de transporte ferroviario de pasajeros (ref. línea San Martín), se configura un cambio de rumbo a la política que se venía ejerciendo, puesto a que, el Estado nacional recobraría su injerencia en la prestación de los servicios regionales e interurbanos. En este sentido, el dec. 1261/2004 **(157)** derogó el dec. 1168/1992, y consecuencia, estableció la reasunción por parte del Estado nacional la prestación de los Servicios Interurbanos de Transporte Ferroviario de Pasajeros de largo recorrido, cuyo trazado sea de carácter interjurisdiccional. Con relación a ello, n los considerandos del decreto, se indicó expresamente que "... existen territorios provinciales que no cuentan con los servicios aludidos por no haber efectuado la opción prevista en el marco normativo antes señalado, por lo que el levantamiento de los servicios interurbanos de pasajeros dejó sin transporte a gran parte del territorio nacional y se privó de servicios ferroviarios a importantes ciudades del país, situación que debe ser revertida, por ser responsabilidad del Estado nacional integrar el territorio, uniendo las provincias y ciudades que lo componen".

Asimismo, el decreto en cuestión (cfr. art. 2º) determinó que los Servicios Ferroviarios de Pasajeros de carácter local, a desarrollar en el interior de las provincias, podrán ser prestados por los Gobiernos provinciales en cuyos territorios se asienten los ramales ferroviarios, tanto en los casos que se encuentran en actividad como aquellos que en el futuro se presenten para su habilitación ante la Autoridad de Aplicación.

En resumen, replicando en cierta forma los lineamientos que se prevén en la LGF, el carácter interjurisdiccional **(158)** de los servicios hará que la explotación y organización de los servicios de pasajeros quede en cabeza del Estado nacional, el cual habrá de ser prestado bajo las prescripciones de la normativa aplicable (LGF, RGF, ley 26.352, ley 27.132, y la normativa complementaria). Por añadidura, será el Ministerio de Transporte **(159)** quien asigne el servicio

(156) La Ley 24.364 (BO 30/09/1994) le encomendó al Estado Nacional un estudio de prefactibilidad para la construcción y funcionamiento bajo el régimen de concesión, de una línea férrea en la región patagónica, que se interconectase con la red ferroviaria existente, atravesando las provincias Río Negro, Chubut, y que desde Santa Cruz llegue a Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, concretando así la vinculación física con el continente, a través del Estrecho de Magallanes, de conformidad con lo establecido por la ley 23.212 (BO 26/08/1985), la cual había declarado de Interés Público Nacional la ejecución de obras para la vinculación física del territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur con la provincia de Santa Cruz. En el marco de la ley 24.364, facultó al Estado Nacional a constituir una Comisión Nacional Pro Ferrocarril Transpatagónico ad hoc, con la finalidad de elaborar un plan de acción para promover los objetivos de esa legislación, la cual fuera posteriormente instrumentada mediante el dec. 334/1995 (BO 22/08/1995). En el año 1998 se suscribió entre el Estado Nacional y las provincias de Chubut, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra Del Fuego, el "Tratado para el Desarrollo Portuario y Ferroportuario de las Provincias Patagónicas", con el propósito de impulsar el desarrollo de las infraestructuras del transporte ferroviario. De acuerdo con ello, el dec. 309/1998 (BO 25/03/1998) declaró incluida en el régimen del dec. 1185/1989 a la iniciativa privada presentada por la empresa Canarail Consultants Inc., relativa a la factibilidad del Ferrocarril Transpatagónico y a la vinculación dinámica mediante el sistema roll on / roll off entre puertos argentinos del continente y de la Isla Grande de Tierra del Fuego. Luego, mediante el dec. 345/1999 (BO 19/04/1999) se dispuso declarar de Interés Público la Iniciativa Privada de la empresa canadiense Canarail Consultants Inc., autorizando a realizar una convocatoria destinada para la precalificación de postulantes interesados en participar para la Licitación Pública del proyecto de vinculación antes descripto. A fin de dar cumplimiento, mediante resolución 259/1999 (BO 03/08/1999) de la Secretaría de Transporte de la Nación, se convocó para dicha precalificación a los postulantes interesados. Como consecuencia de dicha convocatoria, la resolución 362/1999 de la Secretaría de Transporte de la Nación, declaró como precalificado para el proceso licitatorio, a la única presentación recibida correspondiente a un Consorcio de empresas integrado por la citada empresa canadiense.

(157) BO 28/09/2004.

(158) Cabe recordar que el art. 3º de la LGF, establece que se consideran "nacionales" los ferrocarriles de propiedad de la Nación; los que fueren garantizados, subvencionados o autorizados por ella; y los que liguen la capital o un territorio federal con una o más provincias o territorios; y los que comuniquen una provincia con otra o un punto cualquiera del territorio de la Nación con un Estado extranjero.

(159) El Ministerio de Transporte es quien asume las competencias que otrora se le conferían al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

(sea a SOFSE u a otro operador), y en su caso, quien lo habilite o rehabilite. A partir de la irrupción de esta norma, progresivamente se fueron asignando servicios interjurisdiccionales a SOFSE —conforme se detallara en el acáp. IV— aunque la práctica indica que aquellos distan de ser prestados en condiciones de eficiencia (escasas frecuencias, duración excesiva de los trayectos, etc.).

Con respecto a los servicios regionales, es menester realizar algunas apreciaciones. La prestación de servicios públicos (como lo es el servicio de transporte ferroviario de pasajeros) representan una cuestión estrictamente local, en virtud de lo previsto en el art. 121 de la CN. Por tal circunstancia, la organización, operación y prestación de los servicios podrá ser desarrollada por una provincia. Refuerza este temperamento lo estipulado en la LGF, ley 2873 la cual prevé en sus arts. 2º y 4º que podrán existir ferrocarriles provinciales **(160)**. Sin embargo, conforme se explicara anteriormente, el fenómeno de la nacionalización de los servicios determinó en los hechos que, no obstante estar permitida su prestación local (provincial), era el Estado nacional quien monopolizaba la operación.

En este sentido, se corrobora una situación particular, que es la que justifica o permite explicar la injerencia insoslayable de las autoridades nacionales en la prestación de los servicios regionales, cuando estos sean operados directa o indirectamente por las provincias. Teniendo en consideración la naturaleza de la infraestructura ferroviaria, la cual —en la gran mayoría de los casos —por su interrelación y vinculación conforman un espacio único (que se traduce en la Red Ferroviaria Nacional), y la nacionalización de la propiedad ferroviaria (cfr. ley 13.940), el examen acerca de su operabilidad y seguridad —p. ej.: vías— estará a cargo de las autoridades nacionales.

En este entendimiento, no es posible confundir el término "habilitar" (utilizado en el dec. 1261/2004) con el vocablo "autorizar", al que menciona la ley 2873 para darle el cauce de "nacional" a un ferrocarril. La habilitación le corresponde al Estado nacional —Ministerio de Transporte— por el hecho de ser el titular de la infraestructura, la cual fuera incorporada a la Nación desde el año 1948, y que, en la actualidad, dicha premisa se establece en la ley 27.132 (art. 2º, inc. a) **(161)**. Al evaluar la habilitación o rehabilitación se determinará el estado de las vías, a fin de establecer si los servicios pueden prestarse en condiciones de eficiencia y seguridad.

Por lo tanto, la prestación de los servicios regionales (los cuales se prestan dentro del territorio de una misma provincia) está supeditada a que se produzca la habilitación o rehabilitación del servicio por parte del Ministerio de Transporte. Una vez que esto ocurra, será la provincia respectiva la que organice y opere el servicio (adquisición del material rodante, pago a los empleados, establecimiento del régimen tarifario, entre otros). No obstante, lo expuesto, vale decir que las reflexiones realizadas deberán ser compatibilizadas con las premisas del acceso abierto, lo cual indicaría que la operación provincial no podrá ser monopólica, y que, a su vez, quienes oficien como prestadores deberán hallarse inscripto en el Registro de Operadores creado por el dec. 1924/2015.

Más allá de las variantes que ofrece el régimen del dec. 1261/2004 —armonizado con las previsiones de la normativa ferroviaria aparecida a partir de 2008— la experiencia indica que los servicios regionales también han sido asumidos por el Estado nacional, a través de SOFSE. Esto puede explicarse en virtud de labor acuñada por el operador estatal, que como ya se explicase, ha venido absorbiendo la mayoría de los servicios de pasajeros. Ante esta circunstancia, y teniendo en consideración la complejidad de operar y organizar cualquier servicio, las provincias de-

Sobre este tema, ampliar en FLORES, Álvaro B., "Lineamientos en torno a las competencias en el sector ferroviario nacional", publicado en la Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni, 2020-II, ps. 453 y ss. (Cita online: RC D 3318/2020).

(160) Art. 2º.— Para los efectos de esta ley, los ferrocarriles se dividen en nacionales y provinciales; Art. 4º.— Son ferrocarriles provinciales los construidos o autorizados por las provincias dentro de los límites de su territorio respectivo.

(161) La "habilitación" a la que alude el dec. 1261/2004 se encuentra en armonía con los principios recogidos en la ley 27.132, en los incs. b) y g) de la Ley 27.132.

clinan esta posibilidad a favor de SOFSE. Esta realidad no ha impedido que, a nivel provincial, hayan aparecido algunos dispositivos en donde se pretenden reactivar los servicios ferroviarios locales, como, por ejemplo, ha sucedido en la provincia de Santa Fe **(162)**, aunque hasta el momento, no se hayan consumado.

VIII. El acceso abierto en el segmento de pasajeros. Perspectivas

Como fuera harto reiterado, el esquema de separación vertical —al menos desde lo teórico— introduce una nueva lógica en la operación de los servicios, en este caso, de pasajeros. En este sentido, la ley 27.132 ha terminado de reforzar el paradigma, consagrando entre los principios que regirán a la política ferroviaria nacional a la participación pública y privada en la prestación y operación de los servicios de transporte público ferroviario (cfr. art. 2º, inc. b), y a la promoción de condiciones de libre accesibilidad a la red nacional ferroviaria de cargas y de pasajeros, basada en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (cfr. art. 2º, inc. h).

Así las cosas, cuando opere la finalización de las concesiones metropolitanas —con las particularidades antes señaladas— y concluyan los acuerdos provinciales (sea por la extinción del plazo o por la reconversión de los contratos), tendría lugar la reasunción de la infraestructura ferroviaria por parte del Estado nacional, y por añadidura, podría comenzar formalmente la etapa del "acceso abierto". Esta fase, implica que cualquier operador **(163)** inscripto bajo las condiciones y términos de la Autoridad de Aplicación podrá utilizar la infraestructura ferroviaria, y, por ende, operar los servicios correspondientes, de acuerdo con las previsiones establecidas por quien detente el control de la circulación **(164)**. Por tanto, implica una suerte de liberalización del sistema, promoviendo la concurrencia y competencia de potenciales interesados.

El proyecto original que decantó en la ley 27.132 no había establecido que el acceso abierto u *open access* se extienda al segmento de pasajeros, siendo este un agregado solicitado por el bloque político opositor de turno. Por tal motivo, la idea inicial parecía orientarse a que la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros tenga una participación estatal activa (como ocurre en la actualidad) por conducto de SOFSE.

De acuerdo con lo expuesto, y considerando la coyuntura actual, no deviene ocioso reflexionar acerca de las posibilidades concretas que habrá de tener el acceso abierto en el sector de pasajeros, sobre todo, por sus particularidades y el régimen jurídico aplicable. En los servicios ferroviarios y especialmente en el caso del transporte de pasajeros, la posibilidad de competencia depende del volumen **(165)** y de la densidad **(166)** de las líneas. Si no hay unas condiciones mínimas a este respecto, la competencia no es factible **(167)**. A ello, se le debe añadir otro aspecto no menor, como lo representa

(162) Mediante la ley provincial 13.242, la cual tiene como objeto la recuperación del Servicio Ferroviario en la Provincia de Santa Fe, se creó la "Empresa Mixta Ferrocarriles de Santa Fe SA" (EFESA) con el objeto de prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de cargas en el territorio de la Provincia.

(163) El art. 1º del Anexo del dec. regl. 1027/2018 define como operador a cualquier empresa, pública o privada, habilitada para prestar servicios de transporte de pasajeros y/o de cargas por ferrocarril.

(164) La lógica del "acceso abierto" y el diseño de la normativa vigente (leyes 26.352 y 27.132) indican que por regla el control de circulación corresponde —por regla— a ADIF SE. Vale recordar, que este último comprende la asignación de ventanas de paso, el otorgamiento de la autorización de uso de vía, así como la gestión del sistema de comunicaciones (cfr. art. 3º del Anexo del dec. regl. 1027/2018). Asimismo, la "ventana de paso" representa el itinerario de circulación reservado para un tipo de servicio en particular, previsto en función de la capacidad de la infraestructura ferroviaria, estimada como el número de franjas horarias que pueden disponerse en un tramo, durante un período determinado de tiempo y en función de la tipología del tráfico.

(165) Esto hace referencia a la necesidad de una cierta cantidad de tráfico.

(166) Esto se da mediante el análisis de la concentración geográfica de la demanda.

(167) ALTZELAI ULIONDO, Miren Igone (2017), "La liberalización del sector ferroviario: ¿una política congruente con el derecho comunitario de la competencia?", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 58, septiembre-diciembre (2017), ps. 941-975. Recuperado en https://doi.org/10.18042/cepc.rdce.58.04.

el carácter del servicio, que como se ha visto anteriormente, es considerado como "servicio público" por la LGF.

Por tales motivos, la inserción del acceso abierto estará sujeta a los condicionamientos señalados en el párrafo anterior. Como ha sucedido de lo largo de la historia ferroviaria (no solamente en nuestro país) es probable que en los ramales que carezcan de incentivo económico o cumplan una función eminentemente social (p. ej.: evitar el aislamiento de poblaciones) sea el Estado quien opere dichos servicios, siendo difícil la aplicación del *open access* en estos supuestos.

Desde nuestra óptica, el esquema de acceso abierto en el sector de pasajeros podría tener una recepción positiva para el establecimiento de servicios turísticos, una vez —claro está— superadas las inclemencias padecidas por la irrupción de la pandemia generada por el COVID-19. En este sentido, la riqueza turística de Argentina en todo su territorio podría ser optimizada mediante la utilización de la Red Ferroviaria Nacional, a fin de ubicar al servicio de trenes como una alternativa eficiente de locomoción tanto para el turismo interno como extranjero. Amén de lo expuesto, resultará imprescindible definir los contornos de la categoría "servicio turístico" (la cual no está prevista en la LGF), a fin de no aplicarle las obligaciones que emergen del carácter de servicio público que recae en el segmento de pasajeros (p. ej.: fijación de las tarifas). Es, por ello, que sería conveniente regular dicha cuestión **(168)** para dotar de mayor seguridad jurídica, y mejores posibilidades a esta modalidad de servicios, promoviendo la concurrencia del sector público y privado.

Otra modalidad que podría ser compatible con el sistema de acceso abierto es el establecimiento de servicios diferenciales entre estaciones o terminales que posean un importante caudal potencial de pasajeros (p. ej.: Retiro-Rosario; Constitución-La Plata; etc.). De mejorar las condiciones de la infraestructura, las cuales permitirán prestar los servicios con un estándar de eficiencia superior (p. ej.: acortar la duración de los trayectos), podrían aparecer interesados en operar este tipo de servicios. Como señaláramos anteriormente, y sin perjuicio de las menciones que realiza la LGF, correspondería precisar las características que detentaran los "servicios diferenciales", los cuales deberían estar excluidos del alcance de las obligaciones de servicio público.

En cualquier supuesto, con carácter previo, será el Ministerio de Transporte quien deberá —en caso de que no se encuentre realizado previamente— declarar la habilitación o rehabilitación del servicio o tramo que pueda involucrar. Sin ello, no podrá correr servicio alguno.

El Registro de Operadores (conf. art. 4º de la ley 27.132, dec. 1924/2015 y dec. 1027/2018), el cual ha sido incluido dentro de la órbita de la CNRT de momento —más allá de algunos proyectos— no ha sido reglamentado y puesto en funcionamiento. No existe duda alguna en torno a que la calidad de operador se obtiene con la inscripción en el Registro (art. 5º del Anexo del dec. 1027/2018) **(169)**, pero no obstante ello, persisten algunas inquietudes para su puesta en marcha.

En primer lugar, pareciera que la obtención de la condición de operador no estaría supeditada a ningún procedimiento de selección, sin perjuicio de cumplirse los principios de objetividad, transparencia y no discriminación. Al respecto, la reglamentación añade entre los principios generales de la modalidad acceso abierto a la equidad en el acceso a la red y la máxima utilización de la capacidad disponible, impidiendo arbitrariedades que afecten la competencia con relación a la extensión, días y horarios en los que se asignen las ventanas de paso **(170)**. Esto implica que la mera presentación del potencial operador ante el Registro, le permitirían acceder a dicha condición.

(168) De máxima, este aspecto tendría que contemplarse en la Ley General de Ferrocarriles. No obstante, somos de la idea de que la autoridad de aplicación (Ministerio de Transporte) sería competente para definir los alcances de los servicios ferroviarios turísticos.

(169) Art 5º.— A los fines de prestar servicios ferroviarios de pasajeros y de cargas, los operadores deberán hallarse debidamente inscriptos en el Registro de Operadores de Carga y de Pasajeros que funciona en la órbita de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte.

(170) Cfr. art. 2º, inc. a) del Anexo del dec. regl. 1027/2018.

Ahora bien, la cuestión comienza a complejizarse cuando hay que examinar los alcances que se le debe atribuir a la inscripción en el Registro, especialmente, si esta constituye o no un título habilitante *per se*. En otras palabras: ¿únicamente alcanzaría con la inscripción para poder operar servicios? Esta pregunta sobreviene debido a que, es el Ministerio de Transporte quien detentaría la competencia para asignar servicios, conforme se examinase al momento de reseñar los servicios que presta SOFSE.

Aquí se plantean algunos escenarios posibles. Por un lado, sostener que la adquisición de la condición de operador deberá ser complementada con la asignación del servicio por parte del Ministerio (la cual no debería ser en condiciones de exclusividad), para que posteriormente ADIF SE realice la adjudicación de la infraestructura confiriendo las ventanas de paso. La otra posibilidad implicaría prescindir de la asignación de los servicios realizada por el Ministerio, teniendo este último a su cargo la habilitación o rehabilitación de este, y que, por ende, solamente sea necesario contar con la inscripción y la posterior asignación de las ventanas por parte de ADIF SE. Cabe mencionar que, en el derecho comparado, específicamente en el régimen español, la asignación del servicio es un proceso que no existe, ya que, la operación de servicios podrá ser realizada por las empresas que obtengan la licencia de rigor a través de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria **(171)**, en función de la adjudicación de infraestructura que realice la ADIF de España **(172)**.

Los aspectos apuntados con antelación deberán necesariamente ser clarificados, a fin de despejar las dudas regulatorias que al día de la fecha se encuentran presentes. Mientras tanto, el segmento de transporte ferroviario de pasajeros continuará con su marcada presencia estatal, siendo el principal desafío la mejora de la eficiencia de los servicios asignados a fin de hacer más competitivo al ferrocarril con relación a los demás medios de transporte.

(171) Cfr. art. 49.2 de la ley 38/2015.

(172) Cfr. arts. 33 y ss. de la ley 38/2015.

El uso de inteligencia artificial en el acto administrativo

Carlos A. Nielsen Enemark (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Definición de inteligencia artificial.— III. El teorema de Bayes.— IV. Aplicación del teorema de Bayes al acto administrativo.— V. Por qué la ciencia jurídica no puede ceder ante la matemática y la estadística.— VI. Problemas concretos que surgen en virtud del acto administrativo automático.— VII. Perspectivas.

I. Introducción

La Procuración del Tesoro de la Nación define al acto administrativo como una "declaración de un órgano estatal en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa con relación a los administrados, terceros destinatarios del acto" **(1)**.

En esta definición, se puede ver que la característica que sobresale sobre el resto es la producción de efectos, ya que esa es la primera característica a partir de la cual es posible distinguirlos de otras formas de actuación de la administración, como podrían ser los dictámenes e informes dados en el desarrollo del procedimiento administrativo, pero que no adquieren el carácter de actos administrativos. Y en efecto, las discusiones sobre los actos tácitos o los meros pronunciamientos administrativos van a reposar, en última instancia, en la idea de la producción de efectos. Desde luego, el resto de la definición deriva de la ubicación en el esquema orgánico del emisor y en el régimen jurídico aplicable, pero tales características serían contingentes (en nuestro análisis) si el acto no produjera efectos.

Ahora bien, que el acto automático pueda ser catalogado como administrativo podrá ocurrir si este produce efectos y si es emitido por un órgano estatal o ente público no estatal. El resto de las características que trae la definición (declaración emitida, ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, efectos producidos sobre terceros ajenos a la administración), por el contrario, con el acto que no produce efectos, serían necesarias y obligadas.

Es importante aislar estas dos características (emisor, efectos) para identificar la naturaleza administrativa de esa actividad automática, ya que estos actos administrativos automáticos pueden adquirir formas muy diversas, ocultarse en maneras no conocidas, y hasta incluso, ser únicamente un impedimento a ingresar a algún sistema informático necesario para desarrollar alguna actividad, sin que exista una forma expresa donde este se manifieste, tal como ocurre con los actos tradicionales, o incluso, ser solo una calificación de riesgo por análisis de matriz que ponga al particular en una situación específica de peores o mejores beneficios, y cuyas calificaciones, incluso, pueden ser impugnadas **(2)**.

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires, magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y maestrando en Finanzas por la Universidad de San Andrés. Es jefe de trabajos prácticos en la Universidad de Buenos Aires en la materia Elementos de Derecho Administrativo.

(1) PTN, Dictámenes 238:319.

(2) Ver, por ejemplo, la resolución general AFIP 3985/2017, del 12/01/2017. (BO. del 13/01/2017). A través de esta norma se aprobó el Sistema de Perfil de Riesgo (SIPER), a través del cual, los contribuyentes, tienen distinto tratamiento según el riesgo que representen

Ahora bien, en cuanto a la característica de "automáticos" vale decir que son aquellas decisiones que no son tomadas por un operador humano, sino que la decisión obedece a un sistema con reglas determinadas, programadas por un operador humano, de forma tal que la declaración administrativa modificadora de la situación jurídica subjetiva surge a partir de las reacciones dadas internamente en el sistema.

Si bien se puede decir que algunos autores consideraban la existencia de actos administrativos automáticos o telemáticos, estos cobraron auge con la utilización de la inteligencia artificial, que aparece en la ciencia, tratando de emular la actividad humana de pensar, aportando una complejidad mayor a la que pudieron anticipar en la doctrina.

Los orígenes de la inteligencia artificial se remontan a siglos atrás, a ciertos filósofos, matemáticos y psicólogos que trabajaron sobre los procesos lógicos y de las neurociencias que se aplican hoy día en la inteligencia artificial.

Podemos encontrar, en una primera etapa, a Gottfried Leibniz, quien en 1684 trabajó sobre la *characteristica universalis* y el *calculus ratiocinator*. John Stuart Mill, en 1843, expuso sus estudios en su obra *System of Logic*; George Boole, en 1854 analizó determinadas variantes lógicas en *Laws of Thought*. Si bien estos autores no trataron específicamente la inteligencia artificial, crearon las líneas de estudio primeras sobre las que se asentarían los trabajos posteriores **(3)**.

En una segunda etapa, se hace un avance importante sobre la inteligencia artificial, de la mano de Alan Turing, quien en 1950, en su trabajo "Computing machinery and intelligence" elaboró el test de Turing, donde podría predicarse que habría inteligencia artificial cuando una persona se pudiera comunicar con una computadora por cinco minutos, y un referí externo no puede distinguir quién es quién, en cuyo caso se habría superado el test. Esto da una idea de la búsqueda originaria de la inteligencia artificial **(4)**.

En una tercera etapa, con las novedades traídas por Turing, tomaron impulso las investigaciones sobre inteligencia artificial en el ámbito de la lógica, de la matemática y de la psicología, para poder replicar los mecanismos de pensamiento del cerebro humano, lo que diera origen a las estructuras de las redes neuronales y a la inteligencia artificial que se utiliza hoy en día. En aquel momento se pueden destacar a Marvin Minsky, quien en 1954 publicó "Neural Nets and the Brain Model Problem" ; el "Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence", de 1955, donde la inteligencia artificial se vuelve inteligencia artificial bajo las reglas de la lógica; los trabajos de Frank Rosenblatt de 1956, "Perceptron learning rule" y de 1961, "Principles of Neurodynamics (mutilayer networks)": Por último, debe citarse los notables trabajos de McCulloch y Pitts, de 1970 a 1990, quienes estudiaron sobre redes neuronales bajo el interrogante de si se puede modelar la mente humana con reglas lógicas **(5)**.

En estas breves referencias históricas, que se seleccionaron entre muchas otras también muy importantes, lo relevante es resaltar que la inteligencia artificial no es una creación derivada del derecho, si no, de la matemática y de la lógica, que lleva un desarrollo de cuatro siglos, y que la búsqueda inicial era modelar la mente humana de modo que se pueda conversar con la computadora por, al menos, cinco minutos, sin que un tercero pueda darse cuenta quién era quién.

para el sistema recaudatorio. En especial, ver lo siguiente: "Art. 2º - (...) Los parámetros de la matriz de ponderación considerarán la conducta de los sujetos respecto del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, según los datos obrantes en las bases informáticas del Organismo los que podrán ser modificados en el futuro". Esta norma también dice: "Art. 5° — La categoría reflejada en el `Sistema de Perfil de Riesgo (SIPER)' será utilizada por este Organismo a los efectos de establecer procedimientos diferenciales relacionados con la administración de los tributos y los recursos de la seguridad social, a cargo de los contribuyentes y responsables".

(3) SKANSI, Sandro, "Introduction to Deep Learning. From Logical Calculus to Artificial Intelligence", Springer International Publishing AG, part of Springer Nature, 2018. ps. 1 a 5.

(4) Ibidem.

(5) Ibidem.

Estas investigaciones llevaron a generar otro tipo de aplicaciones más allá de la posibilidad de conversar con máquinas, tales como el reconocimiento facial, el análisis de textos, los pronósticos de ventas, cálculos en servicios financieros y los asistentes personales virtuales, los que aparecen entre cualquier otro tipo de posibilidad donde se pueda utilizar de base, la estadística, para obtener un resultado. Y las estadísticas son utilizadas en un sistema de redes neuronales, donde las diferentes opciones van calibrándose en una secuencia de cálculos, hasta posicionar la mejor alternativa.

II. Definición de inteligencia artificial

Existen muchas definiciones de inteligencia artificial **(6)**, que a los fines de nuestro trabajo y a efectos de dar una precisión de doctrina, podemos identificar algunas que se expusieron en la legislación norteamericana, según expusiera Girasa:

"A) Todo sistema artificial que realice tareas en circunstancias variables e imprevisibles sin una supervisión humana significativa, o que pueda aprender de la experiencia y mejorar el rendimiento cuando se exponga a conjuntos de datos. (B) Un sistema artificial desarrollado en programas informáticos, hardware físico u otro contexto que resuelve tareas que requieren percepción, cognición, planificación, aprendizaje, comunicación o acción física de tipo humano. (C) Un sistema artificial diseñado para pensar o actuar como un humano, incluyendo arquitecturas cognitivas y redes neuronales. (D) Un conjunto de técnicas, incluyendo el aprendizaje de máquinas, que está diseñado para aproximarse a una tarea cognitiva. (E) Un sistema artificial diseñado para actuar racionalmente, incluyendo un agente inteligente de software o un robot incorporado que logra objetivos utilizando la percepción, la planificación, el razonamiento, el aprendizaje, la comunicación, la toma de decisiones y la acción" **(7)**.

III. El teorema de Bayes

Thomas Bayes elaboró un teorema que fue publicado en 1763 **(8)** y tenía por finalidad calcular probabilidades dados ciertos eventos, que es lo que interesa para emular cálculos racionales, tal como lo haría una mente humana y es lo que usa esencialmente inteligencia artificial **(9)**. Ya en aquel entonces se consideraba al Teorema de Bayes, como "filosofía experimental" **(10)**.

El teorema de Bayes, en su expresión simplificada, se puede anotar de la siguiente forma:

$$P(A \mid B) = \frac{P(B \mid A)\, P(A)}{P(B)}$$

Donde *P* es la probabilidad, *A* es el objetivo A, *B* es la característica B, por lo que P (A | B) es la probabilidad de que se dé el objetivo A dado característica B, lo que es igual a la probabilidad de que se dé la característica B, dado el objetivo

(6) GIRASA, Rosario, "Artificial Intelligence as a Disruptive Technology. Economic Transformation and Government Regulation", Palmgrave Macmillan, Springer Nature Switzerland, AG 2020. ps. 8 y 9.

(7) National Security Commission on Artificial Intelligence Act Of 2018, S. 2806, 115th Cong. (2018), https://www.congress.gov/115/bills/s2806/BILLS-115s2806is.pdf, en GIRASA, R., ob. cit., traducción libre del autor.

(8) BAYES, Thomas, "An Essay towards solving a Problem in the doctrine of chances", Revista Philosophical Transacions of the Royal Society of London, Nro. 53, ps. 370 a 418. Ver https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rstl.1763.0053, consultado el 30/11/2020. Allí se puede ver la Definición I del Teorema de Bayes escrita del siguiente modo: "1. Varios eventos son inconsistentes, cuando si uno de ellos ocurre, ninguno de los demás puede ocurrir. 2. Dos eventos son contrarios cuando uno, u otro de ellos debe ocurrir; y ambas cosas juntas no pueden suceder. 3. Se dice que un evento fracasa, cuando no puede suceder; o, que llega a la misma cosa, cuando ha sucedido lo contrario. 4. Se dice que un acontecimiento está determinado cuando ha sucedido o ha fracasado. 5. La probabilidad de cualquier acontecimiento es la relación entre el valor al que debe calcularse una expectativa que depende del acontecimiento del acontecimiento y el valor de la cosa que se espera que ocurra. 6. Por casualidad quiero decir lo mismo que la probabilidad. 7. Los eventos son independientes cuando el suceso de cualquiera de ellos no aumenta ni disminuye la probabilidad del resto." (Traducción libre del autor).

(9) La complejidad es mucho mayor, pero a los fines de la verificación jurídica del uso de la inteligencia artificial en Derecho administrativo, se seleccionaron partes claves o centrales del proceso complejo, al solo efecto de obtener una simplificación expositiva que siempre puede (y pide) ser mejorada.

(10) BAYES, Thomas, ob. cit., p. 370.

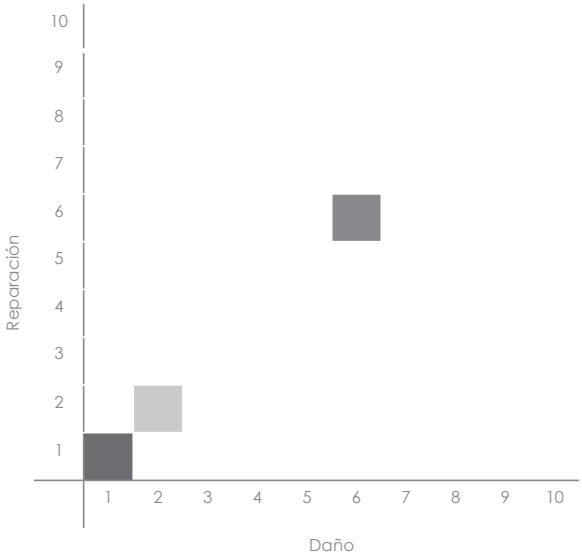
A multiplicado por la probabilidad de que se dé el objetivo A, dividido la probabilidad de que se dé la característica B **(11)**.

Este cálculo es efectuado por los abogados habitualmente, e incluso, se hacía en Babilonia, de una manera bastante sencilla a partir de la Ley del Talión. Esta ley imponía, por el principio de reciprocidad, disuadir la producción de daños entre los comunes: ello, porque la probabilidad de reparar un daño es igual a la probabilidad de la reparación dado el daño, por la probabilidad de la reparación, dividido la probabilidad del daño. Si daño y reparación son iguales (por ejemplo, ante un daño de "1", se repara con "1"), la probabilidad de que se dé una reparación dado un daño será "1". O traducido en la fórmula del teorema de Bayes:

$$P(r \mid d) = \frac{P\,(d \mid r)\,P(r)}{P(d)}$$

Donde *r* es reparación, y *d* el daño, por lo que $(r \mid d)$ sería la reparación que debe darse ante el daño producido. Si daño y reparación son iguales, la probabilidad de la reparación dado el daño acabará siendo igual.

Ahora bien, también podemos ver que la Ley del Talión puede graficarse muy fácilmente en un sistema de ejes:



Fuente: elaboración propia.

Vemos que ante un daño de "2", la reparación debe ser de "2" ; ante un daño de "6", la reparación debe ser de "6". Y eso ocurre, en gran medida, en las reparaciones extracontractuales del derecho civil actual, ya que solo se repara el daño emergente producido. En este modelo simple vemos que solo aplican 2 dimensiones: daño y reparación.

(11) SKANSI, Sandro, ob. cit., ps. 37 y 59 a 61.

IV. Aplicación del teorema de Bayes al acto administrativo

Ahora bien, con dicha aproximación al teorema de Bayes a un sistema jurídico primitivo, veamos si es posible aplicarlo al acto administrativo. Ello, en notación, ocurriría de esta forma:

$$P(A_n \mid V) = \frac{(P(V \mid A_n)\, P(A_n)}{P(V)}$$

Donde A_n es Acto nulo de nulidad absoluta, en los términos del art. 7 y 17 de la ley 19.549, y *V* es el vicio del acto en los términos del artículo 14 de la citada Ley.

De allí, habría que verificar los diferentes tipos de actos, los posibles vicios que pudieran tener, desde la óptica del administrado o de la administración, y la incidencia del conocimiento del vicio por el particular **(12)**, a los efectos de que no se den las excepciones a la estabilidad.

Esto podemos ordenarlo en la siguiente matriz:

En cuanto al administrado

	conceder derechos individuales	detraer derechos individuales	conceder bienes colectivos	detraer bienes colectivos
cumplir el objeto	x	x		
facilitar, promover y no perjudicar u ocultar la verdad jurídica objetiva (esto son los antecedentes de h y d)	x	x	x	x
no incidir negativamente en la voluntad del agente	x	x	x	
conducta positiva para conocer los procedimientos aplicables	x	x		
actuar de acuerdo con la ley, formas y finalidad	x	x		x

En cuanto a la administración

actuación con actos existentes		x		x
no aplicar retroactivamente los reglamentos	x	x	x	x
reconocimiento de la cosa juzgada	x	x		
actos que se den dentro de la ley	x	x	x	x
sin afectación de la voluntad del agente	x	x	x	x
sin afectación a la competencia	x	x	x	x
sin afectación a la causa	x	x	x	x

(12) NIELSEN ENEMARK, Carlos A., "El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular", El Derecho Administrativo, El Derecho, Buenos Aires, vol. 2017, ps. 746 a 783.

de acuerdo con formas esenciales	x	x	x	x
que no haya desviación de poder	x	x	x	x
que se siga en el procedimiento adm.	x	x	x	x
que no haya arbitrariedad		x		x
actuación en proporcionalidad	x	x	x	x

Se debe referenciar lo siguiente: los vicios que se den en las zonas sombreadas son aquellos que pueden ser conocidos por el particular, ya que en estos se dio su intervención. Aquellas ubicaciones marcadas con una "x" son los supuestos donde el vicio puede darse **(13)**.

Esto nos obliga a identificar la cantidad de escenarios de vicios posibles, lo que lo podemos calcular de la siguiente forma:

En cuanto al administrado, hay 6 tipos de vicios, por 4 tipos de actos, por los supuestos donde se conoce el vicio y donde no.

En cuanto a la administración, tenemos 12 tipos de vicios, por 4 tipos de actos, por los supuestos donde se conoce el vicio y donde no.

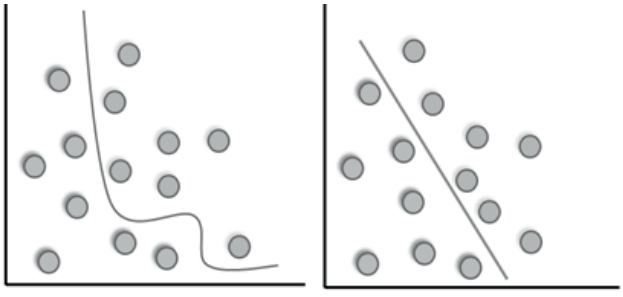
Esto nos lleva a la siguiente cuenta:

6*4*2=	48
12*4*2=	96
Total	**144**

De eso, podemos decir que los vicios del acto administrativo pueden darse o no darse según el análisis de 144 posibilidades distintas. Conservemos este dato.

Ahora bien, la inteligencia artificial sirve para dividir objetos en grupos diferentes, según los parámetros que se establezcan en el algoritmo.

Si el algoritmo analizara objetos en 2 dimensiones, veríamos que la separación podría graficarse de esta forma:



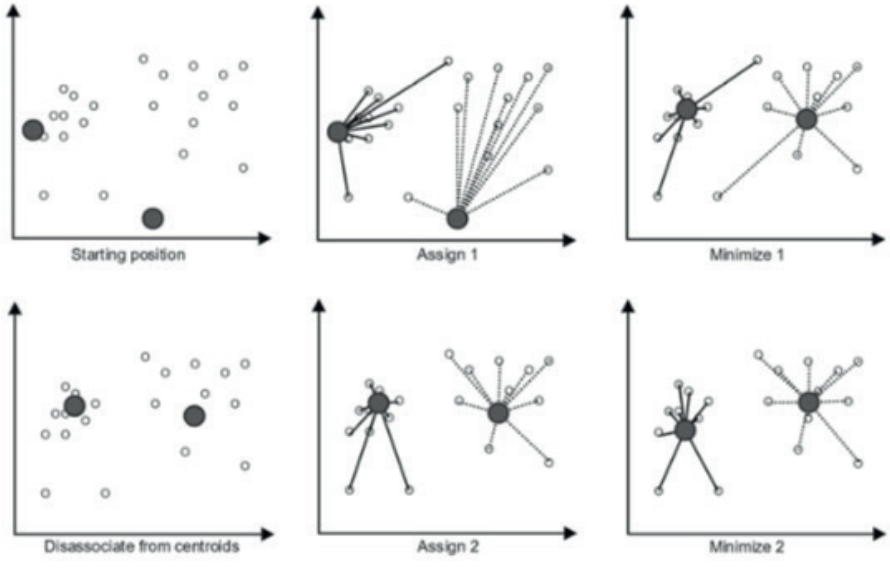
Fuente: http://numerentur.org **(14)**

(13) Ibidem.

(14) Máquina de Soporte Vectorial (SVM), publicado en http://numerentur.org/svm/, consultado al 29/11/2020.

El trabajo del algoritmo es trazar la línea, de modo que esta divida a los objetos en diferentes grupos. Algunos algoritmos pueden trazar una recta para separar los grupos; o bien, lo efectúan con alguna complejidad mayor, tal como se ve en el gráfico de la izquierda.

Para hacer las separaciones, se hacen cálculos consecutivos ajustando distintos *centroides* hasta su ubicación donde existan menos errores de distancia, tanto para los actos regulares como para los irregulares. Para nosotros, el centroide del acto regular sería el acto administrativo imaginario más perfecto que pueda ocurrir, de modo que otros actos válidos, se aproximen en su mejor medida al centroide. Y así, también deberíamos poner un centroide al que hagan referencia los actos irregulares. Esto lo podemos ver del siguiente modo:



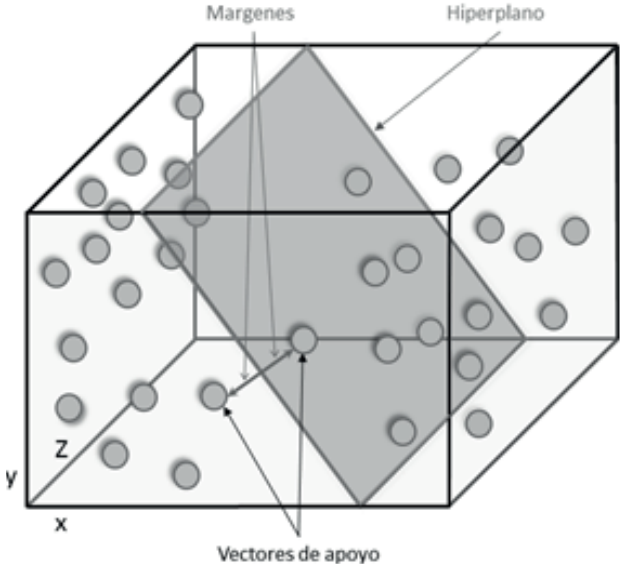
Fuente: Skansi, S., *Introduction*... **(15)**

En el cuadrante izquierdo superior se ubican los diferentes actos en pequeños puntos y los centroides, aleatoriamente, en alguna posición a partir de la cual se puedan comenzar a medir las distancias hacia el acto imaginario perfecto o al máximo acto viciado (centroides), lo que sigue en el cuadrante que está a su derecha. Con el proceso de minimización se vuelven a ubicar los centroides en una mejor posición para separar los grupos, tal como se ve en el cuadrante derecho superior. Seguidamente, se vuelve a comenzar el proceso, cuantas veces sea necesario para minimizar el error todo lo posible, error que va a seguir subsistiendo.

Es importante considerar la posibilidad de la existencia del error, ya que, en esa zona de errores, es posible que "caigan" elementos del grupo de los inválidos, produciendo el fenómeno de la clasificación errónea o *misclasification*, y que la inteligencia artificial, por no tener en cuenta un cálculo en alguna de las dimensiones, no pueda distinguir si el objeto pertenece a un grupo o a otro.

Ahora bien, todo ello, considerando hipotéticamente que operamos con dos dimensiones. Pero con tres dimensiones, es necesario trazar lo que se denomina un "hiperplano" en un espacio, para separar los distintos grupos de objetos.

(15) SKANSI, Sandro, ob. cit., p. 71.



Fuente: http://numerentur.org **(16)**

El algoritmo hace automáticamente el cálculo del hiperplano, y en definitiva (y a lo que a nosotros nos interesa con respecto al acto administrativo) en eso radica el sentido de la inteligencia artificial.

Ahora bien, y ya trasladándonos a un espacio quizás imposible de imaginar, deberíamos considerar la aplicación de la inteligencia artificial para trazar un hiperplano sobre un espacio de 144 dimensiones, para poder separar los actos regulares de los irregulares.

Incluso, para determinar la posición del objeto en cada una de las dimensiones, habría que transformar en números los valores de las ilegitimidades y poder responder en números enteros, qué tan cerca o lejos se encuentra cierto antecedente de hecho de la ilegitimidad.

Con ello, debe tenerse en cuenta que el proceso de aprendizaje de la red neuronal para ver la cercanía o la lejanía de un objeto con el centroide, o del antecedente con el acto imaginario regular o irregular está basado en el procedimiento estadístico, no en el procedimiento de imputación de un consecuente jurídico a un antecedente de hecho, que es lo que ocurre al aplicar una norma **(17)**.

Lo que debe ponerse de manifiesto es que el origen del procedimiento de imputación es diferente al procedimiento del cálculo estadístico, y unificar ambas ciencias para modificar situaciones jurídicas subjetivas, origina algunas dificultades que hacen cuestionar la presunción de legitimidad de los actos administrativos fundados en inteligencia artificial, y por lo tanto, su estabilidad y ejecutoriedad, como veremos más adelante.

En particular, los problemas matemáticos y estadísticos que esas ciencias no podrían superar de manera absoluta y que dificultan la aplicación directa de la inteligencia artificial para emitir actos administrativos, son los siguientes:

(16) Máquina de Soporte Vectorial (SVM), publicado en http://numerentur.org/svm/, consultado al 29/11/2020.

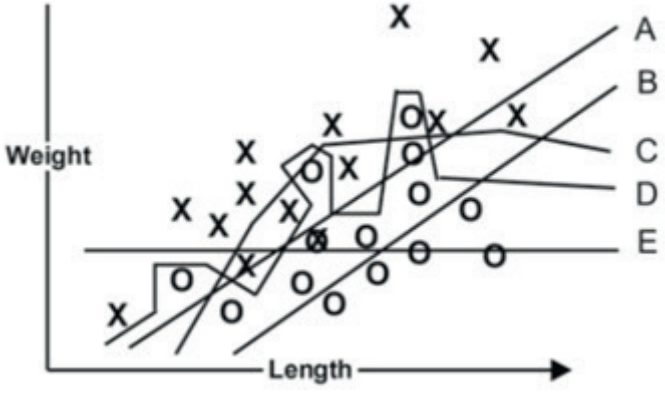
(17) KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", EUDEBA, Buenos Aires, 2008, ps. 19 a 42.

1. Problema XOR: hay casos donde no es posible obtener una función lineal para separar los dos conjuntos **(18)**.

2. Es necesario elaborar un sistema de vectores, matrices y programación linear para 144 dimensiones.

3. La predicción del hiperplano no alcanza para superar un problema de clasificación errónea.

Los últimos 2 problemas podemos abordarlos con un gráfico de 5 hiperplanos diferentes (A a E), planteados en un escenario de solo 2 dimensiones:



Fuente: Skansi, S., *Introduction...* **(19)**

Donde "x" son aquellos actos irregulares, y los "o" son los actos regulares, que ya conocemos de antemano. Ahora bien, creamos un algoritmo que trace una línea que los identifique y los separe en los regulares e irregulares, de donde nos quedará la posibilidad de ubicar en diferentes grupos a los próximos proyectos de actos que queramos dictar. Debemos respondernos las siguientes preguntas: ¿cuál es el mejor hiperplano? ¿Cuál separa mejor los distintos grupos? Si tenemos un algoritmo que trace a la perfección (con muchas curvas) la diferencia entre los distintos grupos, los próximos proyectos de actos a analizar, ¿caerán en el sector correcto? ¿Cómo resolvemos un problema de clasificación errónea?

Si bien muchas aplicaciones de la inteligencia artificial pueden tolerar y convivir con estos asuntos irresueltos, ya que sus hipótesis y tesis derivan y llegan a las respuestas que las ciencias de la estadística y matemática pueden preguntar, no necesariamente la ciencia jurídica puede convivir con estos asuntos sin resolverlos plenamente.

Por eso, sí es posible afirmar con toda certeza que la inteligencia artificial puede funcionar dentro del ámbito del derecho administrativo, en los siguientes campos de gestión simple, que se citan a modo de ejemplo:

- Investigar sobre jurisprudencia y las probabilidades de las sentencias: Existen muchos lectores de texto y de comprensión de documentos que utilizan inteligencia artificial, pero no deja de ser una

(18) SKANSI, Sandro, ob. cit., p. 5.

(19) Ibidem, p. 54.

comprensión sin las características del razonamiento humano, por lo que el mecanismo es una identificación entre textos similares que luego son agrupados y categorizados, e incluso, sobre los que se pueden labrar predicciones **(20)**.

- Efectuar orientaciones: hay formas de consulta de bases de datos o de "robots" que informan sobre el contenido de alguna voz sobre la que necesitemos consultar.

- Realizar estudios de datos para diseñar políticas públicas: eventualmente, la inteligencia artificial es un excelente administrador de grandes volúmenes de información, y puede catalogarlo utilizando métodos supervisados y no supervisados, y lo hace más rápido que los humanos y con mejores capacidades. Ahora bien, la decisión sobre los derechos opera en otro plano y con las reglas de otra ciencia que tiene sus métodos particulares.

- Operar como causa de un acto administrativo: incluso, en un nivel mayor de aproximación a la producción de efectos, la inteligencia artificial puede trabajar sobre diferentes grupos de administrados, dar conocer aspectos específicos, tamizar diferentes características que se pretendan saber, y a partir de ahí, el funcionario público cuenta con la causa para dictar un acto administrativo.

- Reaccionar inmediatamente con actos reglados positivos: hay veces que las necesidades de gestión deben atender cuestiones urgentes a favor de los administrados, y es posible aplicar inteligencia artificial para categorizar distintas situaciones y otorgar actos administrativos a favor de los particulares.

El etcétera puede ser largo, aunque siempre que se utilice para un aspecto donde la estadística y la matemática sean cruciales; no cuando la resolución derive directamente de los principios de la ciencia jurídica.

V. Por qué la ciencia jurídica no puede ceder ante la matemática y la estadística

Un interrogante principal al momento de aplicar la inteligencia artificial en los actos administrativos consiste en definir si la decisión del derecho en juego se otorga a un sistema de inteligencia artificial. Esta pregunta lleva ínsita la idea de que las matemáticas y las estadísticas pueden ser idóneas para dar mejores respuestas que la ciencia jurídica.

Esta hipótesis debe responderse por la negativa, y debemos decir que la ciencia jurídica no puede estar sometida a las reglas de la estadística o de la matemática. Ello, porque la ciencia jurídica da respuesta a los problemas de derechos y garantías, cuyos significantes no son administrados por otras ciencias.

Por eso, aplicar sin más la inteligencia artificial en la teoría del acto administrativo, en última instancia, supone postergar y sujetar las respuestas jurídicas a otro tipo de reglas, donde el derecho en juego no es lo más importante, si no, que la mejor aproximación al resultado matemático estimado pasa a estar sobre las normas jurídicas. Eso implica una ruptura del sistema constitucional, donde la ley y sus reglamentos, son secundarios. Eventualmente, a partir de la inteligencia artificial podría configurarse otro sistema, otras reglas, otras respuestas, pero ya no estarían dentro de las reglas constitucionales o dentro del sistema de juridicidad. Pasarían a ser otra ciencia ajena a la ciencia jurídica.

Por otro lado, las normas jurídicas fueron construidas para ser aplicadas con razonamientos humanos, en los que el modo de razonar es una estrategia construida con una consecución distintas tácticas de inferencias, basadas en modelos mentales, en las que unas siguen a otras hasta alcanzar un punto aproximado de verdad, siendo que estas estrategias siguen los principios conocidos. En esto existe un modelo de razonamiento diferente al de las máquinas lógicas, las que siguen principios lógicos (basados en la matemática y la estadística) y no principios humanos conocidos. De allí que pueda haber resultados diferentes si los análisis los hacen los humanos o las máquinas lógicas **(21)**.

(20) ASHLEY, Kevin D., "Artificial Intelligence and Legal Analytics. New tools for law practice in the digital age", University of Pittsburgh School of Law, Cambridge University Press, 2017, ps. 107 a 125.

(21) QUINLAN, Philip T & DYSON, Ben, "Cognitive psychology", Pearson Prentice Hall, England, 2008, chapter 15 "Reasoning", ps. 557 a 599.

Ello no impide que una ley humana sea ejecutada con una máquina lógica, pero entre ambos debe existir una correlación recíproca, una identidad consciente en los principios que tengan ambos métodos a través de los cuales, estos se elaboran, de modo que se eviten inconsistencias entre la norma y sus efectos.

Por otro lado, existen también estudios sobre el método de argumentación legal por uso de la inteligencia artificial, donde si bien se ha demostrado la existencia de muchos avances, subsisten inconvenientes de orden lógico que impiden, al momento, una aplicación plena de las reglas de la lógica a la interpretación legal, sobre todo, con respecto a los inconvenientes que se generan con las generalizaciones no viables, que imponen la necesidad de formalizar estructuras lógicas, lo que debe ser realizado para operar normas a través de la inteligencia artificial **(22)**.

VI. Problemas concretos que surgen en virtud del acto administrativo automático

Con lo antedicho, en particular, se generan los siguientes problemas de índole legal al aplicar la inteligencia artificial en el ámbito del acto administrativo automático:

En primer lugar, se compromete seriamente algunos elementos del acto: la *causa*, si bien existente, se puede disolver en los cálculos efectuados por el algoritmo, e incluso, podríamos no saber si se trata de un problema de clasificación errónea. La *motivación* como exteriorización de la causa, desaparece, ya que no es posible explicar el proceso lógico del resultado de la inteligencia artificial, que es una iteración de cálculos entre diferentes dimensiones y objetos. El *procedimiento* se cercena, ya que las decisiones no son el fruto de distintas intervenciones, sino que la inteligencia artificial toma los antecedentes fácticos y los disuelve en un proceso rápido, desconocido e iterado. La *finalidad* de la norma deja de tener sentido, porque la finalidad del acto automático será una finalidad matemática, una creación del algoritmo, no de la que se especificó en la norma.

Asimismo, los actos administrativos automáticos adquieren todo tipo de formas, e incluso han aparecido solo imposibilidades de acceso a cuentas, como decisión de un sistema de inteligencia artificial, y no una manifestación explícita de lo decidido por el algoritmo.

De igual manera, tampoco es una garantía que se publique el texto del algoritmo para el control judicial o ciudadano, porque no se puede predecir cómo funcionaría en todas las situaciones reales, porque el cálculo iterado del algoritmo tiene interdependencia con otras situaciones de la realidad, de modo que el análisis del algoritmo sin ver sus resultados efectivos parecería inconsecuente.

Ante el ahorro de las consideraciones jurídicas por parte del acto administrativo automático, desaparecen las garantías protectorias del derecho administrativo, ya que el control judicial no tiene un acto en los términos de la ley 19.549, que se pueda controlar.

Incluso, también es posible que en las clasificaciones de grupos que efectúa el algoritmo, el derecho se constituya para alguien que la ley no lo admite, y por lo tanto, el sistema de inteligencia artificial importará, lisa y llanamente, sin manifestarse y formarse como como tal, una ley emitida en el seno del Poder Ejecutivo, creando un conflicto de poderes, ya que la solución sería igual para todos los casos que se presenten los mismos hechos.

Además, en la experiencia, la decisión automática no siempre tiene manifestaciones de actos administrativos que se notifican: como ejemplos, podemos citar a la pantalla que surge en la aplicación *Cuidar*, instalada en celulares, donde se ve si el particular se encuentra autorizado a ir a trabajar, no se constituye como un acto tradicional notificado en un domicilio; o la calificación de riesgo en el sistema de AFIP denominado *SIPER*, en el que solo se ve una calificación que ubica el perfil de riesgo de los contribuyentes.

Es decir, la eficacia del acto automático, ¿se produce de manera similar a la del acto administrativo tradicional (notificación), en los

(22) WALTON, Douglas, "Argumentation Methods for Artificial Intelligence", Law-Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005. En especial, ver chapter II, "Generalizations in Legal Reasoning", ps. 35 a 74.

términos del art. 11 de la ley 19.549? En esto, debemos verificar y renovar los métodos por los que el particular tome conocimiento de los actos automáticos.

Otra cuestión que se pone en juego es la competencia, ya que la elaboración del algoritmo reposa, eventualmente, en un equipo técnico que lo confecciona y no en un funcionario público con competencia específica. Esta cuestión amerita un análisis.

Luego, y por último, ¿el contenido del reglamento del acto administrativo automático es similar al texto del reglamento del acto administrativo tradicional? Parecería que el texto del reglamento debería contener el algoritmo y los principios que esa norma persiga, aunque aparece la dificultad de las adaptaciones a lo largo del tiempo que ese sistema necesite, por lo que tampoco podría ser un reglamento rígido: y si el algoritmo incumple las reglas del reglamento (lo que es altamente probable), ¿estamos en presencia de una derogación singular? En terminología clásica, deberíamos responder que sí.

Con todas estas disociaciones con respecto al acto administrativo tradicional, parecería que el acto administrativo automático, ontológicamente, no podría presumirse legítimo (a pesar de que sabemos que toda la actividad de la administración se presume legítima), e incluso, en igual línea de análisis, no debería tener estabilidad. Ahora bien, si no se piensa como acto estable, el acto automático ¿dispone del mismo sistema de extinción? Y de esa forma, si no existen mejores avances tecnológicos a los dados hasta ahora y una formalización de los métodos de razonamiento por inteligencia artificial, no sería posible utilizarla para dictar actos de gravamen.

Ahora, sin presunción de legitimidad y sin una estabilidad, la mera impugnación lo debería privar de efectos al acto automático.

Con todo lo expuesto, se puede afirmar que la ley 19.549 no está preparada para tolerar este tipo de actos.

VII. Perspectivas

Con tales disgregaciones entre el acto administrativo tradicional y el acto administrativo automático, deben efectuarse avances sobre la teoría del órgano, donde se especifique la posibilidad de separar la idea de la decisión de la idea de persona **(23)**, las que para el acto tradicional operan en forma conjunta: es decir, lo conocido es que el funcionario es quien decide. En el caso del acto automático, la decisión es la del algoritmo.

Sin perjuicio de que los algoritmos son muy útiles para responder en velocidad y traducir grandes demandas sociales en soluciones prácticas, debe considerarse la posibilidad de disponer del control humano y de la retroacción inmediatamente la decisión del algoritmo ante casos de clasificación errónea, arbitrándose normativamente medidas urgentes para evitar la producción de efectos graves sobre los particulares.

Luego, el contexto legal de producción válida de actos administrativos automáticos debería ser un régimen específico que observe en forma particular, los siguientes temas: a) reglamento del acto automático; b) requisitos de validez (elementos); c) modos de eficacia (notificación); d) efectos de los recursos; e) modos de extinción; f) método de cálculo del algoritmo; g) casos de clasificación errónea y sus soluciones regladas; h) estabilidad; i) presunción de legitimidad; j) identificación del órgano competente; k) elementos controlables judicialmente y l) determinación de los factores de evitación que impidan un conflicto de poderes. Un acto administrativo automático que no disponga de un cuidado específico de estos puntos es endeble, y como tal tiene enormes probabilidades de poner en riesgo las garantías constitucionales de los particulares. Esto, desde luego, va a incrementar las posibilidades de un control judicial no complejo, en virtud de lo frágil que sería un acto automático dictado sin estas observancias.

Por ello, más allá de los requisitos contextuales que pudieran llevar al dictado de un acto automático emitido en un contexto de legitimidad, es necesario postular un principio de utilización responsable de la inteligencia artificial, en razón

(23) KURKI, Visa A. J., PIETRZYKOWSKI, Tomasz, "Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn", Law and Philosophy Library 119, Springer International Publishing AG 2017.

de su carácter disruptivo **(24)**, atento a lo potente del cálculo, de la capacidad de la herramienta para la administración de datos y por lo tanto, de los efectos que se pudieran producir para los particulares, de modo tal que se eviten regresiones en los avances que logró la técnica jurídica por el uso de la fuerza proveniente de otras ciencias.

En segundo lugar, es necesario abordar la administración de derechos a través del uso de la inteligencia artificial asegurando la no introducción de riesgo en la elaboración normativa, lo que también debería considerarse como principio, atento a las múltiples aristas que surgen de estos instrumentos.

La consideración de dichos principios de utilización responsable de la inteligencia artificial y de no introducción de riesgo en la elaboración normativa, más allá de guiar la producción de algoritmos y los actos automáticos, en última instancia, posicionan al derecho administrativo como ciencia autónoma, al establecer las reglas de su propia construcción, incluso, sobre las reglas de la lógica y de la matemática.

(24) GIRASA, Rosario, ob. cit., ps. 4 a 6.

La digitalización del procedimiento administrativo disciplinario

Leandro Salgan Ruiz

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusiones.

I. Introducción

Tradicionalmente el procedimiento disciplinario ha sido sustanciado por abogados del Estado dentro de un sistema de investigación administrativa documentada en soporte papel y ajustada a las disposiciones del dec. 467/1999 como cauce formal de la función administrativa inherente al empleo público nacional.

Pero actualmente la digitalización del expediente administrativo ha impactado ese procedimiento especial con la implementación de los medios electrónicos durante su trámite.

Esa innovación que contribuye a la agilidad y transparencia de la jurisdicción que lo utilice ya no depende del soporte papel y la firma ológrafa sino de un trámite integral con firma electrónica compatible con el mandato del legislador en el art. 38 de la ley 25.164.

Este breve trabajo tiene como objetivo analizar el grado de avance de la digitalización del procedimiento disciplinario en las jurisdicciones del Sector Público nacional.

Para alcanzarlo proponemos algunas líneas de reflexión trazadas por la reciente jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación en perspectiva a la uniformidad y homogeneidad de criterios para las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado.

En primer lugar, analizaremos el alcance y los límites de la autoridad de aplicación del art. 134 del dec. 467/1999. Indagaremos en las interpretaciones, recomendaciones y sugerencias más relevantes del Reglamento de Investigaciones Administrativas.

En segundo lugar, continuaremos con la singularidad del procedimiento para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración pública y como opera el juicio de compatibilidad para la interpretación y aplicación subsidiaria de las disposiciones del dec. 1759/1972 ordenado por el dec. 894/2017.

En tercer lugar, avanzaremos con la digitalización del expediente administrativo a partir de la incorporación del Tecnologías de Información y Comunicaciones y precisaremos cuando los medios electrónicos configuran para su trámite una herramienta idónea para las garantías constitucionales y convencionales del procedimiento disciplinario.

II. Desarrollo

II.1. Procuración del Tesoro de la Nación: la autoridad de aplicación del Poder Ejecutivo nacional que interpreta, recomienda y propone reformas del dec. 467/1999

Para la eficacia y operatividad del Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA) el Poder Ejecutivo nacional habilitó a la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN).

En efecto, el art. 134 del dec. 467/1999 la autorizó no solo a interpretación de sus disposiciones sino también a formular recomendaciones e incluso proponer reformas.

La aplicación de este reglamento de ejecución generó interpretaciones heterogéneas respecto a la situación de revista del órgano de investigación.

Cuando la oficina de Sumarios designó Instructor Sumariante a un letrado que carecía de estabilidad esa designación del cargo se apartó de la exigencia expresa de estabilidad del órgano de investigación del art. 6° del dec. 467/1999.

Asimismo, surgieron dudas respecto alcance la competencia de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) del Ministerio Público Fiscal en rol de parte acusadora.

Por un lado, cuando se limitó la intervención a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA) a los sumarios iniciados en su jurisdicción esa restricción a su competencia se apoyó en una interpretación literal del art. 45 de la ley 24.946 y resto efecto útil a la actividad del organismo de control prevista en los arts. 3°, 109, 113, 115 y 123 del dec. 467/1999.

Por el otro, cuando se denegó la vista a la PIA por el carácter secreto de la etapa de investigación del sumario disciplinario esa restricción de acceso en esa instancia del expediente se justificó en el art. 46 del dec. 467/1999.

También se cuestionó la sujeción del personal transitorio frente a la reglamentación del art. 27 de ley 25.164.

Cuando se excluyó al personal transitorio del ámbito de aplicación personal del RIA por el silencio del dec. 1421/2002 esa omisión privó de operatividad al art. 27 de la ley 25.164 del régimen disciplinario.

Ciertamente se produjo la inaplicabilidad **(1)** del régimen disciplinario **(2)** que alcanzó personal sujeto al régimen de contrataciones **(3)**, personal de gabinete a los funcionarios políticos **(4)**, locación de servicios **(5)** y contrato de trabajo **(6)**.

Por aplicación del principio de legalidad de las penas **(7)** se limitó el alcance del dec. 467/1999 al régimen de estabilidad **(8)** y circunscribió a su respecto la viabilidad del régimen disciplinario **(9)(10)**. Así solo el personal de la planta permanente **(11)** es sujeto pasivo de una sanción disciplinaria **(12)**.

Las dudas adjetivas respecto al órgano de investigación, rol de la PIA y personal transitorio se proyectaron a cuestiones de fondo como la inherente a la prescripción de la acción disciplinaria.

Cuando un régimen laboral especial careció de una norma que regule expresamente la prescripción de la acción disciplinaria ese vacío de legislador en la materia condujo a sostener la imprescriptibilidad de la potestad sancionadora de esa jurisdicción y cuyo ejercicio concreto a través del dec. 467/1999 aparecía desprovista de una pauta temporal razonable.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo interpreta la autoridad de aplicación cuando ejerce la competencia que habilita el art. 134 del RIA de un modo coherente con el propósito de la ley 25.164 y el resto del ordenamiento jurídico.

Para la respuesta a este interrogante comenzaremos con la interpretación de la autoridad de aplicación, continuaremos con sus recomendaciones y finalizaremos con las propuestas de reforma del dec. 467/1999.

Nuestro punto de partida comienza con interpretaciones más relevantes realizada por el Alto Órgano Asesor que recaen sobre el órgano de investigación, alcance la competencia de la PIA, personal transitorio, prescripción de la acción disciplinaria y la graduación de la sanción.

(1) Ver Dictámenes PTN 284:80

(2) Ver arts. 27, 28, 29, 30 y 31 ley 25.164

(3) Ver art. 9º dec. 1421/2012

(4) Ver Dictámenes PTN 250:314. En igual sentido, Dictámenes PTN 259:432

(5) Ver Dictámenes PTN 261:112

(6) Ver Dictámenes PTN 235:231. En igual sentido los Dictámenes PTN 237:188 y 247:411.

(7) Ver art. 18 CN

(8) Ver Dictámenes PTN 221:102

(9) Ver Dictámenes PTN 267:632

(10) Ver art. 8º ley 25.164

(11) Ver art. 8º ley 25.164

(12) Ver Dictámenes PTN 233:270. En igual sentido, Dictámenes PTN 262:125 y 122:10

En cuanto al órgano de investigación la PTN autorizó excepcionalmente la designación transitoria de Instructor Sumariante para darle continuidad a la actividad sancionadora.

Respecto a la competencia de la PIA, la PTN aplicó el principio de especialidad para ampliar su intervención como parte acusadora en cualquier sumario disciplinario iniciado en las jurisdicciones del Sector Público nacional.

Asimismo, la dispensó de la restricción temporal de acceso al expediente impuesta por el secreto del sumario toda vez que las funciones asignadas al órgano de control por la ley 27.148 coinciden la finalidad perseguida por el art. 46 RIA que consiste en evitar la dispersión de la prueba por el sumariado o un tercero.

En cuanto a la transitoriedad en la relación de empleo público, la PTN sujetó al personal sin estabilidad al sumario administrativo toda vez que adoptó una interpretación sistemática **(13)** y dotó de plena operatividad **(14)** el art. 27 de la ley 25.164 asegurando el debido proceso adjetivo **(15)** y la potestad disciplinaria de la Administración pública.

En lo atinente a la prescripción de la acción disciplinaria de un régimen especial de empleo público que carece de una previsión expresa, la PTN lo consideró como un caso administrativo no previsto y utilizó la técnica de analogía para fijar el plazo de 5 años del Cód. Civ. y Com. **(16)**.

Habiendo descripto las pautas de interpretación más relevantes en materia disciplinaria avanzaremos a las recomendaciones de la autoridad de aplicación.

El 14/12/2018 la PTN convirtió su doctrina en recomendaciones **(17)** que configuran buenas prácticas que dotan de agilidad y celeridad procesal a los sumarios disciplinarios gestionados en las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado.

En primer lugar, se consolidó la doctrina que autorizó la designación letrados contratados para las funciones de investigación, así como aquella que extiende la potestad de investigación de la Administración pública del personal transitorio **(18)**.

En segundo lugar, se interpretó restrictivamente **(19)** la suspensión del trámite **(20)** a la causa penal del art. 130 RIA cuya procedencia requiere de razones suficientes en cada caso concreto bajo apercibimiento de responsabilidad del Instructor y su Superior Jerárquico **(21)**.

En tercer lugar, se fomentó el uso preferente de las sanciones directas previstas en el art. 35 de la ley 25.164 frente a la iniciación de un sumario administrativo **(22)**.

En cuarto lugar, cuando la Dirección de Sumarios de una Jurisdicción solicitó recomendaciones para unificar criterios de tramitación de las informaciones sumarias y sumarios disciplinarios, el Alto Órgano Asesor precisó el deber del agente que reviste en la Delegación del Cuerpo de Abogados del Estado del cumplimiento de los procedimientos de investigaciones administrativas bajo pena de incurrir en responsabilidad por actuación irregular **(23)**.

Más cercano en el tiempo, durante el año 2020 la autoridad de aplicación propuso el estudio de reformas al dec. 467/1999. En concreto, la incorporación de las audiencias por videoconferencias para las declaraciones **(24)** —informativa,

(13) Ver Dictámenes PTN 241:227. En igual sentido, los Dictámenes PTN 244:129, 330:1855 y 330:2093

(14) Ver Dictámenes PTN 300:206

(15) Ver art. 18 CN y 8º CADH

(16) Ver Dictámenes PTN 303:94

(17) Ver res. 121/2018 y Anexo (BO. del 18/12/18)

(18) Ver Recomendación 2° y 3° Anexo I res. 121/2018

(19) Ver Recomendación 4° Anexo I res. 121/2018

(20) Ver Recomendación 5° Anexo I res. 121/2018

(21) Ver art. 129 dec. 467/1999

(22) Ver Recomendación 1° Anexo I res. 121/2018

(23) Cfr. Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

(24) Cfr. Dictamen IF-2020-044507396-APN-DND#PTN del 13/07/2020

indagatoria y testimonial— y la implementación de la notificación electrónica **(25)**.

II.2. Reglamento de Investigaciones Administrativas: un procedimiento especial para el ejercicio correctivo de la potestad disciplinaria de la Administración pública

Para proteger los derechos y garantías del funcionario público el Poder Ejecutivo reguló un procedimiento administrativo de naturaleza correctiva para determinar su responsabilidad disciplinaria.

Ese procedimiento especial se ajusta al régimen disciplinario de empleo público y se caracteriza por ser investigativo, coordinado y sumarial.

Su carácter investigativo proviene de una actividad de investigación escrita que requiere de pautas uniformes y homogéneas.

Su naturaleza coordinada se justifica en la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación, Sindicatura General de la Nación y Procuraduría de Investigaciones Administrativas en la instancia procesal oportuna.

Su condición sumarial deriva de la vigencia del principio de legalidad sancionadora en la sustanciación de sumario disciplinario en cuanto a sistema de investigación.

Cuando el dec.-ley 19.549 aprobó procedimiento administrativo general ese nuevo ordenamiento excluyó a los organismos militares, de defensa y seguridad **(26)**.

Asimismo, el dec.-ley 19.549 aprobó los recursos administrativos recomendó la sustitución y adaptación de los procedimientos especiales al nuevo ordenamiento procesal **(27)**.

Así aparece la cuestión que consiste en determinar cuál es la singularidad que reviste el procedimiento disciplinario que lo erige como especial cuando el art. 2° de la ley 19.549 impone como regla procesal su sustitución y adaptación al procedimiento común.

En 1991 el Poder Ejecutivo nacional encomendó a cada Ministerio y Secretaría la confección de un informe que precise los procedimientos especiales vigentes y de aplicación efectiva en la órbita de su jurisdicción.

En su caso, ese reporte de la jurisdicción debía contener los fundamentos y razones de su mantenimiento junto a un proyecto adecuado a la ley 19.549 **(28)**.

Luego, en 1996, el Poder Ejecutivo confirmó la continuidad de un procedimiento especial que regule los procedimientos sumariales y lo inherente al ejercicio de la potestad correctiva interna de la Administración pública nacional **(29)**.

Posteriormente, en 1999, se aprobó el Reglamento de Investigaciones Administrativas **(30)** y quedó derogado el dec. 1798/1980 que regía para el Régimen jurídico Básico de la Función Pública **(31)**.

En primer lugar, el dec. 467/1999 persigue como objetivo la constatación de falta administrativa por incumplimiento de los deberes y prohibiciones de los agentes pasibles del régimen disciplinario de la ley 25.164 y otros especiales que lo incorporen expresamente.

En segundo lugar, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) interviene como autoridad pública que sustancia los sumarios a las máximas autoridades **(32)** y resuelve el recurso interpuesto frente a sanciones no expulsivas **(33)**.

En tercer lugar, la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) interviene como organismo de

(25) Cfr. Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

(26) Ver inc. b) art. 2° ley 19.549

(27) Ver inc. c) art. 2° ley 19.549

(28) Ver arts. 4° y 5° dec. 1883/1991

(29) Ver art. 2° dec. 722/1996

(30) Ver dec. 467/1999

(31) Ver ley 22.140

(32) Ver dec. 1462/1994

(33) Ver arts. 124, 125 y 126 dec. 467/1999

control interno **(34)** en el perjuicio fiscal **(35)** registrado en el sumario disciplinario **(36)**.

En cuarto lugar, la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) interviene como órgano especializado del Ministerio Público Fiscal en el trámite sumario.

La especialidad del procedimiento sumarial **(37)** se confirmó cuando el legislador reguló el régimen disciplinario de empleo público y aseguró por ese sistema el debido proceso **(38)** para el personal alcanzado, así como su derecho a la participación en los procedimientos disciplinarios **(39)**.

Encomendó al Poder Ejecutivo que garantice la defensa en juicio en la reglamentación de esos procedimientos **(40)**. De hecho, el dec. 1421/02 fijó pautas de aplicación para las sanciones de apercibimiento, suspensión y cesantía sin instrucción de sumario administrativo **(41)**.

Luego el 01/11/2017 el Poder Ejecutivo reemplazó el soporte papel y aplicó una tramitación digital, intensiva e integral del procedimiento administrativo regulado por el dec. 1759/1972.

Adquiere relevancia el dec. 894/2017 para el procedimiento sumarial dado la vigencia de los requisitos de los recursos administrativos, suspensión de los efectos del acto recurrido y la existencia del recurso judicial directo **(42)**.

La subsistencia del procedimiento especial convive con el carácter supletorio del procedimiento general lo que exige en cada caso concreto un juicio de procedencia y compatibilidad que justifique el apartamiento del criterio de exclusión de especificidad.

(34) Ver ley 24.156

(35) Ver res. SIGEN 28/2006

(36) Ver art. 109 dec. 46719/99

(37) Cfr. Dictámenes PTN 270:313

(38) Ver art. 29 ley 25.164

(39) Ver inc. m) art. 16 ley 25.164

(40) Ver art. 38 ley 25.164

(41) Ver art. 35 dec. 1421/2002

(42) Ver art. 1° dec. 722/1996

En efecto, una admisión indiscriminada implicaría no solo la negación del procedimiento especial vigente sino también que se pueda considerar como válida la opción entre uno y otro procedimiento en forma indistinta **(43)**.

El 19 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo nacional **(44)** suspendió el curso de los plazos administrativos en los procedimientos especiales sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos.

Esta medida fue prorrogada por decs. 327/20, 372/20, 410/20, 458/20, 494/20, 521/20, 577/20, 604/20, 642/20, 678/20, 715/20, 755/20, 794/20 y 815/20 respectivamente.

La regla de la suspensión de los plazos solo cedía ante aquellos trámites vinculados a la emergencia pública y a ese efecto facultó a cada jurisdicción del Sector Público nacional **(45)** a disponer excepciones dentro de la órbita de su competencia.

Así ocurrió con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) **(46)** respecto a la ley 11.683, Agencia de Acceso de la Información Pública respecto a las leyes de 27.275 y 25.326, Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Alimentaria (SENASA) y Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) entre otros.

Sobre el particular, la suspensión de los plazos del sumario disciplinario se encontraba previsto para dos casos puntuales: de un lado, el supuesto de apartamiento del Instructor Sumariante y de otro, frente a la incidencia de la causa penal.

Por un lado, cuando se interpone la excusación del Instructor Sumariante ese planteo de apartamiento conduce a que la información sumaria o el sumario queda suspendido hasta el dictado de la resolución del Superior **(47)**.

(43) Cfr. Dictámenes PTN 267:588

(44) Ver dec. 298/2020 y sus prorrogas

(45) Ver art. 8° ley 24.156

(46) Ver resoluciones generales AFIP 4682/2020, 4692/2020, 4695/2020, 4703/2020 y 4722/2020

(47) Ver art. 25 dec. 467/1999

Por el otro, cuando el trámite debiera suspenderse por causa penal el Superior Jerárquico desafecta al Instructor y quedará suspendido todos los términos fijados por el reglamento **(48)**.

Actualmente la Procuración del Tesoro de la Nación precisó que la suspensión de procedimiento especial regulado por el dec. 467/1999 no importó un cese total de actividades en el ámbito público.

Ello así dado que marco normativo sucesivamente prorrogado solo dispuso la suspensión de los plazos sin que ello impida que el procedimiento especial continúe sustanciándose con normalidad en la medida que esa actividad sea posible **(49)**.

Más cercano en el tiempo, el 07/11/2020 el Poder Ejecutivo nacional restableció el curso de los plazos administrativos en los procedimientos especiales.

En efecto, el art. 2° del dec. 876/2020 los reanudó a partir del 30/11/2020 a cuyo efecto cada área administrativa de la jurisdicción no solo adoptará las medidas sanitarias pertinentes, sino que también asegurará una guardia mínima para su atención.

Como podemos observar el procedimiento administrativo del régimen disciplinario de empleo público encuadra dentro de los especiales cuya singularidad de su trámite justifica su apartamiento del procedimiento general del dec. 1759/1972 de la ley 19.549.

Esa especialidad fue ratificada en tiempos de normalidad por los decs. 722/1996, 467/1999 y 1421/2002. Con la emergencia pública en materia sanitaria consolidó con la suspensión de los plazos administrativos y su reciente reanudación por el Poder Ejecutivo nacional.

II.3. Digitalización: una tramitación integral del expediente administrativo por medios electrónicos en las jurisdicciones del Sector Público nacional

Para incorporar el uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TICS) en el procedimiento Administrativo el Poder Ejecutivo **(50)** actualizó el Reglamento aprobado por el dec. 1759/1972.

Así el dec. 894/2017 incorporó la firma digital **(51)**, Expediente Electrónico (EE), Gestión Documental Electrónica (GDE) **(52)**, Comunicaciones Oficiales (CCOO), Trámites a Distancia (TAD) **(53)** y la Plataforma de Autenticación Electrónica (PAEC) **(54)**.

El uso obligatorio **(55)** del GDE alcanzó a las funciones del Instructor Sumariante que integra el Cuerpo de Abogados del Estado. Incluso la digitalización **(56)** de todos los documentos en soporte papel impactó en el trámite del sumario.

Pero el art. 46 del dec. 467/1999 dispone que el sumario será secreto hasta que el Instructor dé por terminada la prueba de cargo y no se admite en esta instancia debate o defensa alguna a menos que se trate de solicitud de medidas de pruebas.

La reserva de la primera etapa se justifica no solo en el tema que se investiga en el sumario disciplinario sino también en la presunción inocencia de las personas vinculadas a esta actividad sancionatoria del Estado.

Así aparece la cuestión acerca de cómo asignamos carácter reservado a los documentos generados durante la sustanciación de sumario hasta su etapa contradictoria cuando las actuaciones que genera el sistema GDE son públicas y recae sobre el órgano de investigación la preservación del derecho de defensa del agente público.

El 11/10/2017 la Procuración del Tesoro de la Nación autorizó la asignación de carácter reser-

(48) Ver art. 130 dec. 467/1999

(49) Cfr. Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

(50) Ver dec. 434/2016

(51) Ver arts. 47 y 48 ley 25.506

(52) Ver dec. 561/2016

(53) Ver dec. 1063/2016

(54) Ver dec. 1265/2016

(55) Ver arts. 1º y 2º del dec. 561/2016

(56) Ver dec. 1131/2016

vado a toda actuación vinculada a la sustanciación de sumarios administrativos.

Esta reserva (GENE 00368) incluye a Dictámenes (IF Firma conjunta), Resoluciones (RESOL), Informes (IF), Instrucciones Sumariales, Providencias (PV), Oficios internos (NOTA), Citaciones (CEDIN) y Pericias del Módulo GEDO y EE del Sistema GDE **(57)**.

La lectura de ese precedente debe ser puesto en perspectiva a dos disposiciones centrales del Reglamento de Investigaciones Administrativas: de un lado, el art. 47 y de otro, el siguiente 48 del dec. 467/1999.

Por un lado, el primer artículo **(58)** apunta a una sustanciación del sumario en forma actuada cuya formación del expediente se apoya en la incorporación de anexos, pruebas, constancias y actuaciones siguiendo un orden cronológico de días y horas.

Por el otro, el segundo **(59)** persigue que toda actuación que se incorpore al expediente sea consistente con la foliatura y rúbrica del agente actuante. Así se reduce la posibilidad de raspaduras, enmiendas o interlineados que en caso de producirse deben ser salvadas.

Como podemos apreciar el secreto de la etapa investigación impone una reserva de documentos generados por la Instrucción. Con el expediente digital y la gestión documental electrónica se impone una adaptación de los arts. 47 y 48 del dec. 467/1999.

Con la ley 27.446 se profundizó la simplificación y desburocratización de la Administración pública nacional.

Desde su entrada en vigencia cada documento electrónico firmado digitalmente en el procedimiento administrativo por la jurisdicción usuaria goza de eficacia y valor probatorio debido a la interoperabilidad que produce su reconocimiento automático **(60)**.

En este contexto, el Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) diseñó un sistema integrado cuya plataforma permitió la caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos del Expediente en el Sector Público nacional.

Ese diseño centralizado prescindió de un acceso local a los organismos usuarios del Ecosistema cuya denegación impide la tramitación integral del expediente administrativo por medios electrónicos.

Así aparece la cuestión que indaga acerca como opera la tramitación electrónica integral del expediente electrónico cuando una falla temporal impide la disponibilidad del Generador de Documentos Electrónicos Oficiales (GEDO) para el uso de documentos digitales.

El 04/04/2020 el Poder Ejecutivo nacional aprobó un procedimiento de contingencia **(61)** que autoriza a las jurisdicciones del Sector Público nacional el dictado de actos administrativo en soporte papel y con firma ológrafa para situaciones excepcionales.

El Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) **(62)** dispuesto en emergencia pública sanitaria limitó la concurrencia no solo del público sino también de los agentes a la Administración pública nacional.

Esa circulación acotada ofreció una dificultad en los organismos centralizados, descentralizados y desconcentrados dado que impidió la celebración de audiencias presenciales —informativas **(63)**, indagatorias **(64)** o testimoniales **(65)**— en los sumarios administrativos que tramitan en cada jurisdicción.

Así aparece la cuestión acerca como recibimos la declaración de los agentes públicos restringidos en su libertad ambulatoria a través del expediente electrónico cuando el dec. 467/1999 consagró como regla la concurrencia del Ins-

(57) Ver Dictámenes PTN 303:036(2017)

(58) Ver art. 47 dec. 467/1999

(59) Ver art. 48 dec. 467/1999

(60) Ver art. 7º ley 27.446

(61) Ver dec. 338/2020

(62) Ver dec. 297/2020 y sus prorrogas

(63) Ver art. 62 dec. 467/1999

(64) Ver art. 61 dec. Nº 467/1999

(65) Ver art. 76 dec. Nº 467/1999

tructor Sumariante al lugar donde se produjo el hecho principal y promueve la inmediatez con el declarante.

En efecto, el RIA **(66)** reconoció facultades impulso procesal y dirección para que el abogado del Estado realice toda diligencia que resulte conveniente para alcanzar la verdad jurídica objetiva.

Con parejo énfasis la lectura de lo redactado por el Instructor por el declarante, así como la oportunidad en ese acto de realizar aclaraciones y suscribir el acta junto a los presentes **(67)**.

Todo integrante del Cuerpo de Abogados del Estado se encuentra a obligado a cumplir y hacer cumplir la Constitución nacional, las leyes y los reglamentos que se dicten **(68)**.

Ciertamente dicha obligatoriedad **(69)** se impone a quienes tienen a cargo la instrucción de sumarios y/o informaciones sumarias **(70)**.

El 13/07/2020 la Procuración del Tesoro de la Nación analizó la viabilidad jurídica de regular las audiencias a distancia en el procedimiento sumarial.

Se invocaron en el proyecto presentado la celeridad procesal y economía de recursos como razones especialmente atendibles en aquellas jurisdicciones con descentralización en distintos puntos del territorio nacional.

Frente al vacío normativo actual del dec. 467/1999 se admitió la videoconferencia como una excepción y se fijó algunas pautas para evitar nulidades derivadas de la implementación de esta práctica **(71)**.

Eso sí, en tanto y en cuanto, no se modifique el reglamento, las audiencias han de realizarse conforme a dicho cuerpo normativo **(72)**. Cuando ello ocurra la recepción de declaraciones mediante videoconferencias requerirá una evaluación de factibilidad tecnológica consistente con las garantías constitucionales en el procedimiento disciplinario.

Como podemos apreciar las audiencias a distancia a través de videoconferencia configuran una excepción que requiere de una reforma del RIA que recepte está práctica administrativa.

Más allá de celeridad procesal y economía de recursos de la jurisdicción que la adopte no podemos prescindir que en cada declaración del agente público —informativa, sumariada o testimonial— prevalece el debido proceso sustantivo —y todas sus garantías constitucionales y convencionales— por encima de factibilidad tecnológica.

El dec. 894/2017 incorporó la notificación electrónica dentro del Módulo de Comunicaciones Oficiales (CCOO) del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE).

En efecto, el actual inciso h) del art. 41 del dec. 1759/1972 prescribe como uno de los medios de notificación posible la plataforma electrónica de trámites a distancia (TAD).

En ese caso el usuario que constituye domicilio especial electrónico habilita su cuenta para la notificación especial desde el primer día hábil siguiente a su fecha de ingreso y desde ese momento comienza a computarse el plazo.

La condición de validez de la notificación a la parte interesada difiere acorde al art. 29 del dec. 467/1999 ya que circunscribe los medios: acceso al expediente, presentación espontanea, cédula, telegrama, carta documento, oficio certificado y personal en el lugar de trabajo.

De un lado, para el agente público que declarar como testigo la correcta notificación impide una incomparecencia que podría generarle una sanción disciplinaria.

De otro, para el agente público que declara como imputado o sumariado la validez de la

(66) Ver art. 10 dec. Nº 467/1999

(67) Ver Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

(68) Ver inciso d) del art. 23 de la ley 25.164

(69) Ver inc. a) art. 2º ley 25.188

(70) Ver art. 16 dec. 41/1999

(71) Ver Dictamen IF-2020-44507396-APN-DND#PTN del 13/07/2020

(72) Ver Dictamen IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

notificación representa el adecuado y oportuno ejercicio de derecho defensa sumado a la regularidad de la actividad del Instructor Sumariante y su Superior Jerárquico.

Así aparece la cuestión acerca de cómo notificamos en el procedimiento disciplinario cuando el curso de acción fijado por el art. 29 excluye la notificación electrónica y deviene improcedente modificar a través de la vía interpretativa el dec. 467/1999 con menoscabo al principio de legalidad **(73)**, jerarquía normativa **(74)**, seguridad jurídica **(75)** y previsibilidad **(76)**.

El 18/08/2020 la Procuración del Tesoro de la Nación ratificó que la notificación debe instrumentarse únicamente por los medios previstos expresamente por el art. 29 del dec. 467/1999 **(77)**.

Precisó que durante la emergencia pública en materia sanitaria el servicio postal receptado por el reglamento de ejecución ofrece una adecuada respuesta ya que se trata de una actividad exceptuada del ASPO **(78)**.

Como podemos apreciar los medios de notificación del art. 29 del dec. 467/1999 no fueron alterados por el dec. 894/2017. Dicha circunstancia adquiere relevancia para su validez de la actividad sumarial del órgano de investigación que se anuda al ejercicio del derecho de defensa.

III. Conclusiones

En primer lugar, la Procuración del Tesoro de la Nación se consolidó como autoridad de aplicación asignada por el Poder Ejecutivo nacional del dec. 467/1999. En ese rol su intervención como intérprete del Reglamento de Investigaciones Administrativas aportó plena operatividad al régimen disciplinario de empleo público.

En ningún caso la interpretación del reglamento de ejecución podrá desvirtuar el espíritu de la norma que solo podrá modificada por otra de igual jerarquía.

Sus principales contribuciones pueden apreciarse especialmente cuando analizó la situación de revista del instructor sumariante, la restricción temporal de la etapa de investigación, la sujeción del personal transitorio y el plazo de prescripción de la acción disciplinaria regímenes disciplinarios especiales.

Bajo esas directrices de hermenéutica jurídica a partir de estos precedentes se diseñaron recomendaciones comunes para la sustanciación de sumarios en las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado.

La principal recomendación reside en la observancia del principio de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica que aparece con centralidad en cada caso concreto y opera como límite sustantivo a estas pautas de actuación.

Cada interpretación o recomendación de la autoridad de aplicación pone de relieve la necesidad de efectuar reformas al cuerpo normativo. En esta dirección se inscriben la notificación electrónica y las audiencias a distancia entre otras innovaciones posibles.

En segundo lugar, el Reglamento de Investigaciones Administrativas es uno de los procedimientos especiales cuya singularidad consiste en el ejercicio correctivo de la potestad disciplinaria de la Administración pública.

El criterio de especialidad que lo excluye el régimen general se consolidó con el dec. 722/1996 y el legislador lo potenció con el art. 38 de la ley 25.164 reglamentado por el dec. 1421/2002. Ello se reforzó con la suspensión del curso de los plazos administrativos y su reanudación durante la emergencia pública en materia sanitaria.

La supletoriedad del dec. 1759/1972 queda supeditada a un juicio de compatibilidad exhaustivo y estricto para su procedencia y excluye cualquier aplicación indiscriminada del procedimiento general.

Así cuando el dec. 894/2017 digitalizó el expediente administrativo y se abandonó el so-

(73) Cfr. Dictámenes PTN 275:241

(74) Cfr. Dictámenes PTN 201:235

(75) Cfr. CS; Fallos 321:1248(1998)

(76) Cfr. CS; Fallos 339:1695(2016)

(77) Cfr. Dictamen PTN IF-2020-54206633-APN-PTN del 18/08/2020

(78) Ver inc. 21 art. 6º dec. 297/2020. En igual sentido, dec. 677/2020

porte papel y la firma ológrafa ello impacto en el procedimiento disciplinario. La reserva de la etapa de investigación prevista en el art. 46 del dec. 467/1999 fue consistente y compatible con el expediente electrónico con trámite reservado.

Con la implementación de la Gestión Documental Electrónica (GDE) y los Módulos de Comunicaciones Oficiales (CCOO), Expediente Electrónico (EE) y el Generador de Documentación Electrónico (GEDO) en el Sector Público nacional se hizo necesario la creación de un procedimiento de excepción para el dictado de actos administrativos de contingencia ante eventuales fallas del sistema en alguna de sus jurisdicciones.

En tercer lugar, la digitalización impuso una tramitación integral del expediente administrativo por medios electrónicos a los abogados que sustancian investigaciones administrativas en las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado.

El Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) limitó por razones sanitarias la circulación de los agentes públicos y administrados y promovió en la emergencia pública sanitaria un uso intensivo del GDE del órgano de investigación con el Trabajo Conectado Remoto (TCR).

Este nuevo escenario extendido por el dec. 167/2021 pone de relieve la necesidad de que se incorpore audiencias a distancia a través de videoconferencias y notificación electrónica a usuarios registrados a un nuevo reglamento de investigaciones administrativas que los regule expresamente lo que será valioso especialmente en el nivel descentralizado de la Administración pública nacional.

Análisis de la situación actual del personal militar incorporado a la Fuerza Aérea Argentina mediante la resolución 915/2001

Juan I. Rafti

Sumario: I. Personal militar integrante de la Fuerza Aérea Argentina y su relación de empleo público. La ley 19.101.— II. Situación del personal militar incorporado en el período comprendido entre el 23 de noviembre de 2001 y el 20 de noviembre de 2003. Resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA.— III. El decreto 462/2003.— IV. El anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la resolución 506/2007. Su inconstitucionalidad.— V. Bajas ordenadas por la FAA respecto de oficiales ingresados a la Fuerza en el período comprendido entre el 23 de noviembre de 2001 y el 20 de noviembre de 2003. Resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA.— VI. Bloque normativo para analizar la procedencia/improcedencia de las bajas otorgadas al personal militar incorporado a la FAA mediante la resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA.— VII. Procedencia de la acción de amparo contra actos de baja ordenados por la FAA al personal militar incorporado por la resolución 915/2001.— VIII. Conclusión.

I. Personal militar integrante de la Fuerza Aérea Argentina y su relación de empleo público. La ley 19.101

En el año 1971 se promulgó la ley 19.101 que rige al personal militar integrante del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Este último orden militar, en adelante, se denominará FAA.

En lo que respecta al análisis del presente trabajo, ello es, determinar el comienzo de la relación de empleo público militar, teniendo especial consideración al personal militar de la FAA incorporado en el período comprendido entre el 22 de noviembre de 2001 y el 20 de noviembre de 2003 —remitimos al lector al siguiente punto de este trabajo—, es determinante tener presente que el art. 27, ley 19.101, establece que el personal superior del cuadro permanente de las fuerzas armadas, se reclutará:

1) El destinado a desempeñar funciones de comando: en las escuelas o institutos militares especialmente destinados a tal fin en cada fuerza armada.

2) El destinado a desempeñar funciones profesionales: mediante los cursos o concursos de admisión que a tal fin se realicen en cada fuerza armada.

3) Como fuente complementaria de las señaladas en los incs. 1º y 2º de este artículo: mediante el ascenso a oficial del personal de suboficiales que satisfaga las exigencias que determine la reglamentación de esta ley.

A su vez, el art. 28, ley 19.101, establece que el ingreso a las escuelas o institutos de reclutamiento del personal superior de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, únicamente a los ar-

gentinos nativos o por opción. Los cadetes que hayan cursado satisfactoriamente dichas escuelas o institutos egresarán de ellos con el grado de subteniente, guardiamarina o alférez, según sea la fuerza armada a que pertenezcan.

A su turno, el art. 29, ley 19.101, determina que la incorporación a cursos o concursos de admisión para el reclutamiento del personal superior de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, únicamente a los argentinos nativos o por opción. Los candidatos que hayan satisfecho las exigencias de dichos cursos o concursos, y siempre que hayan obtenido el orden de mérito necesario, serán dados de alta "en comisión" con el grado que para cada caso determine la reglamentación de esta ley. *El alta "efectiva" se concederá a los tres años desde el alta "en comisión" y siempre que el causante haya satisfecho durante dicho plazo las exigencias que se reglamenten.* (El destacado nos pertenece).

De la lectura de los arts. 28 y 29 de la ley 19.101 previamente analizados surgen, de forma clara y sin hesitación, los momentos que fijan el inicio de la relación de empleo público militar, en el caso del personal superior: el egreso con el grado de subteniente (o equivalente) —equivalente a subteniente en la FAA es el grado de alférez— (art. 28, ley 19.101); el alta "en comisión" con el grado que para cada caso determine la reglamentación) (art. 29, ley 19.101). Todo lo cual no puede ser violentado por una resolución, ello no soporta mayor análisis por su palmaria inconstitucionalidad.

II. Situación del personal militar incorporado en el período comprendido entre el 23 de noviembre de 2001 y el 20 de noviembre de 2003. Resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA

Por res. 915/2001, de fecha 22 de noviembre de 2001 del señor jefe de Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, se resolvió aceptar la solicitud de incorporación transitoria presentada por el personal de la reserva no proveniente del cuadro permanente, egresados del Liceo Aeronáutico Militar, aprobando su incorporación voluntaria a los fines de su capacitación en el ámbito del Comando de Regiones Aéreas (Dirección Nacional de Policía Aeronáutica), a partir del 21 de noviembre de 2001 hasta el 20 de noviembre de 2003.

Dicho personal, durante el trascurso de su relación de empleo, cuenta con obra social y asignaciones familiares, es calificado anualmente por una junta militar de calificaciones, cada cuatro [4] años puede acceder al ascenso al grado inmediato superior si cumple con las exigencias reglamentarias **(1)**; asimismo, es pasible de un régimen disciplinario **(2)**, todo lo cual, al menos, presume una relación de empleo público con las garantías y beneficios que se otorgan al personal categorizado como de "planta permanente".

III. El decreto 462/2003

El dec. 462/2003, de fecha 03/03/2003, aprueba el Régimen de Incorporación de Personal Militar en Actividad por Períodos Determinados, prevista en el art. 11 de la ley 24.948. El art. 4º del Anexo I del citado dec. 462/2003 establece que la vinculación del personal con la respectiva Fuerza Armada se efectuará mediante la firma de un contrato, de acuerdo con lo establecido en el art. 14 del presente Régimen, en el que se fijarán los derechos y obligaciones de las partes, como así también el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo, que en ningún caso podrá superar los trece [13] años. Al término de dicho plazo, se producirá la baja obligatoria del personal, debiendo otorgarse, a solicitud del interesado, un certificado en el que conste la capacidad profesional, laboral u oficio adquirido en el servicio.

Este régimen, independientemente del análisis su constitucionalidad y/o inconstitucionalidad, no pude ser aplicado al personal Militar incorporado mediante la res. 915/2001, ello por el principio del derecho adquirido, el cual no puede ser violentado por una norma retroactiva en su perjuicio (en el caso inclusive de menor

(1) Conforme surge del cap. III de La ley 19.101.

(2) Al efecto se aplica el Reglamento del Régimen del servicio, denominado RAG 11 aprobado por el jefe del Estado Mayor General de La Fuerza Aérea Argentina en uso de las facultades atribuidas por el art. 24 de la ley 23.554 de Defensa Nacional. El cap. VI del RAG 11 regula el sistema disciplinario militar el cual, se insiste, se aplica al personal incorporado por la res. 915/2001.

jerarquía, como lo es un decreto), y por el principio general de progresividad de los derechos, máxime en materia de empleo público.

IV. El anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la resolución 506/2007. Su inconstitucionalidad

En el afán de materializar lo prescripto en el art. 4º del Anexo I del citado dec. 462/2003, en el año 2007 se dictó la res. 506/2007 que concentro un régimen de incorporación de personal a la FAA. En línea con lo prescripto en el dec. 462/2003, el art. 44 del Anexo "Alfa" de la citada resolución, establece que el personal que sea incorporado bajo este Régimen no podrá superar los trece [13] años en actividad.

De lo dicho surge que el Anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la res. 506/2007 deviene ilegítimo e inconstitucional por violar un precepto normativo de mayor jerarquía. Dicha norma, *cuyo rango es de resolución*, es regresiva respecto del art. 29 de la ley 19.101 analizado en el punto I de este trabajo.

Los derechos del trabajo, ya sea público o privado son progresivos y jamás regresivos, ello en atención al Estado neoconstitucional de derecho en que se encuentra el Estado argentino. Que el proceder de la FAA viola, además, el siguiente cuerpo normativo supra legal:

Viola el derecho a trabajar: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6.1) y Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.i).

Viola, asimismo, la obligación del Estado a proteger y respetar el trabajo: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18, "El derecho al trabajo", 04/11/2005, E/C.12/ GC/18, párrs. 6º, 22 y *passim.*

Viola el derecho a la estabilidad, como también el derecho a carrera administrativa: En la causa "Madorrán" **(3)** la CS sostuvo que los empleados públicos gozan de un derecho a la estabilidad propia y a la carrera administrativa que halla su fundamento en el art. 14 bis de la CN, la que posee carácter operativo **(4)**. La jueza Argibay, por su parte, si bien coincidió con sus colegas en esa aseveración, destacó el valor de la carrera administrativa y sostuvo que la reincorporación posibilita "retomar el curso de la carrera por el agente separado ilegalmente, derecho a la carrera que integra el concepto de la estabilidad" **(5)**, la estabilidad debe entenderse como "el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo".

Afortunadamente, esta perspectiva del trabajo —estatal y privado— como un derecho humano fundamental ha sido reconocida en las sentencias dictadas por la CS en casos relativamente recientes tales como "Aquino" **(6)**, "Vizzoti" **(7)**, "Álvarez" **(8)** y "Ascua" **(9)**, entre otros.

V. Bajas ordenadas por la FAA respecto de oficiales ingresados a la Fuerza en el periodo comprendido entre el 23 de noviembre de 2001 y el 20 de noviembre de 2003. Resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA

En este contexto, analizaremos las bajas ordenadas por la FAA durante el trascurso del año 2019, respecto del personal militar incorporado a la Fuerza Aérea Argentina por la res. 915/2001, de fecha 22 de noviembre de 2001, analizado en el punto II de este trabajo.

Al solo efecto de contextualizar solo se hará mención que en el trascurso del año 2019 se dieron una serie considerable de bajas de personal militar de la FAA incorporados por la res. 915/2001 (ver punto II de este trabajo) fundan-

(3) Fallos 330:1989 (2007).

(4) Voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi en el citado fallo.

(5) Consid. 4º del fallo citado.

(6) Fallos 327:3753, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688" (2004).

(7) Fallos 327:3677, "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA s/ despido" (2004).

(8) Fallos 333:2306, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud" (2010).

(9) CS, Fallos. 333: 1361, "Ascua, Luis R. c. SOMISA s/ cobro de pesos" (2010).

do ello en el art. 44 del Anexo "Alfa" de la res. 506/2007.

Recordemos, sustancialmente, que el art. 44 del Anexo "Alfa" de la res. 506/2007 establece que el personal que sea incorporado bajo este Régimen no podrá superar los trece [13] años en actividad.

A primera vista, sin necesidad de hesitación surge que si la FAA en el año 2019 "tomó la decisión" de dar *la baja* a gran parte de su personal incorporado por la res. 915/2001 debió iniciar sumario administrativo y dar el debido derecho de defensa, al personal militar correspondiente, de los supuestos hechos endilgados y de la normativa que tipifica las supuestas causales, situación que no aconteció con las bajas ordenadas en el trascurso del año 2019. A todo evento, y aun siendo desfavorable al personal militar, se insiste no se cumplió con los mínimos estándares del debido procedimiento (sumario administrativo, notificación con indicación de los recursos que disponibles contra el acto, oportunidad de defensa, en el mejor de los casos "por un menor grado de arbitrariedad e ilegitimidad", entre otros, los que solo se refieren, ya que, su análisis excede el propósito de este trabajo) si es que es posible ponderar las ilicitudes del órgano administrativo— no correspondía la baja sino *el retiro* al haber prestado los agentes referidos **(10)** servicios por más de quince [15] años, ello en atención a los arts. 20, 74, 79 y concs. de la ley 19.101, al respecto al artículo dice: "Art. 74.— Cualquiera sea la situación de revista que tuviera el personal en el momento de su pase a situación de retiro, el haber de retiro se calculará sobre el cien por ciento de la suma del haber mensual y suplementos generales a que tuviera derecho a la fecha de su pase a situación de retiro o de cese en la prestación de los servicios a que se refiere el art. 62, en los porcentajes que fija la escala del art. 79".

Que el retiro otorga al agente un haber mensual. Ello en el peor de los casos, y siendo no obstante contrario a los derechos del personal militar incorporado a la FAA entre noviembre de 2001 y noviembre de 2003, en los términos de la res. 915/2001, que conforme surge de los arts. 27, 28 y 29 de la ley 19.101 determinan que el alta "efectiva" se concederá a los tres años desde el alta "en comisión" y siempre que el causante haya satisfecho durante dicho plazo las exigencias que se reglamenten.

VI. Bloque normativo para analizar la procedencia/improcedencia de las bajas otorgadas al personal militar incorporado a la FAA mediante la resolución 915/2001 del jefe de Estado Mayor General de la FAA

Que el boque normativo para analizar las "bajas" del personal militar incorporado por la res. 915/2001, entendemos se compone por los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 28, 31, 33 y 43 de la CN y el régimen de la jerarquía de los tratados internacionales incorporados, con sus distintas jerarquías, a través del art. 75, inc. 22 de la Carta Fundamental y, asimismo, de las leyes 25.164, 19.549 y 19.101.

Todo lo cual no fue evaluado por la FAA al momento de ordenar las bajas en los términos referidos con anterioridad.

Que, de lo expuesto, al aplicar el art. 44 del Anexo "Alfa" de la res. 506/2007, para dar de baja al personal militar egresado de instituciones militares con el grado de Alférez e incorporados a prestar servicios en la FAA por la res. 915/2001, surge un agresivo marginamiento del bloque normativo federal anteriormente descripto, necesariamente aplicable al caso.

En atención de lo hasta aquí expuesto, el personal de la FAA se encuentra sometido a un "régimen de contratación" no solo inconstitucional, sino arbitrario, donde, asimismo, se proceden institutos de bajas o retiros sin ningún tipo de fundamento legal y se confunden dichos institutos que presentan previsiones normativas totalmente diferentes, desconocidos por los órganos de asesoramiento y dirección internos de la FAA.

Por otro lado, no son menores las consecuencias desfavorables del régimen del personal militar analizado en este trabajo, al cual no se les permite acceder a créditos del IAF (Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pen-

(10) Cualquier agente incorporado entre noviembre de 2001 y noviembre de 2003, en los términos de la res. 915/2001, al año 2019 presenta más de quince [15] años de servicio en la FAA.

siones Militares), planes de vivienda o contar con una resulta previsión a futuro de lo que va a acontecer —teniendo en cuenta que en el año 2019 se dieron importantes bajas del personal militar conforme fuera analizado en este trabajo—; instituidas respecto a la falta de continuidad laboral y económica. Todo ello, cuestiones inconcebibles en un estado neoconstitucional de derecho como el nuestro.

El Anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la res. 506/2007 (JEMGFAA) viola los principios contenidos en el art. 28 de la CN. Este artículo establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio —debiéndose tener en especial atención que lo que se cuestiona es una resolución que no cuenta con la jerarquía de una ley—. La res. 506/2007, asimismo, agrede los arts. 14 y 14 bis de la CN, y especialmente a los arts. 28 y 29 de la ley 19.1101 a los cuales, como se adelantó, solo debe reglamentar y no soslayar.

El ámbito de legalidad y sobre todo de legitimidad del quehacer de los poderes constituidos, legislativo, ejecutivo y judicial, está enmarcado por la primera parte del art. 14 de la CN, donde dice que los derechos si bien absolutos, se dan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, lo que quiere decir, que el derecho es absoluto en sí mismo, pero su reglamentación importa la existencia de límites legítimos al ejercicio de esos derechos o de esas garantías, y que esas limitaciones están en manos tanto del poder legislativo, cuanto del ejecutivo y del judicial. Este último a través de sus sentencias. Lo que impide dicha norma es que la reglamentación soslaye los derechos reconocidos en la ley.

Conforme lo interpretado, el Anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la res. 506/2007 (JEMGFAA) excede el límite del quehacer del Poder Ejecutivo y su capacidad reglamentaria y, asimismo, viola las garantías más elementales de razonabilidad y coherencia, en un Estado de derecho que pretende ser estado de razón (estas garantías innominadas se encuentran garantizadas en el art. 33 de la CN).

El art. 29, ley 19.101, determina que la incorporación a cursos o concursos de admisión para el reclutamiento del personal superior de las fuerzas armadas se concederá, según lo determine la reglamentación de esta ley, únicamente a los argentinos nativos o por opción. Los candidatos que hayan satisfecho las exigencias de dichos cursos o concursos, y siempre que hayan obtenido el orden de mérito necesario, serán dados de alta "en comisión" con el grado que para cada caso determine la reglamentación de esta ley. *El alta "efectiva" se concederá a los tres años desde el alta "en comisión" y siempre que el causante haya satisfecho durante dicho plazo las exigencias que se reglamenten* (el destacado nos pertenece).

En el panorama descripto, se da la situación de que el personal militar de la FAA incorporado por la res. 915/2001, nunca firmó el contrato que refiere la res. 506/2007, y que conforme la aplicación literal de la ley 19.101, su vinculación a la FAA, en carácter de personal de planta permanente, se efectivizo al trascurrir el plazo de tres [3] años establecido en el art. 29 de la citada ley.

No obstante ello, la FAA durante el año 2019 procedió ilegítimamente a ordenar bajas de personal militar que prestaban más de diecisiete [17] años de servicios en la FAA mediante el dictado de resoluciones que, además, violentan principios fundamentales de derecho administrativo, que implica el debido procedimiento adjetivo: cumplir con debida causa, estar debidamente motivados, cumplir con la notificación, indicar los recursos que contra esta proceden, entre otros. Al respecto, es menester tener presente que, a los actos administrativos dictados por la FAA, se aplica supletoriamente la ley 19.549 y su decreto reglamentario, pues así surge del art. 2º del dec. 722/1996 de procedimientos especiales que enumera al procedimiento de las fuerzas armadas y de seguridad. También lo sostuvo la PTN en dictamen 130/2013 (t. 286, p. 12) y la CS en Fallos 311:255, 312:1250, 322:551 y 327:4681).

Asimismo, conforme fuera adelantado, las órdenes de bajas del personal militar incorporado mediante la res. 915/2001 violan lo establecido en los arts. 20, 74, 79 y concs. de la ley 19.101, que determinan la improcedencia de la baja, correspondiendo —incluso en el caso más perju-

dicial al militar **(11)**— *el retiro* al haber prestado los agentes referidos servicios por más de quince [15] años.

VII. Procedencia de la acción de amparo contra actos de baja ordenados por la FAA al personal militar incorporado por la resolución 915/2001

Ante las órdenes de baja del personal militar en los términos expuestos —la que se podría continuar dando en la actualidad— una medida que deberá ser analizada en cada caso concreto, teniendo muy en cuenta las peculiaridades que dicha acción presenta, y el fuero al cual se enfrenta, es optar por iniciar una acción de amparo.

Liminarmente consideramos destacar que las cuestiones atinentes a las acciones de amparo deben ser juzgadas a la luz del principio de tutela judicial efectiva.

Este constituye un criterio rector en todo proceso. Impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares, y asegura a las personas el acceso a un juez para hacer valer sus derechos y obtener una decisión judicial razonablemente pronta, efectiva y eficiente. Surge de los arts. 18, 116 y concs. de la CN, así como del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —todos ellos, instrumentos que gozan de jerarquía constitucional, en virtud del art. 75, inc. 22, CN—.

El art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Ello genera un deber positivo de garantía por parte del Estado, que debe asumir un rol activo en remover los obstáculos para el disfrute de los derechos.

Ergo, inescindiblemente unidas a la tutela judicial efectiva se encuentran las acciones de amparo que, en algunos casos, se erigen en presupuesto indispensable para la materialización de aquella. El desconocimiento de la tutela del amparo, en ocasiones, lleva a la imposibilidad de dictar una sentencia útil. Ello si previamente se encuentran acreditadas todas las cuestiones conducentes para el otorgamiento de la pretensión mediante el proceso de amparo. En ciertos casos la tutela del amparo es inseparable del derecho de acción y forma parte de la garantía a un debido proceso.

Que ante un otorgamiento de baja de un personal militar incorporado mediante la res. 915/2001 cuyo fundamento se motive en el Anexo "Alfa", párr. 56, inc. 1º de la res. 506/2007 (JEMGFAA), entendemos se dan los presupuestos del amparo. No obstante, ello, es conocida la reticencia del órgano judicial a habilitar la acción de amparo, todo lo cual debe ser debidamente ponderado al momento de iniciar la acción judicial.

De lo expuesto en los surge que, para la procedencia de la acción en cuestión, deben reunirse determinados requisitos.

1) Acto de autoridad pública

Se trata de la orden impartida por la Fuerza Aérea Argentina, dependiente del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, que, mediante un acto administrativo, ordena la baja del personal militar incorporado mediante la res. 915/2001.

2) Idoneidad y excepcionalidad de la vía

El amparo constituye una de las herramientas fundamentales dentro del acceso a la justicia. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 25 regula expresamente el derecho de toda persona a un "recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la am-

(11) El retiro se produce por las causales establecidas en el tít. III de la ley 19.101, las cuales no son contempladas en los actos administrativos de la FAA en comentario, insistiendo en que el personal militar bajo análisis goza de estabilidad propia en el cargo y la única causal de su apartamiento de la FAA es mediante el correspondiente sumario administrativo cumpliendo los derechos y garantías que establece el debido procedimiento administrativo ya referidos en el punto V de este trabajo.

pare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención (...) Esta disposición se complementa con la regla del art. 8º (la cual 'rescribe los componentes mínimos del debido proceso'), aunque con las modulaciones necesarias a fin de no desvirtuar su condición expedita".

Según la propia Corte IDH, el art. 25 "es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados parte y por la Convención" **(12)**.

El objeto y fin de la Convención es la eficaz protección de los derechos humanos, por lo que debe interpretarse de manera que le otorgue su máximo efecto útil.

Habrá que demostrar que no existe una vía judicial más idónea y rápida que proteja los derechos constitucionales vulnerados, entre los que consideramos el derecho a trabajar, la estabilidad del empleo público, el debido proceso, el derecho a carrera administrativa y el derecho a la igualdad.

Asimismo, es importante ponderar que, ni el agotamiento de la vía administrativa ni el reclamo administrativo previo como formalización de un tránsito obligatorio por una instancia anterior, constituyen recaudos pertinentes para el acceso a la jurisdicción por la vía de la acción expedita del amparo.

Que, asimismo, se deberá demostrar que de utilizarse los medios ordinarios, por la naturaleza del caso, se generaría un grave e irreparable daño al personal militar en cuestión; en este sentido es menester destacar que por medios ordinarios se entiende a remedios judiciales ordinarios y no de otra índole —como pueden ser los administrativos—, esto es por la naturaleza de la garantía fundamental que reviste el amparo y porque ni la Constitución Nacional, ni los tratados a ella incorporado con igual rango que constituyen el piso de regulación de la garantía establecen una restricción como la que implicaría una interpretación contraria. Asimismo, el art. 43 de la CN expresamente establece que el amparo podrá interponerse siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, de consumo con los arts. 8.1.h y 25.1, CADH.

Se debe recalcar la interpretación, a la cual adherimos, que encuentra en el art. 43 de la Carta Magna una garantía constitucional autooperativa. Es decir, al referirnos que las disposiciones contempladas en dicho artículo de la Ley Fundamental son directamente operativas, se pretende significar que la normativa constitucional que ofrece la arquitectura del amparo es plena; es decir, se autoabastece por sí misma, no requiriéndose por vía de principio que se lleve adelante el desarrollo legislativo por parte del Congreso de la disposición, en razón que su ausencia de ninguna manera puede ser causal que pueda esgrimirse para impedir su integral aplicación jurisdiccional.

Que la Constitución Nacional (cuando en su art. 43 dice "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo") especifica el carácter excepcional de la acción de amparo.

Por lo tanto, ante un hecho o acto que vulnere, amenace, restrinja, limite o lesione algún derecho tutelado por la Constitución, los tratados o las leyes, habrá que determinar si existe alguna vía legal (ya sea, un juicio, proceso, interdicto, recurso, querella, demanda, etc.) útil para enfrentar al evento dañoso. De esto se infiere que la mera existencia de otras vías de solución de conflictos no obsta a la procedencia de la acción de amparo, dado que debe priorizarse la idoneidad, es decir, la aptitud del mecanismo legal para dar respuesta al conflicto.

En este caso, por el tipo de derechos vulnerados y por la entidad de sus afectaciones, una acción rápida y expedita como el amparo emerge como la más pertinente para garantizar la plena restauración del orden jurídico y la total protección de las afectaciones inminentes a producirse engrave perjuicio del personal militar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "si bien la existencia de medio le-

(12) Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 32, y Opinión Consultiva OC-9/87.

gal para la tutela de los derechos que se reputan violados impide utilizar la vía excepcional del amparo, ello es a condición de que aquel medio sea adecuado en las circunstancias de la causa para dar satisfacción total a la pretensión" (CS, ED, 1-13).

Por ende, el amparo consiste en una acción pertinente para casos, en el que se deben resguardar derechos esenciales que un proceso ordinario no podría proteger de manera efectiva y rápida.

En lo que a este caso respecta, la vulneración de derechos fundamentales como son el derecho a trabajar y la estabilidad propia en el empleo público, interpretado de manera amplia abarcando el derecho a una vida digna, siendo el trabajo público un derecho humano, como, asimismo, la violación al debido proceso adjetivo y al derecho de igualdad.

Que el principio de dignidad humana ha provocado, asimismo, el reconocimiento del trabajo —público y privado— como un derecho humano fundamental. Esa circunstancia queda evidenciada al advertirse que los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional por vía del art. 75, inc. 22, de la CN consagran el "derecho a trabajar" **(13)**, el cual debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" **(14)**.

Con tal orientación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] a.ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias" **(15)**.

Como se ha dicho desde el plano supranacional, el citado derecho a trabajar "[e]ngloba todo tipo de trabajos e impone al Estado claras obligaciones de respetarlo y protegerlo" **(16)**.

En tal orden de ideas, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador expreso, este evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, ya que, la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente" **(17)**.

Afortunadamente, esta perspectiva del trabajo —estatal y privado— como un derecho humano fundamental, conforme ya afuera adelantado en este trabajo, ha sido reconocida en las sentencias dictadas por la CS en casos recientes tales como "Aquino", "Vizzoti", "Álvarez" y "Ascua"—citados *ut supra*—, entre otros.

Que entendemos que cuando la arbitrariedad e ilegalidad es manifiesta, sumado al daño irreparable que ella importa, queda descartada la idoneidad de los procedimientos ordinarios para resolver la crisis constitucional que nos concierne.

Que, asimismo, todo lo analizado debe ponderase en conjunción con el nuevo paradigma que considera como derecho humano al trabajo —conforme el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—.

A veces surge palmaria la necesidad de pronta intervención del órgano judicial con la máxima celeridad y urgencia, dado que la remisión de la cuestión a los procesos comunes impediría reparar las consecuencias del acto lesivo en forma oportuna, ello por cuanto se evidencia la inminencia de la lesión producto de la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de la autoridad pública conforme se viene analizando en esta presentación.

(13) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6.1) y Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5ºo.e.i).

(14) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1).

(15) Art. 7º.

(16) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 18, "El derecho al trabajo", 04/11/2005, E/C.12/GC/18, párrs. 6º, 22 y passim.

(17) "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, serie A 18, párr. 139.

3) Lesión actual

Se deberá acreditar que el acto produce una lesión actual en el personal militar.

Téngase presente que se ha asentado que "[l]a irreparabilidad, entonces, viene a ser condición suficiente para la procedencia de la acción de amparo, y es tanto, como la inexistencia de otra vía hábil o la imposibilidad de recurrir a otra vía, o la insuficiencia de esta. Aun cuando hallan otras vías paralelas, se daría el caso de irreparabilidad, no obstante, si ellas no fueran suficientemente reparadoras, en la medida en que lo es el juicio de amparo" **(18)**.

4) Derechos y garantías constitucionales vulnerados

La actividad dañosa del poder público descripta en esta presentación conculca los derechos a:

- La estabilidad propia

Siguiendo al Dr. Grisolia (2015), se puede decir que la estabilidad propia es vulnerada cuando: "a) la cesantía se dispone sin causa legal suficientemente razonable; b) se dispone sin sumario previo, y sin forma suficiente de debido proceso..." **(19)**.

Por otro lado, el Dr. Bidart Campos (1993) manifiesta lo siguiente: "Si se analizan y comparan los términos constitucionales con los que la propia Corte se maneja, se tendrá que para el empleado público la cláusula pertinente habla en forma clara de 'estabilidad', en tanto que, para el empleo privado, la fórmula es la de 'protección contra el despido arbitrario'. Cabe suponer, entonces, que, si la Constitución hubiera querido tutelar de igual forma al empleo público y al privado no hubiera empleado dos fórmulas diferentes. El vocablo 'estabilidad' es claro y tajante, y difiere en mucho de la mera 'protección contra el despido arbitrario' establecido para el empleado privado. Por otra parte, si ambas fórmulas implicaran la misma protección y se resolvieran igualmente con la indemnización suficiente, carecería de sentido su desdoblamiento. La 'estabilidad', entonces, no es otra que la 'estabilidad propia', cuyo primer efecto al ser violada es el de la reincorporación del agente. En tanto, con la 'protección contra el despido arbitrario' se entiende la 'impropia', la que al violarse obliga solo al resarcimiento indemnizatorio" **(20)**.

El despido arbitrario de un trabajador que goce de estabilidad propia o absoluta es nulo.

Cuando un acto jurídico es nulo, la consecuencia jurídica de la declaración de su nulidad consiste en el deber de volver al estado anterior de las cosas previas a la nulidad, lo que implica lisa y llanamente disponer la inmediata suspensión del accionar ilegítimo del Poder Ejecutivo que pretende violar el derecho fundamental y humano que la estabilidad propia garantiza al agente público.

- Violación del derecho a carrera administrativa

En el ámbito de la relación de empleo público, el derecho a la carrera ha sido definido como "... un derecho administrativo del agente cuando ha ingresado a la administración para gozar de todas las situaciones jurídicas y los beneficios que le conceden los estatutos" **(21)**.

En tal sentido, se ha considerado que dicho derecho constituye una prerrogativa fundamental del agente público, y comprende el de estar constantemente bien "encasillado". Ello, por cuanto el correcto encasillamiento comporta la base para que el derecho a la carrera siga el curso debido **(22)**.

(18) Conf. LAZZARINI, José L., "El juicio de amparo", Ed. La Ley, año 1967, p. 97.

(19) GRISOLIA, Julio A., "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., 3ª reimp., t. I, p. 172.

(20) BIDART CAMPOS, Germán J., "La estabilidad del empleado público", Ed. El Derecho Universitas, Buenos Aires, 1993, SAIJ: DACA930189.

(21) FIORINI, Bartolomé, "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 559.

(22) CNFed. Cont. Adm., sala I, 13/09/1990, autos "Aguado, Alberto P. c. Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)", LA LEY, 1991-C, 255 - DJ, 1991-2, 319. Cita Online: AR/JUR/399/1990.

En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la carrera se desprende de la admisibilidad o ingreso en el empleo público conforme la exigencia de idoneidad (art. 16, CN), requisito que junto a la garantía de estabilidad (art. 14 bis, párr. 1º, CN) sustenta el desarrollo de la carrera administrativa, todo ello según recaudos estatutarios de legalidad, razonabilidad e igualdad de tratamiento y sin perjuicio de las premisas de evaluación, capacitación y/o antigüedad jurídicamente requeridas para cada promoción de nivel, grado o categoría.

Asimismo, conforme el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Norma Supranacional de Jerarquía Constitucional conforme art. 75, inc. 22, CN), "... los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad".

Conforme las previsiones del art. 8º —párr. 2º— Anexo de la Ley Marco 24.164 de Regulación del Empleo Público Nacional, la carrera administrativa debe contemplar "... la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad de la función a cubrir, de la promoción o avance en la carrera basada en la evaluación de la eficiencia, eficacia, rendimiento laboral y de exigencias de capacitación acorde con las necesidades de las tareas o funciones a desarrollar, así como la previsión de sistemas basados en el mérito y la capacidad de los agentes, que motiven la promoción de los mismos en la carrera".

En comunión con lo expuesto, el art. 16, inc. c) —Anexo— de la ley precitada establece entre los derechos de las personas vinculadas laboralmente con la Administración Pública Nacional, la "...igualdad de oportunidades en la carrera". Siguiendo dicho precepto normativo, el art. 18 destaca que las promociones a cargos vacantes "... solo procederán mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y aptitudes". Asimismo, el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable deberá contemplar "... los mecanismos de participación y de control que permitan a las asociaciones sindicales verificar el cumplimiento de los criterios indicados".

En igual sentido, el dec. regl. 1421/2002 determina en su art. 8º, párr. 3º que las normas que se dicten en materia de carrera administrativa y sistemas de evaluación "... garantizarán la aplicación de los principios de igualdad de oportunidades, transparencia y publicidad en los procedimientos".

Otra previsión normativa relevante resulta el art. 6º, Anexo I del dec. 993/1991 - Sistema Nacional de la Profesión Administrativa (SINAPA), mediante el cual se especifica que la carrera del agente refleja una "... resultante del progreso en su ubicación escalafonaria, mediante la promoción a los distintos niveles y grados y el acceso a las funciones que sean tipificadas como ejecutivas..." en los términos normativos, destacando que debe respetar "... los sistemas de selección y procedimiento de evaluación del desempeño establecidos".

Tal como enseña Marienhoff, el denominado "derecho a la carrera" es un derecho fundamental del agente público que comprende en su reconocimiento y protección: a) encontrarse correctamente encasillado o ubicado en el escalafón, b) la posibilidad de ascender, c) la viabilidad de ser trasladado, d) acceder al retiro o jubilación en condiciones satisfactorias. Puntualiza este autor la importancia de hallarse bien "encasillado" dentro del escalafón, por cuanto dicho resguardo constituye la base para que el "derecho a la carrera" siga el curso debido, pudiendo progresar dentro de las clases, grupos y categorías previstas estatutariamente. En tal sentido, todo agente —como consecuencia del "derecho a la carrera"— cuenta con el derecho a ser correctamente "encasillado" (ubicado) dentro del escalafón **(23)**.

Se ha precisado como alcance sustancial de este derecho, que cada agente pueda progresar dentro de las clases, los grupos o categorías previstos, cumpliendo las condiciones y requisitos necesarios para ello, incluyendo estar debida-

(23) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, t. III-B, ps. 304, 305 y ss.

mente encasillado, ascender y llegar finalmente a los beneficios previsionales **(24)**.

Por otra parte, se tiene presente que las facultades de la Administración para disponer los ascensos, y en general, las mejoras propias de una verdadera carrera administrativa, no obstante estar por lo general reguladas por el ordenamiento normativo, resultan —esencialmente— discrecionales, pero bajo ningún concepto arbitrarias, por cuanto se encuentran limitadas teniendo presente su finalidad, que no se circunscribe a la mejora individual del agente beneficiado sino —principalmente— a la mejor prestación del servicio y de la actividad administrativa y porque es común que el régimen de los ascensos —sus condiciones, modalidades, sistemas de selección, etcétera— se encuentren fijados por la ley o por los reglamentos específicos, que introducen restricciones de aquella potestad discrecional, a las que el órgano decisor en ejercicio del denominado "poder administrador" debe someterse **(25)**.

Tal como se ha analizado, el ascenso o promoción de grado es consecuencia del derecho a la carrera, en cuya instancia rigen principios de publicidad, capacidad, mérito e igualdad que deben necesariamente respetarse **(26)**.

En muchos casos la eficiencia y legalidad de los sistemas de evaluación resultan esenciales para brindar una protección legal y materialización eficiente de los ascensos dentro de la carrera administrativa. En tal sentido, se ha observado la importancia que tales instancias evaluativas incorporen mecanismos a través de los cuales las personas puedan reclamar o expresar su discrepancia frente a la valoración efectuada, resultando sustancial erradicar la utilización inadecuada de la evaluación como apoyo de prácticas arbitrarias, despóticas o incursas en la figura de acoso moral **(27)**.

En definitiva, tal como expusiera Sayagüés Laso, el ascenso como consecuencia del derecho a la carrera administrativa refleja una promoción o adelanto en la situación jerárquica, progresando desde grados inferiores hasta los de jerarquía más elevada, sin depender de "... la buena o mala voluntad" de las instancias gubernamentales. Por otra parte, resalta que la Administración cuenta con facultades discrecionales en materia de ascensos, pero tal prerrogativa se encuentra generalmente limitada por textos constitucionales o legales que determinan su forma y mecanismos para efectuarlos. Las instancias de reclamos y recursos administrativos y acciones en instancia judicial operan

(24) En el derecho comparado, cabe referenciar como antecedente normativo relevante en el tratamiento de la temática, a la ley 7/2007 que regula el Estatuto Básico del Empleo Público de España (12 de abril de 2007, "BOE" 89, de 13 de abril de 2007. Referencia: BOE-A-2007-7788), que determina en su art. 14 como derechos individuales de los empleados públicos el desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional (inc. b, artículo precitado); la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación (inc. c) y formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral (inc. g, artículo precitado). Se destaca también en el estatuto referido —como consecuencia del derecho a la carrera— el derecho a la promoción profesional (art. 16, inc. 1º). Asimismo, se define a la carrera profesional como el "conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad", resultando obligación de la Administración Pública promover la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

(25) ESCOLA, Héctor J. (colab.) — COMADIRA, Julio R. (coord.) — COMADIRA, Julio P. (act.), "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 1028 y ss.

(26) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 307.

(27) Criterio expuesto en la Carta Iberoamericana de la Función Pública. Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003. Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno (res. 11 de la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 14-15 de noviembre de 2003). Cap. IV. Requerimientos Funcionales de la Función Pública. Punto 25.c) La evaluación de rendimiento de las personas debe orientar a su desarrollo y crecimiento profesional. En tal sentido, BARRAZA, Javier I., "La evaluación de desempeño de los agentes públicos", LA LEY, 2012-A, 695. Ver también interesante aporte doctrinario de IVANEGA, Miriam, "La Administración pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad", LA LEY, 2011-B, 676.

como garantías de los afectados frente al incumplimiento de las normas aplicables en la materia o aquellas decisiones arbitrarias que afectan dicho derecho **(28)**.

Es importante valorar que toda herramienta normativa y accionar estatal conducente para garantizar los lineamientos esenciales del derecho a la carrera, con su consecuente concreción en términos de promover el crecimiento a nivel escalafonario y remunerativo y los procesos de capacitación y profesionalización permanente, coadyuvan en definitiva a instrumentar un aporte valioso tendiente al fortalecimiento de la eficiencia administrativa de todo ente estatal **(29)**.

Tales facultades discrecionales que resultan procedentes para definir la promoción de grado o ascensos, siempre se encuentran supeditadas al marco de juridicidad y el criterio de razonabilidad que debe imperar en su ejercicio. De acuerdo con lo expuesto, se ha definido a la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere, a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho. Debido a lo señalado, la discrecionalidad administrativa surge de un orden jurídico que expresa o implícitamente la autoriza **(30)**.

En comunión con los fundamentos expuestos, se ha considerado que el derecho a la carrera del agente comprende el de estar continuamente bien "encasillado" o ubicado en el escalafón. Es fundamental tal circunstancia, toda vez que ello constituye la base para que el citado derecho permita seguir el curso debido, es decir, progresar dentro de las clases, grupos y categorías pertinentes. La ilegítima o indebida ubicación de un agente en el escalafón, de cuyo acto reciba perjuicios, puede ser objeto de revisión por parte de la justicia **(31)**. Por otra parte, se ha especificado que el ejercicio de las facultades discrecionales de calificación debe realizarse dentro de los límites de la legalidad y de la razonabilidad, atendiendo a no ocasionar un inmerecido perjuicio al agente, en cuyo caso resulta adecuada una nueva calificación del profesional por el período comprendido **(32)**.

Por otra parte, la desigualdad de criterios valorativos o "categorizaciones" indebidas en materia de ascensos, vulneran los recaudos constitucionales de este derecho de carrera administrativa que siempre debe receptar premisas de legalidad, igualdad de oportunidades y tratamiento en todas sus instancias. De tales preceptos se desprende que toda compensación remunerativa o categorización transitoria por ejercicio de función jerárquica, en términos normativos estatutarios cesa en sus efectos a nivel escalafonario y remunerativo con la renuncia, cese o limitación del ejercicio del cargo, en cuyo caso el agente vuelve a revistar en el grado o categoría anterior a tal responsabilidad jerárquica, todo ello sin perjuicio de valorarse las calificaciones o evaluaciones favorables, los tiempos mínimos cumplidos y los antecedentes funcionales respectivos para la próxima promoción de grado.

Dicha solución armoniza con los preceptos constitucionales analizados en materia de carrera administrativa, especialmente vinculados con la igualdad de tratamiento, ética en la función pública, valoración de méritos y antece-

(28) SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, t. I, ps. 348-349.

(29) EIZAGUIRRE, Sandra, "Empleo público y procedimiento administrativo", RDLSS 2011-15-1338. Abeledo-Perrot 0003/402739.

(30) SESÍN, Domingo J., "La discrecionalidad administrativa y el procedimiento administrativo". Publicado en Procedimiento Administrativo, Pozo Gowland, Halperín y otros (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, ps. 418 y ss. En igual sentido: SESÍN, D., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa". Publicado en Documentación Administrativa, 269-270, mayo-diciembre 2004, Madrid, INAP, ps. 87 y ss. COMADIRA, Julio R., "La actividad discrecional de la Administración pública. Justa medida del control judicial", ED, 186-601. IVANEGA, Miriam M., "Empleo público y discrecionalidad administrativa", Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social 2012-5-411 de Abeledo-Perrot.

(31) CNCiv., sala G, 16/02/1990, autos "López de Salvino, Edith R. c. Municipalidad de Buenos Aires", LA LEY, 1990-C, 351 - DJ, 1990-2, 736. Cita Online: AR/JUR/1867/1990.

(32) CFed. Salta, 14/03/2013, autos "F., J. A. c. AFIP", LLOnline; Cita Online: AR/JUR/3265/2013.

dentes y un criterio de retribución justa acorde a la responsabilidad asignada a nivel funcional o jerárquico durante el período efectivo de su desempeño.

Que en un Estado de derecho no se puede permitir que el Estado de una manera denigrante, arbitraria, ilegítima, sin fundamento alguno, sin respetar ningún tipo de norma, principio o valor vigente en el ordenamiento jurídico soslaye los derechos más fundamentales de la persona humana en su relación de empleo público, detente no solo contra el agente público, sino contra su familia, su psiquis, y la sociedad entera toda que se ve afectada por actuares indignos de un estado de derecho.

Todas las violaciones a los derechos fundamentales del ser Humano que fueron analizadas en este trabajo, la FAA pretende "eliminarlas", desamparando completamente al agente público. El sinónimo completamente no es caprichoso, ya que, el desamparo se fue dando de manera sistemática y continuada a lo largo de toda la relación de empleo público militar **(33)**.

- *Violación al debido proceso adjetivo*

El acto administrativo es el medio a través del cual el Poder Ejecutivo, en sus distintas orbitas, ejerce la función de administrar, mediando entre el logro del interés público y las necesidades, derechos e intereses de los particulares.

Sin embargo, se llega a este acto como culminación de un procedimiento administrativo, regido por la ley y los principios del proceso.

"El proceso constituye uno de los instrumentos protagónicos en el mantenimiento de la vigencia del Estado de derecho, especialmente en el subsistema jurídico del derecho administrativo, cuyo objetivo es lograr el equilibrio en la ecuación poder-libertad" **(34)**.

Sin embargo, es habitual ver desviaciones del procedimiento y la legalidad que debe imperar en la actuación administrativa, situación de gravedad cuando se comprende que, detrás de cada obligación y principio procesal se protege un derecho y/o garantía constitucional de los ciudadanos.

Uno de los principios rectores del derecho público, que generalmente se encuentra violado por las órdenes de Baja del personal militar incorporado mediante la res. 915/2001 es el del debido procedimiento previo y debido proceso adjetivo, que abarca el derecho a ser oído, a producir prueba y a una resolución fundada.

Las órdenes de baja del personal militar generalmente no cumplen con los mínimos requisitos del debido proceso adjetivo, muchas veces la orden administrativa no cuenta ni con dictamen jurídico previo, ni analiza antecedentes de hecho y derecho, ni cuenta con fundamentación alguna.

(33) Aquellos que crean que los hechos que resuelven "una contienda" judicial son exclusivamente los hechos obrantes en la causa, y que los intereses políticos no acechan las decisiones judiciales, se perderán gran parte de la comprensión de los decisorios a que se arriben —en el ámbito que fuere, en el presente caso la administración pretende evadir el pago del salario de un empleado público, al que se le violó de forma sistemática y continuada sus derecho a percibir sus haberes conforme a su jerarquía y escalafón que pese reconocérsele en los hechos, no se le reconoció en el derecho—. Al respecto expresa el Dr. Gordillo "... En efecto, el análisis del texto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona, lo diga o no, la motivación, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la causa o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación. Esto es absolutamente esencial para entender y aplicar el derecho: si uno lee Cine Callao y no advierte que la Corte no percibió los hechos, erra el camino; si lee 'Chocobar' creyendo que los fundamentos expuestos son los reales y no los que recogieron día a día todos los diarios del país, también se equivoca; lo mismo con 'Marbury vs. Madison' si desconoce el contexto político, no explicado en el fallo y así sucesivamente; lo mismo vale para leyes, decretos, sentencias, reglamentos, actos administrativos de cualquier especie. Quien no entendió los hechos del caso, nada entenderá del derecho en el caso..." GORDILLO, Agustín, "Introducción al Derecho", ps. III-21/22 puede consultarse en al p. web: www.gordillo.com.

(34) HUTCHINSON, Tomás, "Derecho procesal administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 451.

5) Presentación dentro de plazo de quince días de producido el agravio

Que la ley 16.986 en su art. 2º, inc. E establece:

"Art. 2º — La acción de amparo no será admisible cuando:

"... e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse".

Atento lo expuesto, entendemos que al menos estas cuestiones se deberán ponderar y analizar detenidamente en cada caso para optar por la vía de amparo.

VIII. Conclusión

En el panorama descripto, entendemos que las órdenes de baja aplicadas al personal militar incorporado a la FAA mediante la res. 915/2001, fundando el cese en el art. 44 del Anexo "Alfa" de la res. 506/2007 que establece que el personal que sea incorporado bajo este Régimen no podrá superar los trece [13] años en actividad, deviene inconstitucional por aplicación de normas federales de mayor jerarquía como son los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 28, 31, 33, 43, 75, inc. 22, como así también las leyes federales 25.164, 19.101 (especialmente arts. 20, 27, 28 y 29, 74, 79 y concs.), y el régimen de la jerarquía de los tratados internacionales. Todo lo cual fue analizado en este trabajo.

La acción de amparo —independientemente de recurrir el acto en sede administrativa, lo cual se aconseja hacer por supuesto— entendemos, deviene como el medio más idóneo, rápido y efectivo para amparar uno de los derechos más fundamentales del personal militar, como lo es, su estabilidad en el empleo, máxime aún en este contexto de crisis económica y de pandemia. No obstante, y lamentablemente, muchas veces, los jueces son reticentes a admitir el amparo, pese al bloque normativo que lo fundamenta **(35)**.

(35) En el expediente CAF 051047/2019, CNFed. Cont. Adm., sala I, "Rafti, Alejandro J. c. EN -Ministerio de Defensa - FA s/ amparo ley 16.986", la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de amparo, lo que tras un recurso extraordinario federal denegado motivó la presentación de un recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado, cual tramita actualmente en la CS, Vocalía N.º 2 "Recurso queja N.º 1 - Rafti, Alejandro J. c. EN — Ministerio de Defensa - FA s/ amparo ley 16.986". Esperemos la CS de tratamiento al recurso y así encause muchas cuestiones que comprometen al empleo público militar que surgen de manera palmaria y fueron desatendidas por las anteriores instancias.

El problema del estado de desprotección de algunas relaciones contractuales de empleo público y una interpretación indemnizatoria y cautelar *pro homine*

Roberto C. Suárez

Sumario: I. Introducción.— II. Aproximación al problema: las vinculaciones del trabajador con la Administración.— III. El problema de los contratos a plazo que se perpetuán en el tiempo, mediante renovaciones sucesivas. Efectos de su finiquito.— IV. El trabajo como derecho inherente a la persona humana, el control de convencionalidad y el principio de insensibilidad.— V. El objeto del reclamo.— VI. La desviación de poder.— VII. Las medidas cautelares contra la Administración.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El trabajo es aquella actividad que realiza el ser humano para procurar su sustento y su realización como persona, y más allá de su contenido y finalidad económica, se manifiesta como un cauce apropiado para el desarrollo integral del individuo y de la comunidad, puesto que el hombre es un ser ordenado para la convivencia social y el bien supremo se realiza tanto individualmente como colectivamente en esa comunidad.

Históricamente, tanto la doctrina laboral tradicional como una corriente similar en el ejido del derecho administrativo, han trazado un vector divisorio de aguas en torno al empleo privado y el empleo público, lo cual ha llevado a un profuso desarrollo pero en paralelo, teniendo en especial consideración que en el empleo público, el Estado empleador es una persona jurídica de carácter público, regida por el derecho público, lo cual conlleva consecuencias propias del régimen exorbitante del derecho privado o que la propia Constitución Nacional en su art. 14 bis, otorgue una protección diferenciada respecto del trabajador público del privado, vale decir, la estabilidad por un lado y la protección contra el despido arbitrario por el otro.

Asimismo, en el precedente Madorrán **(1)** la corte afirmó la idea de que "...el art. 14 bis, comprende al trabajo 'en sus diversas formas', lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como de la pública, no lo es menos que los dos períodos normativos antes destacados encuentran su explicación precisamente en distinguir entre los mentados ámbitos, para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo".

Aunque, huelga decir, que se ha advertido un fenómeno de aproximación entre ambos cam-

(1) CS, "Madorran Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas", 03/05/2007.

pos del derecho **(2)**, habida cuenta la enorme cantidad de notas en común existentes entre ambos relaciones laborales, tales como la dependencia jerárquica, técnica y económica, la retribución o remuneración como contraprestación que constituye un crédito alimentario y asistencial para el trabajador y su familia, la existencia de una jornada laboral limitada, la libre agremiación, el derecho a huelga, normas de seguridad e higiene del trabajo, obras sociales, jubilación, entre otras, también se ha materializado en la Administración central y los organismos descentralizados la existencia de vínculos con sus empleados a través de la propia Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) **(3)**.

Pero la realidad se impone al momento de teorizar estas cuestiones, puesto que además de esta relación propia de empleo público entre el Estado empleador y el trabajador, en sentido estricto, esta adopta también múltiples variables que merecen su distinción, dado que es en este ámbito lagunoso, en donde la relación de empleo público verifica un alto grado de desprotección, y demanda una nueva mirada desde la perspectiva del principio del abandono de la indiferencia de los actos de la Administración frente a la afectación de derechos fundamentales en respeto al principio de la dignidad humana y *pro homine*.

Aunque en este sentido, frente a estas relaciones que no son en carácter estricto de empleo público, la jurisprudencia, por cierto, ha atenuado algunas diferencias con avances puntuales y casuísticos, bajo una visión distinta de la problemática, prescindiendo de la naturaleza jurídica aparente y centrando su mirada en los derechos subyacentes y fundamentales en juego, en pos de la interdicción de la insensibilidad del obrar de la Administración.

En el presente trabajo intentaremos postular la siguiente hipótesis: La no renovación de un contrato temporal de empleo en los términos del art. 9°, inc. a) del decreto reglamentario de la Ley Marco de Empleo Público, una vez que este se ha prorrogado a lo largo de los años, a la luz de los derechos involucrados, importa un obrar ilegítimo de la Administración y por ello, corresponde el pago de una indemnización, ante la lesión de derechos de reconocida raigambre constitucional y convencional. Posteriormente y en materia a una medida cautelar, en dicho escenario, evaluaremos su viabilidad jurídica.

II. Aproximación al problema: las vinculaciones del trabajador con la Administración

A fin de teorizar e individualizar a nuestro sujeto desprotegido, debemos indicar previamente que en la divisoria de aguas se encuentran por un lado aquellos empleados públicos llamados usualmente "de planta", quienes son los beneficiarios del principio de inamovilidad consagrado por el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, por supuesto, siempre que no existan razones para el cese de dicha relación y en respeto del principio de idoneidad para el acceso al empleo, de conformidad con el norte señero del art. 16 de nuestro máximo texto legal **(4)**. Y como tales, se encuentran sometidos a un régimen propio y los conflictos que resultan una derivación de este régimen serán ventilados ante la justicia en lo contencioso administrativo correspondiente.

En tanto que, por otro lado, se encuentran aquellos agentes que han sido contratados por el Estado a los fines de cumplir tareas fuera de la órbita de la planta permanente y que, por lo tan-

(2) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Tratado práctico del derecho del trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 664: "unos y otros viven de la misma realidad sociológica y sólo se diferencian por el nombre y condición del empleador y porque las reglas que el Estado pone para sí le dan preeminencia en la relación, cuyos términos resultan modificables con prescindencia de la voluntad del agente".

(3) V.gr. Trabajadores de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) o la Unidad de Información financiera o de sociedades del Estado como Contenidos Públicos S.E. entre muchas otras.

(4) En el mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097 (BO. del 09/06/2006) determina en su art. 7° -Sector público- que cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; e incluirá procedimientos adecuados de selección y formación.

to, carecen de la estabilidad propia de los empleados públicos.

Una modalidad contractual se encuentra prevista en el art. 9° de la Ley marco de regulación de empleo público nacional 25.164, y en su decreto reglamentario el dec. 1421/2002 (art. 9°, incs. a] y b]), pudiendo ser estas —refiere la reglamentación— contrataciones por tiempo determinado o mediante designación en plantas transitorias.

En el caso de las contrataciones por tiempo determinado, el inciso a) establece: "El personal será afectado exclusivamente a la realización de actividades de carácter transitorio o estacional, que resulten necesarias para complementar el ejercicio de las acciones y competencias asignadas a cada jurisdicción o entidad descentralizada. Las actividades de carácter transitorio estarán referidas a la prestación de servicios, asesoramiento técnico especializado, coordinación y desarrollo integral de programas de trabajo y/o proyectos especiales o para atender incrementos no permanentes de tareas".

En tanto que, en relación con el segundo supuesto, el que corresponde a la planta transitoria (inciso b), en carácter estricto, se lleva adelante una designación transitoria, para la prestación del servicio.

En lo que respecta a los principales caracteres de la relación nacida en estos términos, en el inciso d) del mismo art. 9° se destaca: "El personal sujeto al régimen de contrataciones y el incorporado a plantas transitorias, carecen de estabilidad y su contrato puede ser rescindido o la designación en la planta transitoria cancelada en cualquier momento".

Asimismo, el art. 9° de la ley 25.164 refiere que este personal contratado bajo esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo y fundamentalmente, en lo que hace al alcance de sus beneficios prestacionales, resulta "equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibirá la remuneración de conformidad con la correspondiente al nivel y grado respectivo".

Por cierto, esta relación con el número de trabajadores de planta permanente no siempre suele verificarse y por momentos se vuelve ilusoria, superando con creces los trabajadores contratados a los trabajadores de planta **(5)**.

Inicialmente podemos afirmar que esta equiparación en niveles y grados a la planta permanente y la consecuente "remuneración", importa, por cierto, el compromiso del trabajo personal de una persona física en favor de otra persona, en este caso, persona jurídica pública (arts. 145, 146 y 147, Cód. Civ. y Com.) que integra los cuadros de la Administración **(6)**.

En la distinción clásica del contrato trabajo, el Estado empleador, organiza y dirige la prestación y aprovecha sus beneficios, mediante el pago de una retribución y, en definitiva, con esa fuerza de trabajo brindada por el trabajador, realiza el fin público.

En ambos casos, el contrato es por un tiempo determinado, y mientras dure esa relación, el trabajador se encuentra en los hechos, incorporado al Estado, y en esa relación prestacional personalísima, cumple un horario, recibe órdenes e instrucciones de un superior en una relación jerárquica (dependencia técnica y jurídica), en cuyo sustrato subyace una organización administrativa.

(5) V. gr. En la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social, en el tiempo presente la relación aproximada es la siguiente: de un plantel aproximado de 2700 trabajadores, 2200 son contratados en los términos del art. 9, en tanto que solamente unos 500 son de planta permanente.

(6) IVANEGA, Miriam M., "Principios de la Administración Pública", Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, Buenos Aires, 2005, p. 110: "Cuando un ente pertenece a los cuadros de la organización administrativa del Estado, basta examinar sus vínculos con la Administración. De esta forma, si esas relaciones tienen naturaleza jerárquica o de tutela el ente está encuadrado en aquella, y por ende cabe ubicarlo en la categoría de estatal". Criterio aplicado en el caso Fibraca Constructora, por el Tribunal Arbitral Internacional que tuvo que desentrañar la naturaleza jurídica de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/constitución Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande - Contrato SG-93" (30.04.90 - 20.11.90), consulta del 31/08/2020 en https://www.saltogrande.org/pdf/LIBRO_VERDE-laudos-tomo1.pdf.

En estas relaciones jurídicas, existe también la dependencia económica clásica de todo contrato de trabajo, debido a que el trabajo se realiza enteramente por cuenta ajena para el Estado, pero el beneficio en dicho sentido resulta por partida doble, puesto que, si por un lado recibe una remuneración, por el otro, percibe además los beneficios como integrante de la comunidad, en donde el Estado cumple sus fines públicos.

De modo tal que como puede notarse, las semejanzas existentes con el contrato de trabajo en el ámbito privado resultan evidentes.

Ahora bien, de lo expuesto hasta aquí exceptuaremos de este análisis la situación de designación en plantas transitorias y nos avocaremos por cuestiones didácticas, solamente a aquellas situaciones referentes a contratados por tiempo determinado o estacionales (art. 9°, inc. a] del dec. 1421/2002).

En este supuesto el problema se presenta cuando esta relación perpetuada en el tiempo mediante renovaciones automáticas y sucesivas se interrumpe, generando efectos dañosos, efectos que no pueden ser invisibilizados, como si por caso se hubiera tratado de una locación de servicios profesionales, nada más alejado de la realidad.

Y en este sentido no viene mal tampoco traer a colación aquellas relaciones jurídicas que nacen en los términos del dec. 1109/2017 mediante el cual, efectivamente el Estado contrata profesionales para la prestación de servicios autónomos que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos o programas especiales (art. 1º) **(7)**, porque es en este supuesto en donde nos encontramos frente a una locación de servicios en sentido estricto, en donde el profesional (excluido expresamente en el art. 5º la contratación de personal para el desarrollo de actividades administrativas), no se encuentra equiparado en los niveles y grados de la planta permanente y percibe por sus servicios un honorario (art. 3°, inc. b]), propio de este tipo de relaciones liberales, pero en este caso con el Estado, y por ello sometido al régimen de incompatibilidades aplicables en la materia **(8)**.

Motivo por el cual, existiendo en el ámbito nacional un régimen específico para la locación de servicios, y en atención a los aspectos comunes existentes con la relación de empleo privado, mal podría asimilarse a este supuesto —en forma automática y directa— con la relación perpetuada que estamos tratando, nacida en los términos del inciso a) del art. 9° del reglamento a la Ley Marco de Empleo Público; la cual además, por haberse extendido ampliamente en el tiempo, sencillamente ha mutado para convertirse en una relación laboral encubierta y por tiempo indeterminado.

III. El problema de los contratos a plazo que se perpetuán en el tiempo, mediante renovaciones sucesivas. Efectos de su finiquito

La problemática tan criticada en torno a estas relaciones jurídicas de empleo a plazo es que estas suelen renovarse sucesivamente durante años, y luego, en forma abrupta, interrumpirse (o potencialmente presentarse dicha posibilidad), dejando al trabajador en total estado de desconcierto y por supuesto, de suma desprotección, y esta decisión se nos presenta en casi todos los escenarios como arbitraria y por supuesto carente de fundamentación alguna.

Como venimos diciendo, las relaciones aquí tratadas no se encuentran amparadas por las garantías y derechos propios del empleo público (tales como la existencia de un régimen de responsabilidad disciplinaria y la estabilidad en el empleo público) y tampoco deberían encontrarse a dicho resguardo, ello resulta claro; pero cuando la relación que nació por motivos estacionales se ha prorrogado durante años en forma consecutiva, ello nos lleva a la persuasión de que en estos casos estaríamos en presencia de una relación de empleo por plazo indeterminado, solapada en un contrato estacional, y que su cese demandaría una manifestación en concreto de la Administración, explicitando los respec-

(7) Misma situación en la contratación de Consultores, Asesores o Asistentes (art. 4º) y contratos de locación de servicios y de obra intelectual prestados a título personal por personas radicadas en el país en el marco de convenios para proyectos o programas de cooperación técnica con financiamiento externo, bilateral o multilateral y a los administrados por organismos internacionales (art. 8).

(8) Decreto ley 8566/1961 y normas complementarias.

tivos motivos de dicho obrar, porque la ruptura del nexo contractual, repercute directamente en el seno familiar del trabajador, dado que este contrato, prolongado en el tiempo, podría haber dado origen a un legítimo sentimiento de incorporación al régimen de los llamados "empleados de planta", o por lo menos estar sujeto a un contrato por tiempo indeterminado, y por supuesto, posicionar al trabajador en un escenario que lo convierta mínimamente en acreedor de la pretensión de una continuidad en su relación jurídica o en caso de cese de su contrato laboral, de la motivación necesaria plasmadas en un acto administrativo, que justifique este proceder de la Administración.

De lo expuesto hasta acá queda en evidencia que esta situación traumática, que puede colocar al trabajador en algunos supuestos en situación de vulnerabilidad, se verifica cuando el Estado unilateralmente no renueva ese contrato que por años renovaba en forma automática, sin posibilidad de solicitarse la reconsideración de dicha decisión (que en rigor es una omisión), revestida del halo de la "oportunidad mérito o conveniencia", merced al llamado sometimiento voluntario a un régimen específico, al cual el trabajador se habría acogido.

La situación descripta incide en la esfera de derechos fundamentales que resultan susceptibles de protección, pero siempre en su justa medida, de modo tal que deben encontrarse alternativas válidas, que frente a una ausencia de normas, imponga el principio de equidad e igualdad de tratamiento, de lo cual el derecho no puede resultar indiferente y menos aún el Estado.

Nos permitimos preguntar si no sería ajustado a derecho que el órgano administrativo, al dejar sin efecto una relación como la aquí tratada, deba se expedirse en el ejercicio de facultades discrecionales (y no regladas), para cancelar la designación aparente de un agente, como se ha sostenido en el fallo "Schnaiderman" **(9)** puesto que ese órgano administrativo no se encuentra eximido —como ha dicho la corte— de: "...verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19.549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas".

Asimismo, en dicho fallo también se señaló: "El Tribunal ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura Administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto (fallos: 315:1361) — y por otro, en el examen de su razonabilidad, tal como se ha señalado *supra*".

Similar aspecto también fue tratado en el fallo "Silva Tamayo" **(10)**, en donde nuestro máximo Tribunal siguiendo la línea trazada en "Schnaiderman" expresó que "...la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de fallos: 307:639 y 320:2509)".

Antes de proseguir, debemos dejar en claro también cuál es el alcance de los derechos involucrados y eventualmente reiterar la delimitación de nuestra pretensión, puesto que desde el precedente "Riffolo Basilotta" **(11)** pasando por

(9) CS, "Schnaiderman Ernesto Horacio c/ Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (recurso de hecho)", 08/04/2008, cita corresponde a la opinión de la Procuradora General de la Nación del 13/03/2007, Dra. Laura M. Monti.

(10) CS, "Silva Tamayo, Gustavo Eduardo c/ EN — Sindicatura General de la Nación — resol. 58/03 459/03 s/ empleo público" 27/12/2011.

(11) CS, "Recurso de hecho deducido por Dirección General Impositiva en la causa Rieffolo Basilotta, Fausto s/Recurso Judicial arts. 40 a 42, ley 22.140", 05/02/1987. "...el mero transcurso del tiempo y el sobrepasar los 12 meses en funciones, lapso requerido por la ley para que el personal permanente adquiera estabilidad, no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente no permanente y no ha sido

"Ramos" **(12)**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado en claro que el mero transcurso del tiempo en la relación no modificaba la situación irregular del trabajador, de modo tal que no existe un derecho a la reincorporación en el empleo (Consid. 8° del fallo "Ramos").

Recordemos que en este caso el señor José Luis Ramos había tenido una relación contractual (locación de servicios) con la Armada Argentina, que si bien no es la situación del art. 9°, inc. a) del dec. 1421/2002, arroja cierta luz, porque esta relación con el Estado, originariamente se había pactado por el término de cinco años, sin que esta implicara estabilidad de ningún tipo, pero esta relación se había extendido ininterrumpidamente durante veintiún años, hasta que el Estado dispuso la rescisión del contrato. Frente a dicha circunstancia, el actor solicitó judicialmente que, en razón de la rescisión operada, se aplicara una indemnización en los términos del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Asimismo, también la Corte puso de resalto que el vínculo laboral que en este caso había mantenido el actor con el Estado nacional por un lapso de veintiún años, tampoco podía ser encuadrado en el régimen de contratación originaria, la cual preveía un plazo máximo de cinco años, pero que, sin perjuicio de ello, tampoco le correspondía la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización en los términos de la LCT (Consid. 4°), pero siendo que las tareas que realizaba el accionante, carecían de la transitoriedad que supone el régimen de excepción propio de la locación de servicios; 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, todo ello, llevaba a la idea certera que en el caso había existido desviación de poder (Consid. 5°) desde que se utilizó una figura jurídica autorizada legalmente para casos excepcionales cuando se entiende que se encubrió una designación permanente, reconociéndose la responsabilidad por accionar ilegítimo de la Administración, disponiéndose la aplicación analógica del art. 11 de la Ley marco de regulación de empleo público nacional, como una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor (Consid. 9°).

Sobre este último aspecto adelantamos opinión en el sentido que este será precisamente y no otro, el objeto principal del reclamo en la instancia judicial, lo cual trataremos más adelante.

Lo expuesto nos lleva a una primera reflexión, cuando hablamos de aquellas relaciones continuadas de empleo, en consonancia con la mentada noción del sometimiento voluntario **(13)**, debe ponderarse, sin duda, en cada caso en particular y no invocarse de manera dogmática e irreflexiva, a la luz de los derechos fundamentales en juego, y por cierto, dejar de lado en este supuesto, la concepción del principio de sujeción especial **(14)**, a fin de poder ponde-

transferido a la otra categoría. por acto expreso de la Administración. Interpretarlo de otro modo, a mi juicio, implica desarticular todo el Régimen de la Función Pública, construido como ya he expuesto sobre la base de la doble situación en que pueden revistar los agentes; derogando por esta vía hermenéutica la existencia de un plantel provisorio en la medida que éste supere 'el año de labor. Una conclusión así llevaría a la autoridad administrativa a tener que interrumpir en todos los casos el vínculo con el personal no permanente antes de que transcurran los 12. meses, so pena de que -en caso contrario- los agentes quedaran incorporados automáticamente al cuerpo permanente. Tal solución dista de ser la pretendida por la ley y su reglamentación, la que, por ejemplo, al regular las cláusulas que deben contener los contratos, señala como uno de sus datos básicos la existencia de una cláusula de renovación, lo que supone la continuidad ininterrumpida del servicio a través de sucesivos plazos contractuales", en el mismo sentido CS, 301(I):1390 del año 1979.

(12) CS, "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido", 06/04/2010.

(13) "Conforme el criterio del máximo Tribunal de Justicia, el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior cuestionamiento (conf. fallos 305:826; 307:358, 432) ...". Extraído del Dictamen PTN 277:91.

(14) PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, La Encrucijada Actual de las Relaciones Especiales de Sujeción: "Es lugar común afirmar que la génesis de las relaciones especiales de sujeción ha de situarse en Alemania, cuya doctrina acuñó el término a mediados del siglo XIX. Vigente ya la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y la jurisprudencia germanas admitían mayoritariamente que en la esfera de estas relaciones especiales la Administración podía actuar discrecionalmente para conseguir los fines públi-

rar válidamente la correspondencia de medidas cautelares o procesos urgentes.

En torno a la desviación de poder, misma situación se planteó también en el precedente "Sánchez" **(15)** en el sentido de utilizar figuras jurídicas especiales para encubrir una relación laboral de empleo permanente, así como también en Cerigliano **(16)** en donde la Corte vuelve a reiterar y ampliar la doctrina del precedente "Ramos", entendiendo que siempre que se utilice una institución jurídica no cabe estar al nombre que le hayan puesto las partes, sino a la intención que ellas tuvieron en miras.

Por ello, nos permitimos insistir sobre este punto, a la luz de los precedentes citados, no debe entenderse que una relación de locación de servicios en carácter estricto como puede ser la nacida en los términos del dec. 1109/2007 —por su naturaleza administrativa y temporaria, incluso aunque esta se hubiera extendido en el tiempo— puede asimilarse en su tratamiento y en todos sus efectos a aquellos propios de una relación de empleo público y a su régimen específico y tampoco a la aplicación directa de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744). Situación de locación de servicios que por supuesto no se corresponde con nuestra hipótesis de trabajo.

Asimismo y en ambos supuestos (locación de servicios y art. 9°) tampoco existe un derecho a ser incorporado (o "reincorporado") a la planta permanente **(17)**, puesto que nadie podría ser devuelto a una situación jurídica que jamás detentó, por el mero paso del tiempo, y como decíamos arriba, tampoco podría requerirse la aplicación de directa de la LCT, entre ellos puntualmente la indemnización que prevé esta ley, por encontrarnos inmersos en el derecho administrativo, sin dejar de reconocer —eso sí— las enormes diferencias existentes en el quantum indemnizatorio previsto para una y para otra.

A mayor abundamiento, la Procuración del Tesoro de la Nación **(18)** ha señalado: "Un derecho recién se adquiere cuando se reúnen todos los presupuestos de hecho exigidos por la norma para su imputación al sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada. Solo así, pues, se torna inalterable y no puede ser suprimido por otra norma posterior sin agravio del derecho de propiedad (v. fallos 298:472; 307:2035; 318:1749)".

Ahora bien, como habíamos adelantado, con fundamento en la "desviación de poder" y por cierto, en el abuso de ciertas figuras jurídicas a cargo del Estado, la corte ha dejado en claro, por razones de equidad (y si las circunstancias alegadas y probadas así lo permiten), corresponde el pago de una indemnización, pero un resarcimiento propio del derecho público, y ello, debido a un accionar ilegitimo de la Administración, lo cual configura un estándar sumamente valioso y es la primer respuesta que encontramos a nuestras observaciones iniciales y que van delimitando el objeto de lo que será nuestra pretensión principal.

Por supuesto, a fin de pretender este resarcimiento, resultará indispensable analizar cuál es la situación que subyace solapadamente en este tipo de relaciones jurídicas, debiendo en su caso descorrer necesariamente el velo, y de esa manera, saber cuáles son los derechos que se encuentran en juego, aceptando que bajo este tipo de relaciones jurídicas, se presentan elementos propios que caracterizan una verdadera relación laboral de plazo indeterminado lo cual nos conduce además a la imposibilidad de aceptar un despido sin causa, sin la correspondiente motivación del órgano llamado a decidir y sin la correspondiente cobertura indemnizatoria.

cos correspondientes, como si imperase aún el principio monárquico, en lugar del democrático".

(15) CS, "Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación", 06/04/2010.

(16) CS, "Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Dirección General de Verificación y Control", 19/04/2011.

(17) En este sentido esta manifestación es clara, sobre todo en relación al Régimen de la Ley 25.164, en fallo de la CS, "Sapienza, Matías Ezequiel y otros c/Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y otro s/ acción de amparo", 21/02/ 2017, CNT 679/2016/1/RH1, la corte indicó la procedencia de los reclamos de reinstalación de trabajadores estatales fundados en el art. 43 CN y en la ley 23.592, pero que dicha reincorporación no resultaba aplicable a los reclamos de reinstalación fundados en la ley 25.164 o en cualquier otro régimen de empleo público.

(18) PTN Dictámenes Dictamen S/N - 2018 — (305: 535) del 26/06/2018.

IV. El trabajo como derecho inherente a la persona humana, el control de convencionalidad y el principio de insensibilidad

El ser humano es un ser dispuesto para la convivencia social; el bien supremo no se realiza, por consiguiente, en la vida individual humana, sino en el organismo súper-individual del Estado; la ética culmina en la política **(19)**.

El trabajo, tanto sea en el ámbito público como en el privado, es inherente al ser humano, un derecho humano que además de realizar al hombre, también coadyuva al desarrollo del sujeto colectivo y por ello encuentra protección en el orden de los derechos económicos sociales y culturales, tanto en la Constitución convencionalizada como en los tratados internacionales.

Así es que el trabajo como actividad especialmente protegida, encuentra eco legal en la Declaración Universal de Derechos Humanos **(20)**, en el art. 23, derecho al trabajo y a condiciones equitativas; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre **(21)**, en el art. 14: derechos al trabajo y a la justa retribución; en el art. 16: el derecho a la seguridad social; en el art. 37, el trabajo como deber de toda persona; en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales **(22)**, entre ellos el art. 6°, que reconoce el derecho a trabajar; el Pacto de San José de Costa Rica **(23)** el cual trata expresamente de los derechos económicos sociales y culturales en el preámbulo y en el art. 26 y tácitamente en el art. 31 y en el Protocolo Adicional del Pacto de San José de Costa Rica **(24)**, que protege desde los arts. 6°, 7°, 8° y 9°, el derecho al trabajo, a las condiciones justas equitativas y satisfactorias de trabajo, los derechos sindicales, y los de seguridad social. Así como también en las Recomendación sobre la relación de trabajo, emanadas de la OIT **(25)**.

Asimismo, nuestro máximo Tribunal tuvo oportunidad de referir que el principio protectorio, comprende, por un lado, al trabajo "en sus diversas formas", incluyendo al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (fallo Madorrán). Asimismo, reconoció en relación con el trabajador la existencia de derechos "inviolables", teniendo el Congreso Nacional, como deber inexcusable el deber de asegurar de asegurarlos, así, las llamadas "obligaciones positivas" de los estados, ponen en cabeza de estos el deber de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares.

En tanto que en el fallo "Aquino" **(26)** se ha dejado en claro que "[l]a justicia social, que es la justicia en su más alta expresión, consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad".

En dichos términos también se ha dicho que "los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el mencionado arto 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, incs. 22 y 23, del texto

(19) Discurso del presidente de la Nación efectuado en cierre de la Sesión de clausura del Primer Congreso de Filosofía de la República Argentina, celebrado en la Ciudad de Mendoza 1942.

(20) Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948.

(21) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia — 1948).

(22) Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), el 16/12/1966 y entró en vigor el 03/01/1976.

(23) Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica, suscripto el 22/11/1969, aprobado por ley 23.054.

(24) Aprobado por ley 24.658, promulgada de hecho 15/07/1996.

(25) En particular la Recomendación OIT 198 del año 2006 trata además de la Política Nacional de Protección de los Trabajadores Vinculados por una Relación de Trabajo (apartado I), la Determinación de la Existencia de una Relación de Trabajo (apartado II).

(26) CS, "Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", 21/09/2004.

constitucional. En tal sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos estos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana (párrs. 2 y 3; asimismo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, párrs. 2 y 3). Por dicha razón, el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia. En línea con tales afirmaciones, el art. 7° del instrumento internacional nombrado en primer término, al reconocer el 'derecho al trabajo', dispone que este comprende el derecho de toda persona detener la oportunidad de ganarse la vida, lo cual se completa con el artículo siguiente en el que los estados reconocen que tal derecho supone que toda persona goce del mismo en condiciones equitativas y satisfactorias, que le aseguren condiciones de existencia dignas para el trabajador y para su familia..." [Consid. 6º del fallo "Milone" **(27)**].

La corte también ha dejado en claro la existencia del "derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo" [causa "Vizzoti" **(28)**].

Con la perspectiva expuesta, el cese abrupto de relaciones laborales de supuestos trabajadores estacionales al amparo del art. 9°, inc. a) de la Ley marco de regulación de empleo público nacional y su decreto reglamentario 1421/2002 (art. 9°, incs. a] y b]), relaciones laborales que habían sido automáticamente renovadas durante tiempos relativamente prolongados, deben ser analizadas desde una perspectiva constitucional y convencional, en observancia del principio de juridicidad, presupuesto del accionar de la Administración, a fin de evitar abusos o arbitrariedad del Estado empleador.

La insensibilidad, desde la teoría del justo medio **(29)** de la ética de Aristóteles, es un defecto que ataca el equilibrio que debe imperar en una relación virtuosa y como tal, ajena a este equilibrio afecta particularmente una de las cuatro clásicas virtudes cardinales: La templanza.

Se ha entendido ese "justo medio" como la filosofía de la moderación y de la sobriedad, en la permanente búsqueda del equilibrio para lograr el bienestar individual y colectivo. Es la ética que se desprende, según Aristóteles, de ese "animal racional" que es el hombre.

Es esa racionalidad aplicada en el ejercicio de la función administrativa, la que aconseja al órgano capaz de emitir voluntad, el optar entre dos situaciones disvaliosas, y permanecer donde está la virtud y, por ende, la felicidad, que en términos del interés público comprometido, no solamente es individual, sino también colectivo y en su accionar el Estado no puede ser indiferente a los valores en pugna.

El estado debe velar por sus trabajadores, independientemente de la relación a la cual se encuentren sujetos y propender siempre a la preservación del empleo, como decíamos al inicio de estas líneas, en respeto al principio de la dignidad humana, en orden a los derechos involucrados. De modo tal que deber ser el primero obligado a reconocer la situación real que subyace en la prestación de los servicios de las cuales se beneficia y en su caso, con la motivación suficiente, expedirse en torno a la prosecución o no, de esas relaciones laborales y, en caso negativo, reconocer el derecho a un pago indemnizatorio, porque el poder potencial de ocasionar un daño, debe ser mitigado por la mirada, *pro homine* y no la mera aplicación autómata de la ley.

V. El objeto del reclamo

Hemos tratado de circunscribir las situaciones de hecho, el contexto jurídico imperante y hemos señalado el problema existente en torno a ellas.

(27) CS, "Milone Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo", 26/10/2004.

(28) CS, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A.", 14/09/2004.

(29) Según Aristóteles la virtud moral es el justo medio entre dos extremos, vale decir, la valentía es el justo medio entre la cobardía y la temeridad. Ambos extremos son defectuosos y el equilibrio es la condición de la virtuosidad.

Restaría indicar, con el marco supra legal indicado y el respeto a la dignidad del hombre y al trabajo, hoy, cual podría ser el objeto del reclamo judicial, una vez configurado el daño, frente a una solución imperante que se nos presenta como desacoplada con el respeto de los derechos fundamentales.

Como hemos señalado en los puntos precedentes, no resultaría viable solicitar a la justicia la incorporación de un agente cuya relación contractual no se ha prorrogado, puesto que ello importaría una clara intromisión que afectaría el principio de separación de los poderes. Concretamente no podría obligarse a la Administración que incorpore a este "exagente" a la planta permanente, ni tampoco a la planta transitoria o al resguardo de un nuevo contrato en los mismos términos que el extinguido o no prorrogado.

Tampoco podríamos pretender se aplique directamente la Ley de Contrato de Trabajo, sin perjuicio de que somos contestes con que esta rige para todo el trabajo en general y no solamente para el trabajo privado.

Así entonces, entendemos que frente al estado actual de la jurisprudencia, solamente podría requerirse el pago de una indemnización equivalente a la prevista en el art. 11 de la ley 25.164, recurriendo a los principios de leyes análogas, con cita puntual en el precedente "Ramos" y también del caso "Husen" **(30)**, en donde la corte tuvo oportunidad de decir que "toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Cód. Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno. El examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias por pérdida del empleo y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos, conduce irremediablemente a encontrar una solución razonable y equitativa al problema planteado en el art. 47 de la ley 22.140 y en su decreto reglamentario 2043/80, es decir, en la norma general que regula la relación entre la Administración y sus agentes".

(30) CS, "Husen, Mirta Silvia c/ Estado Nacional -M° de Cultura y Educación de la Nación s/ empleo público", 16/04/2002.

Como desprendimiento de lo expuesto, evaluaremos la procedencia de una medida cautelar en el esquema planteado, comenzando con los requisitos que les resultan propios.

VI. La desviación de poder

En la hipótesis que estamos analizando, el obrar de la Administración es ilegítimo porque sus declaraciones de voluntad se encontraron viciadas en el elemento finalidad, a lo largo de los sucesivos contratos que se han suscriptos a la luz de la realidad de los hechos.

La finalidad es uno de los elementos esenciales del acto administrativo previstos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en el inc. f) del art. 7° y se vincula al fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue, es decir, un propósito colectivo, condición *sine qua non* de validez de todo acto administrativo, por ser el elemento que responde a la pregunta ¿para qué? de este acto.

En esta inteligencia el acto administrativo no puede perseguir un fin privado, ni tampoco un fin público distinto de aquel que establece la norma, quicio que atribuye competencias de carácter general y abstracto y que orienta ese "para qué".

La finalidad comprende por supuesto, la proporcionalidad entre medios y fines (objeto y finalidad), de modo tal que las medidas que el acto dispone deben guardar celosa proporcionalidad con el fin que se persigue y por ello, cualquier desviación de esa finalidad que inspiró su dictado va a viciar al acto en los términos del art. 14 de la ley 19.549.

Frente al supuesto de estudio, nos encontramos con el primer valladar, que es la aparente inexistencia de un acto jurídico para evaluar, puesto que el cese de la relación contractual se produce por la no suscripción de un nuevo contrato.

Ello no implica que exista un obrar ilegitimo de la Administración, puesto que la finalidad se encuentra viciada en los anteriores contratos, en cuanto se encubrió una finalidad distinta, un marco contractual que desde su génesis fue por plazo determinado y para un trabajo estacional,

y que con el transcurso de los años ha ido mutando, solapando una finalidad oculta, y es en ese supuesto en donde se verifica la desviación de poder.

Asimismo, y sobre este punto, es de mención indicar que durante décadas el Estado parece haber consagrado esta práctica en materia de contratación de empleados o funcionarios públicos desnaturalizada de sus fines originarios, fundamentalmente en lo que respecta a las prórrogas sucesivas, lo cual, como se ha dicho, encubre, por cierto, un fin distinto al establecido por la norma. En dicho contexto es que la corte ha reconocido esta situación preexisten y así lo ha manifestado en los citados casos Sánchez **(31)** y Cerigliano **(32)**, entre otros.

VII. Las medidas cautelares contra la Administración

De lo expuesto hasta aquí, no cabe duda de que la Administración, en gran medida, se ha valido de las modalidades previstas en el art. 9° del decreto reglamentario de la Ley Marco de Empleo Público, para no incorporar agentes en los términos previsto por la propia ley mediante los regímenes de selección respectivos (v. gr. concursos).

Estos contratos quedan cubiertos por manto del contrato a plazo determinado, para trabajo estacionario, asimilados en casi todos los efectos a los contratos en forma permanente, pero en potencia, fácilmente desechables —incluso luego de años de servicio— y sin pago de indemnización alguna (sin perjuicio de lo expuesto en los fallos citados y que centra nuestro reclamo). Lo cual resulta realmente escandaloso, máxime si tenemos en cuenta el daño que se produce por la pérdida del empleo y la consecuente pérdida de percepción del salario, sumado al carácter alimentario de estos, en tanto importan un medio de sustento del trabajador y de su familia y por sobre todas las cosas, en gran medida, el único medio de atender a sus necesidades.

Asimismo, habiendo dejado en claro que en ningún momento en estas líneas se pretende la "reincorporación" del trabajador, debemos señalar que si en el ámbito privado existe la libertad de despido (la cual aplica la Administración en forma encubierta e ilegítima) y también existe el derecho del trabajador a percibir una indemnización, en este caso, y en el ámbito del derecho público, dicho derecho indemnizatorio tendría como fundamento el obrar ilegitimo de la Administración.

Según la hipótesis que aquí planteamos, la premisa que sustenta esta conclusión del obrar ilegítimo de la Administración es la que plantea que en rigor de verdad el estado ha escondido una relación por tiempo indeterminado en una relación a término, mediante la firma de contratos sucesivos.

Las indemnizaciones abonadas por el Estado empleador, a quien fuera su dependiente, con motivo de un improcedente despido incausado —porque en rigor de verdad, insistimos con este punto, nos encontramos frente a este supuesto— deberían cubrir además todos los daños y perjuicios de cualquier naturaleza (reales o presuntos) que pudieran aducirse, por la pérdida del empleo incausado.

Ahora bien: ¿cuál es el panorama normativo que tenemos en relación con el tema que estamos tratando y las medidas cautelares o procesos urgentes?

En la actualidad existen en el orden federal las medidas cautelares reguladas por la ley 26.854, las medidas dispuestas por el art. 198 y ss. del Código Procesal y Civil y Comercial de la Nación, así como en materia de acción de amparo, el art. 43 de la Constitución Nacional e incluso la ley 16.986.

Así, una de las preguntas que nos formulamos en este trabajo es, qué tipo de medidas cautelares o procesos urgentes podrían interponerse frente a actos que lesionen derechos fundamentales, que comprometan intempestivamente las relaciones laborales existentes entre el Estado y el trabajador y si estas peticiones cumplirían los requisitos para su procedencia, teniendo en especial consideración la precaria relación jurídica que los unía y la falta de protección legal

(31) CS, "Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación", 06/04/2010.

(32) CS, "Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs.As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control", 19/04/2011.

expresa, más allá de los principios constitucionales y convencionales que rigen la materia.

Preliminarmente señalemos que la incidencia cautelar por cierto, juega la suerte del juicio y tiene como cometido asegurar el cumplimiento del objeto principal en litigio, debiendo entonces el juez, examinar en primer lugar los presupuestos genéricos que son el peligro en la demora (*periculum in mora*), es decir, el riesgo en la demora del dictado de la sentencia definitiva en el proceso, y que con ello sobrevenga un perjuicio o frustración del derecho invocado, que transformaría en tardío un eventual reconocimiento de este. Así, se ha entendido también que el peligro en la demora, como es el interés jurídico procesal que sustenta la medida, debe ser actual, dejando a salvo el caso de acciones declarativas o de condenas de futuro. Asimismo, el peligro debe ser real y objetivo, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto **(33)**.

En siguiente orden, el magistrado también deberá verificar la verosimilitud del derecho, debiendo acreditarse un alto grado de probabilidad, entendida esta como "posibilidad razonable" de que se reconozca en la sentencia definitiva la certeza de verdad del derecho o pretensión deducido en el marco del juicio. Es lo que los autores han dado en llamar *fumus bonis iuris* **(34)** el cual cobra suma importancia, siendo quizás el más importante de los recaudos, toda vez que los actos de la Administración se encuentran alcanzados por el principio de juridicidad y dictados conforme a la ley.

Asimismo, debe entenderse que también existe la posibilidad de que ambos recaudos se compensen recíprocamente, es decir a mayor verosimilitud menor peligro exigido y viceversa, lo que se ha dado en llamar también "la balanza de recaudos" o teoría de los vasos comunicantes, que en definitiva tratan a los presupuestos genéricos en forma sistémica y por ello, interrelacionada.

(33) PODETTI, J. Ramiro, "Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral", Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Aguiar, Buenos Aires, 1956, t. IV, ps. 57/61.

(34) Ibidem, p. 54.

En este caso, y sin perder de vista el objeto cardinal de nuestro reclamo, el despedido o cesanteado, solicitará en su pretensión principal, que el Estado le abone una indemnización por los años trabajados en una relación de plazo indeterminada, encubierta en una relación de validez temporal (que ha viciado el elemento finalidad plasmado en los actos contractuales temporales y sucesivos). Porque, la naturaleza jurídica de la institución que estamos tratando, se encuentra definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador —o los contratantes— le atribuyan [doctrina del fallo "Inta" **(35)**]; cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional [fallo "Gramajo" **(36)**].

A dichos fines —como ya se ha adelantado—, se requerirá la aplicación por analogía del art. 11 de la ley 25.164, puntualmente: "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".

En razón de ello: ¿qué medida cautelar se necesitará hasta el reconocimiento de este derecho? ¿Existe alguna medida de protección que pueda encuadre en el concepto de medida cautelar? ¿Cuál sería una medida provisoria que tendería a asegurar la subsistencia y la de su grupo familiar hasta el momento del dictado de la sentencia? Decisorio que irremediablemente se orientará al fin de la relación laboral existente, pero en su caso, con el pago de la indemni-

(35) CS, "Recurso de Hecho deducido por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en la causa Inta Industrial textil SA s/ Apelación", 19/11/1981 (303:1812).

(36) CSJN, "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Marcelo Eduardo Gramajo en la causa Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa", 05/09/2006 (329:3680): "...cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional".

zación como medida equitativa por razones de equidad.

Vamos por parte, en el caso del cese o no continuidad de los contratos aquí tratados, como ya hemos indicado, no existe propiamente un acto de la Administración que disponga la no suscripción de un nuevo contrato, lo que acontece aquí es una conducta del Estado que implica la falta de suscripción de un nuevo acuerdo, más la liquidación final llevada adelante por el Estado, más la entrega de los certificados respectivos **(37)**.

En razón de ello, la omisión lesiva debería ser entendida como una omisión ilegítima (incumplimiento del deber o hacer conminado por normas de constitucionales o de rango constitucional en materia de derechos humanos fundamentales).

Frente a dicho escenario en primer término se presenta viable la interposición de un reclamo administrativo previo, permitiendo la alegación de motivos de oportunidad o merito por parte de un sujeto público **(38)**, pero en miras de los derechos en juego podría no resolver el problema de fondo del reclamante.

Ahora bien, en lo que respecta a medidas cautelares, por supuesto, la idea de dar inicio a un proceso cautelar tenderá entonces a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener posteriormente, no pierda su eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de este proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva, concretamente, que no se vea seriamente alterada la subsistencia del afectado y de su familia, en atención al carácter alimentario del salario.

Así, genéricamente las medidas cautelares han sido definidas como actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 de la CN) y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales **(39)**.

En razón de ello, en primer término no podría solicitarse la aplicación de una medida cautelar innovativa, a fin de que el trabajador perjudicado, vuelva a ser colocado en la situación en la que se hallaba antes de su solicitud; es decir, que se produzca un restablecimiento del estado de cosas que existía con anterioridad a la actuación innovadora de la Administración, porque merced a los fundamentos jurídicos aquí expresados, la justicia al imponer dicho mandato a la Administración, plasmaría una clara vulneración de la división de poderes, así entonces, la Administración no podría ser obligada a la firma de un nuevo contrato en los términos del art. 9º, inc. a) **(40)**.

Por los mismos fundamentos, tampoco podría ser procedente el dictado de una medida de no innovar, puesto que no existiría una situación de hecho, para ello, habida cuenta que la Administración ya habría practicado la liquidación final de los haberes del trabajador, encontrándose consumado el hecho.

Ahora bien, frente a la cuestión aquí suscitada, entiendo entonces que debería requerirse una medida cautelar positiva en los términos del art. 14 de la ley 26.854, para que el perjudicado, se encuentre en una situación nueva, distinta de la que gozaba antes como después del acto que lo perjudicó **(41)**, pudiendo ser esta medida

(37) Sobre este punto somos contestes con la idea que el recibo de haberes no constituye un acto administrativo y, por tanto, no cabe en ese caso desplegar la actividad recursiva prevista en las normas respectivas.

(38) Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19.549 y dto. Reglamentario, revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson, Ed. Astrea, 2014, p. 194.

(39) DIEZ, Manuel María, "Derecho administrativo", Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 71.

(40) En este sentido se ha dicho que: "la mayor o menor conveniencia de incorporar personal en forma transitoria o permanente es una decisión de política administrativa no revisable en sede judicial (CS, "Marignac, Francisco Ramón c/ Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre", 19/12/1994 (fallos 310:2927); "Gil, Carlos Rafael c/ Universidad Tecnológica Nacional s/ nulidad de acto administrativo, indemnización, daños y perjuicios, etc.", 28/02/1989 (fallos 312:245).

(41) Esta distinción entre medida positiva y media innovativa es tratada por GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., "Control judicial de la Administración. Medidas cautelares" y citada por Cassagne, Ezequiel, en "Las medidas

cautelar el mantenimiento de la obra social para el despedido y su núcleo familiar, hasta tanto concluya con la respectiva sentencia **(42)**, el reconocimiento o no de una indemnización.

En relación con este tipo de medidas y particularmente por los requisitos que ahora se verán, entiendo que no habría afectación de la división de funciones del poder.

La ley ha establecido que las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, solo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: "a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles".

En lo que respecta al inciso a) entendemos que existe una inobservancia de un deber jurídico concreto y específico por parte del Estado, y a los fundamentos expuestos en el presente trabajo nos permitimos remitir, destacando que ese deber surge de la Constitución convencionalizada y del principio de juridicidad, presupuesto de actuación de la Administración.

En sentido contrario nos permitimos preguntar: ¿podría considerarse que el Estado no tiene ninguna obligación para con un trabajador que lleva años en esta relación de empleo y que intempestivamente ve finiquitar esta relación jurídica que le provee el sustento a él y a su familia? Más aún, en estos tiempos de crisis (incluso de pandemia), ¿podría el Estado ser indiferente del daño provocado a aquel de quien se sirvió para el cumplimiento de sus fines?

La respuesta está signada por el principio de insensibilidad que debe imperar en el dictado de los administrativos.

Retomando este análisis, y en relación al inciso b), en lo que respecta a la existencia del derecho, debemos decir que se ha entendido en la generalidad que basta que se acredite la probabilidad o fundada posibilidad de que el derecho exista o tenga apariencia de verdadero, en el presente caso, entendemos que en esta hipótesis del trabajo, este existe como contracara de la omisión ilegítima de la Administración que genera el derecho a la reparación.

Ahora bien, en nuestro caso de examen, el órgano que decide no continuar un contrato de trabajo que se ha venido prorrogando por años, no tiene el derecho de darlo por terminado, sin justa causa o dicho en otros términos, sin invocación de esta.

Este obrar ilegitimo es el que da origen al derecho del reclamante y que lo habilita en su pretensión.

A mayor abundamiento, no podría concebirse por supuesto, la existencia de derecho a favor de la Administración de llevar adelante un despido sin causa, es decir, sin un elemento esencial propio de los actos administrativos y menos aún convalidarse aún una desviación de poder marcada por toda una trayectoria de contratos suscriptos entre partes, que demuestran que lo que en principio pudo haber sido una relación estacional, en rigor de verdad era por plazo indeterminado.

La contracara de las normas y principios conculcados, son lo que habilitan el reclamo.

El inciso c) referente a la acreditación y prueba de los extremos invocados, es tributario de cada caso en concreto, pero al respecto debe decirse que en términos generales de visualiza los graves perjuicios que ocasiona la Administración y que dado su carácter alimentario, efec-

cautelares contra la Administración" en consulta del 13/09/2020: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Las_medidas_cautelares_contra_la_Administracion,_en_Tratado_de_Derecho_Procesal_Adminsitrativo,_Director_Juan_Carlos_Cassagne,.pdf

(42) Sobre este punto damos por sentado que el trámite judicial a fin de obtenerse la declaración o no del derecho indemnizatorio, excederá, por cierto, los tres meses que la ley 23.660 (art. 10, inc. a) ya otorga para situaciones como la aquí descripta.

tivamente resultarían de imposible reparación ulterior.

Por su lado, el inciso d) en torno a la prudencia requerida al magistrado interviniente a fin de no producirse afectación del interés público comprometido mediante le dictado de la medida, somos de la idea que la medida analizada desde la soledad del caso, no podría llegar a hacer mella en el interés colectivo, pero otro cantar sería por ejemplo si la cantidad de personas afectadas por este obrar ilegítimo abarcara por cierto a un número mayor de afectados o si esta medida, pudiera encarrilarse en una política de Estado tendiente al finiquito de los miles de contratos de este tenor que existen en la Administración. Pero para ello, deberá analizarse el caso concreto, para poder estimar el grado de afectación existente a ese interés colectivo.

El último de los requisitos previsto en el inciso e) en torno a la irreversibilidad o no de la medida, por cierto plantea varios escenarios, por ejemplo que frente a la concesión de la medida cautelar, la Administración disponga volver sobre sus pasos y estudie la firma de un nuevo contrato o reconocer el pago de la cobertura médica para el trabajador y su familia, en cuyo caso, este aspecto, en orden al carácter tuitivo de las normas vinculadas al trabajo, de la mano de la verosimilitud de derecho que entendemos se encuentra presente, no podría en ningún momento colocar en situación de necesidad de revertir la medida.

VIII. Conclusiones

El trabajo le otorga dignidad al hombre, porque trabajando el ser humano crece y se desarrolla como persona útil a la sociedad, y cuando ese trabajo se realiza dentro de la organización administrativa del Estado, el trabajador colabora además con el fin público, ya sea directa o indirectamente.

Desde la mirada organizativa, todo Estado se desarrolla en un orden jurídico, pero recién cuando ese orden se somete a principios de justicia, es que nos encontramos en presencia del verdadero Estado de Derecho, el cual, en los propios actos y conductas de la Administración, debe encausarse en base al respeto de los principios y valores del Estado constitucional y social de derecho, tanto en la actividad administrativa como en sus distintas parcelas metodológicas.

En el supuesto aquí tratado hemos buscado asimilar indirectamente la cobertura de la obra social una vez cesada la relación laboral nacida en los términos del art. 9°, inc. a), evitando caer en el paralelo del caso de las medidas positivas de carácter prestacional, a dichos fines, hemos propuesto una mirada distinta, porque en este supuesto tan particular que hemos tratado, el otorgamiento de la medida cautelar no implicará un adelantamiento de la sentencia, que es en definitiva el pago de una indemnización por el obrar ilegítimo de la Administración.

Asimismo, hemos sido cautos al momento de plantear la substancia de la medida cautelar requerida, puesto que entendemos el carácter restrictivo que pesa sobre esta clase de medidas que conceden prestaciones y fundamentalmente atendiendo al respeto que debe imperar en orden a la división de funciones del poder del Estado.

En razón de lo expuesto, bajo nuestra mirada (parcial sin dudas), entendemos que se verifica la hipótesis indicada en el principio: “La no renovación de un contrato temporal de empleo en los términos del art. 9°, inc. a) del decreto reglamentario de la Ley Marco de Empleo Público, una vez que este se ha prorrogado a lo largo de los años, a la luz de los derechos involucrados, en los términos reseñados en el presente trabajo, importa un obrar ilegítimo de la Administración y por ello, corresponderá el pago de una indemnización, ante la lesión de derechos de reconocida fuente constitucional y convencional y con dicha pretensión, en materia de medidas cautelares, entendemos también que resultaría procedente la petición y la concesión en instancia judicial, del mantenimiento de la obra social para el trabajador y su familia por parte del Estado empleador, hasta tanto se dirima la cuestión principal.

Contrataciones electrónicas y su impacto en los principios de las contrataciones públicas

Nicolás D. Vergara (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Del procedimiento y la contratación pública en papel al procedimiento y la contratación pública digital o electrónica.— III. Normativa vigente.— IV. Impacto de las contrataciones electrónicas en los principios de las contrataciones públicas.— V. Colofón.

I. Introducción

En el campo de la contratación pública, la contratación electrónica sin dudas ha llegado para quedarse. Su incipiente y progresiva implementación ha generado consecuencias de diversa índole que plantea desafíos que los operadores deben resolver.

En este trabajo, analizaremos: a) las notas salientes de este tipo de contrataciones; b) su normativa aplicable; y c) el impacto que su implementación ha producido en los principios de las contrataciones públicas.

II. Del procedimiento y la contratación pública en papel al procedimiento y la contratación pública digital o electrónica

En los tiempos que vivimos, en los que la mayor parte de las actividades del ser humano transcurren en el mundo digital, el Sector Público nacional ha tenido que realizar y continúa realizando una profunda transformación en su organización.

En ese contexto, en los últimos años, el Estado, a nivel global, ha tendido a la "despapelización" **(1)**, sustituyendo el documento en papel por el documento electrónico. De tal modo, los procedimientos administrativos tramitan mediante expedientes electrónicos, entendido como la acumulación por vía informática de todos los documentos relativos a un asunto (y no exclusivamente tendientes a la formación de la voluntad administrativa) **(2)**.

Sin embargo, ya no es suficiente la mera sustitución del papel por los medios electrónicos, sino que existe una demanda de transformación digital aprovechando el enorme potencial que ofrece la tecnología.

El nuevo modelo de administración conocido como gobierno electrónico, consistente en la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) en la Administración Pública, tanto para la organización interna como para la interacción de la Administración con los ciudadanos y demás actores sociales, se va extendiendo cada vez más.

El uso de las TIC en las contrataciones públicas es una herramienta insustituible para el logro del objetivo de mejorar la eficiencia y productividad de los procesos de selección, e in-

(*) Abogado (Universidad S. XXI). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral) y Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA).

(1) Implica el abandono del papel como medio habitual de documentación.

(2) DELPIAZZO, Carlos E., "Lo nuevo y lo permanente de la actuación administrativa a través del procedimiento administrativo electrónico", en Cassagne, Juan Carlos, Tratado General de los Contratos Públicos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 987.

crementar decisivamente la transparencia de dichos procesos, contribuyendo a crear condiciones más favorables para mejorar la calidad de los servicios y el efectivo control social sobre el gasto público **(3)**.

A ello se suma la creciente expansión e implementación de la inteligencia artificial, entendida como la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano **(4)**. En otras palabras, los sistemas de inteligencia artificial utilizan ordenadores, algoritmos y diversas técnicas para procesar la información y resolver problemas o tomar decisiones que antes solo podían ser realizadas por nuestros cerebros **(5)**.

Adicionalmente, existen otras innovaciones relevantes cuyo uso está aumentando progresivamente, como las cadenas de bloques (*blockchain*) y los datos masivos (*big data*).

En efecto, hay consenso entre los especialistas sobre el hecho de que el gran cambio que se avecina en el futuro en la nueva organización en el futuro en la nueva organización del trabajo va a venir de la mano de la robótica y de la inteligencia artificial **(6)**.

En ese marco, en el entendimiento que el fortalecimiento de las capacidades institucionales del Sector Público nacional requiere la implementación de sistemas electrónicos de gestión documental, con el objetivo de acelerar los trámites, aumentar la transparencia, facilitar el acceso a la información, posibilitar la integración e interoperabilidad de los sistemas de información y dotar a los organismos de una herramienta moderna para elevar la calidad de la gestión, el Estado nacional implementó, en forma progresiva, el sistema de Gestión Documental Electrónica —GDE— como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público nacional, que actúa como plataforma para la implementación de gestión de expedientes electrónicos **(7)**.

Asimismo, cabe destacar que la puesta en operación del ecosistema informático GDE, fue acompañada por una arquitectura jurídica que garantiza el pleno valor legal de los documentos electrónicos y su tramitación en dicho sistema.

En efecto, por el dec. 1131/2016 **(8)** se estableció el valor jurídico del original de los documentos electrónicos firmados digitalmente, disponiendo que todos los documentos y expedientes generados en soporte electrónico y los reproducidos en soporte electrónico a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, digitalizados de acuerdo al procedimiento que establece el organismo estatal en la materia, son considerados originales, tienen idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel en los términos del art. 293 y concordantes del Cód. Civ. y Com.

Adicionalmente, como aspecto estratégico de la modernización administrativa para lograr la tramitación digital completa y remota y orientar la acción administrativa del Estado al ciudada-

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

(4) ROUHIANEN, Lasse, "Inteligencia Artificial. 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro", Planeta, Barcelona, España, 2018, p. 17.

(5) CORVALÁN, Juan G., "Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de "tramitación digital completa", LA LEY 2018-D, 917.

(6) RAMIO, Carles, "Inteligencia Artificial y Administración Pública, Robots y Humanos compartiendo el servicio público", Catarata, Madrid, España, 2019, p. 31.

(7) Ello en virtud de lo dispuesto en el dec. 561 de fecha 06/04/2016 (BO. del 07/04/2016), que aprobó la implementación del sistema de Gestión Documental Electrónica —GDE— como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional y fijo que dicho sistema actuará como plataforma para la implementación de gestión de expedientes electrónicos. Dicho sistema resulta obligatorio para las entidades y jurisdicciones enumeradas en el art. 8° de la ley 24.156 que componen el Sector Público Nacional, que deben utilizar el sistema GDE para la totalidad de las actuaciones administrativas, de acuerdo con el cronograma que fijado por el entones Ministerio de Modernización, en reemplazo del ComDoc u otros sistemas de gestión documental en uso.

(8) BO. del 31/10/2016.

no, el dec. 1063/2016 **(9)** aprobó la implementación de la plataforma de "Trámites a Distancia" (TAD) del sistema GDE, como medio de interacción del ciudadano con la Administración a través de la recepción y remisión por medios electrónicos de presentaciones, escritos, solicitudes, notificaciones y comunicaciones, entre otros.

En el mismo sentido, por el dec. 894/2017 **(10)** se aprobó el nuevo "Reglamento de Procedimientos Administrativos dec. 1759/1972 Texto Ordenado 2017", en el que se dispuso que las autoridades administrativas actuarán procurando la simplificación de los trámites, y estableciendo, entre otros aspectos, el formato electrónico de los expedientes, la tramitación remota completa de los ciudadanos a través de la Plataforma TAD, la eliminación de cargas al administrado y que, en aquellos casos que para la sustanciación de un procedimiento administrativo sea necesaria la presentación de alguna información del administrado que deba ser emitida por otra entidad o jurisdicción, la solicitud se realizará directamente al organismo responsable de su producción y certificación, debiendo expresar el procedimiento en la cual se enmarca y la norma que justifica su presentación.

Por su parte, mediante el dec. 733/2018 **(11)**, se estableció que la totalidad de los documentos, comunicaciones, expedientes, actuaciones, legajos, notificaciones, actos administrativos y procedimientos en general, deberán instrumentarse en el sistema GDE, permitiendo su acceso y tramitación digital completa, remota, simple, automática e instantánea, excepto cuando no fuere técnicamente posible. Asimismo, dicho Decretó dispuso que ningún organismo debe exigir la presentación de documentación en soporte papel. En caso de que el administrado voluntariamente presente un documento en soporte papel, el organismo debe digitalizarlo e incorporarlo al sistema GDE en forma inmediata.

Ahora bien, esta transformación también se vio reflejada en el campo de los contratos administrativos.

En efecto, tal como sucedió como los procedimientos administrativos en general, los contratos administrativos en particular mutaron, pasando de la contratación en papel a la contratación electrónica o digital.

La contratación electrónica se desarrolla en una plataforma virtual o portal de compras que tiene una importancia radical, es el lugar donde tramita el procedimiento de contratación y el punto de encuentro de proveedores, el Estado y los ciudadanos **(12)**.

Ahora bien, dicha situación genera mucha información abierta, al cual todos pueden acceder. Ello puede permitir que, con la ayuda de las herramientas tecnológicas existentes antes mencionadas y las que en el futuro aparecerán, el Estado pueda pensar en llevar adelante contrataciones inteligentes, que le permitan tomar mejores decisiones, contratando en forma transparente y eficaz.

III. Normativa vigente

Respecto a la normativa vigente en nuestro país, en primer lugar, cabe destacar que el art. 21 del dec. delegado 1023/2001, establece que las contrataciones podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente, utilizando los procedimientos de selección y las modalidades que correspondan. Asimismo, dispone que las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación.

Además, prevé que serán válidas las notificaciones en formato digital firmado digitalmente y que deberá considerarse que los actos realizados en formato digital firmados

(9) BO. del 5/10/2016.

(10) BO. del 2/11/2017.

(11) BO. del 9/08/2018.

(12) TANNO, Natalia, "La contratación pública inteligente", Observatorio de la Contratación Pública, disponible en http://www.obcp.com.ar/opiniones/la-contratacion-publica-inteligente#_ftn1.

digitalmente cumplen con los requisitos del art. 8° de la ley 19.549, su modificatoria y normas reglamentarias.

Por último, dispone que 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.

Por su parte, el art. 32 del dec. 1030/2016, dispone que la Oficina Nacional de Contrataciones (en adelante, "ONC") habilitará los medios para efectuar en forma electrónica los procedimientos prescriptos en dicho reglamento.

En virtud de ello, mediante la disposición 65/2016 **(13)**, la ONC habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, en adelante denominado "COMPR.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 dec. 1030 de fecha 15/09/2016, que constituye una aplicación que permite efectuar la gestión de las contrataciones públicas íntegramente a través de Internet, posibilitando el seguimiento del estado de avance de los procedimientos en tiempo real.

Asimismo, mediante dicha norma se aprobó:

a) el Manual de Procedimiento para las contrataciones que se gestionen por ese medio;

b) las políticas, términos y condiciones de uso del COMPR.AR a las cuales deben sujetarse los usuarios en la utilización del sistema como en el desarrollo de todos los procedimientos de selección electrónicos;

c) el procedimiento de registro y autenticación de los usuarios de los proveedores; y

d) el procedimiento de registro y autenticación de los usuarios de la Administración y la matriz de asignación de perfiles.

(13) BO. del 29/09/2016.

En dicho sistema se ven reflejadas las necesidades de las jurisdicciones y entidades contratantes.

Asimismo, allí las jurisdicciones y entidades contratantes deben difundir desde las convocatorias a los procedimientos de selección, las circulares aclaratorias y modificatorias, las actas de apertura de ofertas, los cuadros comparativos de ofertas, la preselección en los procedimientos de etapa múltiple, el dictamen de evaluación de ofertas y sus impugnaciones, la aprobación del procedimiento de selección, la adjudicación, la declaración de desierto o fracasado, o la decisión de dejar sin efecto un procedimiento de selección, las órdenes de compra, venta o los contratos, las solicitudes de provisión, en los casos de orden de compra abierta, los actos administrativos y las respectivas órdenes de compra por las que se aumente, disminuya o prorrogue el contrato, los actos administrativos firmes por los cuales las jurisdicciones o entidades hubieran dispuesto la aplicación de penalidades a los oferentes o adjudicatarios, las cesiones de los contratos y la revocación, suspensión, resolución, rescate o declaración de caducidad **(14)**.

De tal modo, el Sistema de Contrataciones cuenta con una plataforma transaccional electrónica que aporta transparencia y contribuye a la más amplia difusión de los procesos de compras y contrataciones; simplifica y promueve la participación competitiva; brinda información actualizada permite una mejor planificación estratégica y optimiza los niveles de eficiencia y eficacia; reduce plazos y costos administrativos y operativos, y finalmente, facilita el seguimiento y auditoría de los procesos.

Respecto al Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", podemos destacar las siguientes notas salientes:

a. Se establece que todas las notificaciones entre la jurisdicción o entidad contratante y los interesados, oferentes, adjudicatarios o cocontratantes se realizan válidamente a

(14) Ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 47 del dec. 1030/2106.

través de la difusión en el sitio de internet de "COMPR.AR" **(15)**;

b. Tanto el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales como los pliegos de bases y condiciones particulares y las circulares que se emitan se encuentran disponibles en el portal. Asimismo, las consultas se realizan por ese medio, debiendo el proveedor haber cumplido, previamente, el proceso de registración y autenticación. En el mismo sentido, el dictamen de evaluación, la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato se comunica por esa vía **(16)**.

c. Con la difusión de la convocatoria en COMPR.AR, este envía automáticamente correos electrónicos a los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores según su rubro, clase u objeto de la contratación **(17)**.

d. Las ofertas se presentan hasta el día y hora que determine la jurisdicción o entidad contratante en la convocatoria, a través del COMPR.AR utilizando el formulario electrónico que suministre el sistema y cumpliendo todos los requerimientos de los pliegos aplicables, acompañando la documentación que la integre en soporte electrónico **(18)**. A los fines de la presentación de la oferta, el sistema ha receptado una de la herramienta tecnológica como es el Blockchain. En efecto la oferta se realiza en un formulario PDF que se firma, se le calcula un hash que se sube a COMPR.AR, y desde allí a una Blockchain que genera un recibo OTS (Open Time Stamps) que queda a disposición de todos los proveedores de ese proceso de compra y, de este modo, la oferta legible queda en poder del proveedor y la oferta hash, en manos de COMPR.AR. En la fecha de apertura, los proveedores deben enviar su oferta en PDF y cualquiera puede verificar que es la auténtica usando el OTS **(19)**.

e. La apertura de ofertas se efectúa por acto público a través de COMPR.AR en la hora y fecha establecida en el llamado. En forma electrónica y automática se genera el acta de apertura de ofertas correspondiente **(20)**.

f. Respecto a las garantías, se prevé que cuando la garantía no fuera electrónica, el original o el certificado pertinente, debe ser presentado dentro de los plazos previstos, en el lugar que se indique en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares, mientras que si es electrónica, el cocontratante la individualiza en el "COMPR.AR", dentro de los plazos que se dispongan según el tipo de garantía, mediante los datos que requiera el sistema y no se presentará en forma física **(21)**.

Por otra parte, cabe destacar que los organismos internacionales han venido promoviendo la generalización de la contratación electrónica, pero dejando plena libertad a los Estados para implantarla en los tiempos que entiendan conveniente, lo que es coherente con la no obstaculización del mercado interno y la superación progresiva de la brecha digital **(22)**.

(15) Art. 4º del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(16) Arts. 6º, 7º, 12, 14 y 15 del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(17) Art. 8º del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(18) Art. 9º del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(19) VALENTINI, Daniela B., "Adopción de tecnologías disruptivas en la contratación pública", en Observatorio de la Contratación Pública, disponible en http://www.obcp.com.ar/opiniones/adopcion-de-tecnologias-disruptivas-en-la-contratacion-publica.

(20) Art. 11 del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(21) Arts. 10 y 16 del Manual de Procedimiento del COMPR.AR, aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(22) Cfr. TANNO, Natalia, "La transformación de la contratación pública", AR/DOC/1197/2019. Tal como señala la autora citada, se pueden mencionar los siguientes instrumentos internacionales: a) La Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), para aprovechar el potencial de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único. En el Libro, se destaca que este proceso tiene una trascendencia mucho mayor que la que supone el mero paso de un sistema basado en el soporte papel

Adicionalmente, respecto a la presente temática, cabe mencionar que, en el campo del contrato de obra pública, el Ministerio de Obras Públicas creó el Observatorio de la Obra Pública, como un espacio de participación, destinado a contribuir a la evaluación y mejora continua del marco normativo, de las prácticas, herramientas y procedimientos de planificación, así como de la contratación, ejecución física y financiera de las obras públicas que lleve adelante dicho ministerio y sus entes descentralizados **(23)**.

Dicho observatorio posee cinco ejes de trabajo **(24)**, a saber:

1. transparencia, participación ciudadana y control social en la contratación y ejecución de obra pública, que tiene por objeto participar en la definición monitoreo y seguimiento de los indicadores asociados a las nuevas herramientas que implemente el Ministerio con el fin de promover una efectiva participación ciudadana y el control social en el proceso de contratación y ejecución de la obra pública;

2. inclusión del principio de integridad en la contratación y ejecución de obra pública;

a otro que se sirve de las comunicaciones electrónicas para la ejecución de los procedimientos de contratación pública, ya que puede aportar considerables mejoras en materia de eficiencia de las adquisiciones concretas, gestión global de la contratación pública y funcionamiento de los mercados en el ámbito de los contratos estatales. Este Libro fue seguido por un segundo, un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, en el que se destaca que habida cuenta del papel fundamental que desempeña la contratación pública, es preciso modernizar las herramientas y los métodos existentes a fin de hacerlos más adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico (Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente COM (2011));b) Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE sobre contratación pública, de la que surge que los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación, y deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación; c) La Estrategia Europa 2020 otorgó un papel clave a la contratación pública, ya que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos; d) La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), como organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región, emitió el Manual de contratación pública electrónica para América Latina, en abril de 2007. Presenta una propuesta para los países que se encuentren implementando sistemas y modificando sus regulaciones sobre contratación pública con el ánimo de suministrar una guía y un modelo teórico construido con los casos exitosos a lo largo del continente americano; e) La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en el año 2015, adoptó una Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública, que describe los principios y mecanismos para garantizar la integridad y frenar la corrupción en las compras públicas, a través de la integridad, transparencia, participación de los interesados, accesibilidad, compras electrónicas, y supervisión y control. En este sentido, recomendó que los Adherentes mejoren el sistema de contratación pública mediante el aprovechamiento de las tecnologías digitales para dar soporte a la innovación, a través de la contratación electrónica, a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública (https://www.oecd.org/gov/ethics/recommendation-public-integrity/); f) En el caso de la aracas, Venezuela, Septiembre de 2014, SP/Di 11-14). Organización de los Estados Americanos (OEA), en oportunidad de celebrarse la Octava Cumbre de las Américas, en abril de 2018, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas abordaron el tema "Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción", y se comprometieron, entre otras cosas, a: promover el uso de sistemas electrónicos para compras gubernamentales, contrataciones de servicios y obras públicas para asegurar la transparencia, publicidad, veeduría ciudadana y una efectiva rendición de cuentas, y a implementar medidas para la reducción de la burocracia y la simplificación de trámites en todos los niveles de gobierno para la prevención de la corrupción (http://www.viiicumbreperu.org/); g) El Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA) emitió un documento sobre las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe, en septiembre de 2014. Señala que el empleo de los recursos tecnológicos en los sistemas de compras públicas en la región constituye, junto al comercio electrónico, un desafío y una oportunidad para las reformas del sector público en muchos países de la región La utilización de sistemas de contratación pública electrónica agiliza la preparación de las licitaciones y por lo tanto fomenta la participación de un mayor espectro y número de posibles proveedores en la compra pública (Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe", secretaría Permanente del SELA, C

(23) Res. 31/2020 del Ministerio de Obras Públicas (BO. del 07/05/20).

(24) Informe disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_observatorio_de_la_obra_publica_2020.pdf.

3. revisión y modernización del marco normativo y de los procesos de la obra pública;

4. innovación tecnológica en los procesos de la obra pública; y

5. sustentabilidad en las contrataciones de obra pública.

En muchos de estos ejes, se destaca el impulso de promover mecanismos que apliquen inteligencia artificial en las distintas etapas de la contratación **(25)**.

IV. Impacto de las contrataciones electrónicas en los principios de las contrataciones públicas

En un sentido ontológico, los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento jurídico porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido. Por ese motivo, no puede concebirse que una norma legal los contravenga pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial. A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas. Finalmente, los principios cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico frente a la carencia de normas que rigen la cuestión **(26)**.

En el campo del derecho administrativo, estos principios ocupan, por razones históricas, un espacio mucho mayor que en el derecho privado. En efecto, aquel nació como un conjunto de principios rectores a partir de los cuales se construyeron reglas más concretas. Por el contrario, el derecho privado está repleto de normas puntuales que nos permiten construir por el camino de las inducciones principios generales **(27)**.

Existen ciertos principios comunes en el ordenamiento jurídico y otros que son específicos de cada rama del derecho.

En tal sentido, el derecho administrativo posee principios propios, que resultan aplicables a todo procedimiento administrativo. Asimismo, y sin entender que unos excluyen otros, existen principios que rigen al procedimiento de selección del contratista estatal y a las contrataciones públicas.

Sobre el particular, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado

(25) Respecto a la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la contratación pública, Valero Torrijos propone distinguir en función de la fase de la que se trate, a saber:- En la preparación del contrato, esta tecnología podría ser de gran utilidad como instrumento de apoyo para la elaboración de los pliegos y, en particular, la determinación de los concretos criterios de selección, de manera que se tengan en cuenta las decisiones adoptadas por otras entidades en casos similares o, incluso, se pudiera realizar un análisis avanzado de las exigencias de selección y los requerimientos de solvencia a cumplir por los licitadores.- Por lo que se refiere a la adjudicación, la IA podría tener un especial impacto en relación con: la implementación de sistemas dinámicos, asegurando que la competencia no se vea obstaculizada, restringida o falseada, pero también para una más adecuada satisfacción del interés público relativo a la mejor ejecución posible del contrato; la utilización de catálogos electrónicos, en particular teniendo en cuenta el potencial que ofrecen estos instrumentos desde la perspectiva de la normalización al facilitar la actuación automatizada; la valoración comparativa de las ofertas, en particular para detectar posibles supuestos de precios anormalmente bajos en las ofertas presentadas; o, entre otras posibilidades, la comprobación de los requisitos de solvencia técnica y económica de los licitadores.- En la fase de ejecución, la IA simplificaría la tarea del seguimiento por parte de la entidad pública, permitiendo: la generación automatizada de alertas a partir de parámetros anormales y, en su caso, la detección de eventuales desviaciones respecto de las premisas fijadas con antelación; o, entre otras posibilidades, la realización de análisis avanzados de datos en orden a decidir cuándo y en qué condiciones sería procedente una modificación contractual o la actualización del precio.- Finalmente, por lo que se refiere al control, permitiría poner en marcha modelos más avanzados y precisos que, además, fueran inmediatos y tuvieran naturaleza proactiva, compensando de este modo las limitaciones del actual modelo reactivo que, al menos en numerosas ocasiones, resulta excesivamente lento y formalizado. Incluso, la IA podría ayudar a detectar con antelación indicios relativos a prácticas colusorias, si bien en todo caso habrían de establecerse las oportunas garantías para asegurar el derecho a la defensa (VALERO TORRIJOS, Julián, "Inteligencia Artificial y contratación del sector público", en Observatorio de Contratación Pública, disponible en http://www.obcp.es/opiniones/inteligencia-artificial-y-contratacion-del-sector-publico).

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2015, cap. II, versión e-book.

(27) BALBÍN, Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., t. I, p. 405.

por el dec. delegado 1023/2001, prevé los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, y enumera a los siguientes:

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.

Asimismo, agrega que, 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.

En materia de contratación pública, los principios son tan relevantes que ellos mismos son los que sostienen todo el entramado normativo de la contratación pública, y son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de Derecho **(28)**.

Tal como sostiene Cormick, si bien los principios son aplicables a todos los procedimientos de selección, la ponderación de los distintos principios variará de acuerdo con el procedimiento elegido. Así, a priori, en la licitación pública el balanceo entre los distintos principios es la más completa, mientras que en la contratación directamente claramente hay una opción por una serie de principios **(29)**.

El análisis de cada uno de dichos principios excede los límites del presente trabajo que solo persigue analizar los impactos de la contratación digital en ellos. Sin perjuicio de ello, a los fines de contextualizar el análisis, haremos una muy breve referencia a la descripción de cada uno de los principios antes de analizar su impacto en las contrataciones digitales.

Para el análisis de los principios, seguiremos el orden del art. 3° del mencionado dec. 1023/2001.

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

Tal como enseña Dromi, la razonabilidad del proyecto exige que este sea justificado en modo coherente con los fines que motivan la contratación de que se trata, sin depender del criterio meramente personal y subjetivo de la autoridad que tiene a su cargo la selección del contratista **(30)**. Por su parte, el autor citado explica que la eficiencia de la contratación significa que se debe dar satisfacción al interés público con la menor onerosidad y la mayor agilidad posible **(31)**.

En tal sentido, el dec. 1023/2001, establece, en su art. 1º, que el régimen de contrataciones del Estado tiene por objeto que las obras, los bienes y los servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad.

Respecto a este principio, cabe destacar que la realización en forma automática de determinados actos durante el proceso de selección permite su mayor aplicación. En efecto, la plataforma

(28) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Principios jurídicos y contratación pública global", Sup. Const. 2014 (mayo), 11, LA LEY 2014-C, 893.

(29) Cfr. CORMICK, Martín, "Selección del contratista", en AA.VV., Contratos de la Administración: teoría y práctica, Diamantes en Almíbar, Buenos Aires, 2017, p. 75, disponible gratuitamente en: http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf.

(30) DROMI, Roberto, "Licitación Pública", Ciudad Argentina - Hispania Libros, Buenos Aires, 2017, 5ª ed., p. 121.

(31) Ídem.

virtual "COMPR.AR" realiza, en forma automática tanto la invitación a todos los proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores del rubro como la confección y publicación del acta de apertura de ofertas, lo que permite acortar los plazos y reducir los recursos necesarios a tales fines.

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

La concurrencia tiene por objeto lograr que al procedimiento de selección se presenten 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 **(32)**. Desde tal atalaya, la ONC tiene dicho: "La concurrencia es un requisito de capital importancia dentro del sistema de selección del cocontratante estatal, en la medida en que permite que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes, lo cual se traduce en una mayor capacidad de elección en favor del Estado nacional" **(33)**.

Este principio se ve claramente promovido por las contrataciones digitales, en tanto se amplía considerablemente la cantidad de oferentes que se anotician de las convocatorias realizadas por el Estado, pues cada vez que se aprueba una convocatoria, a todos los proveedores del rubro, clase u objeto de la contratación —siempre que se encuentren debidamente inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores— se les remite, en forma automática, un correo electrónico a su correo declarado en dicho sistema **(34)**.

c) Principio de transparencia en los procedimientos, publicidad y difusión de las actuaciones.

El principio de transparencia ha sido definido como aquel que consiste en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa, tanto por los funcionarios como por los ciudadanos interesados en la contratación **(35)**. En nuestra opinión, la contratación pública será transparente en tanto cumpla con la totalidad de los principios del derecho administrativo y los demás principios de la contratación administrativa. Es decir, que engloba o subsume a todos ellos.

Por su parte, la publicidad y difusión exigen que el proceso de selección se dé a conocer al público en general, mediante distintos canales destinados a ese efecto, como el Boletín Oficial, las páginas web del órgano rector de las contrataciones públicas y/o de la jurisdicción que lleva adelante la contratación, los diarios de amplia circulación, etc. Evidentemente, la licitación pública es el proceso de selección del contratista en el que con mayor fuerza se cumple este principio.

Sobre el particular, las contrataciones digitales resultan esenciales para garantizar dicho principio. En efecto, ello es así, a nuestro entender, pues cualquier ciudadano puede acceder a la información que las jurisdicciones y entidades contratantes deben difundir y, de tal modo, conocer: 1) qué se compra; 2) cuánto gasta el Estado en la adquisición de bienes, servicios y obras; 3) en qué tiempos; 4) si los pliegos de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas cumplen los pautas que deben contener y si tienen o no algún indicio que pueda determinar un direccionamiento para favorecer a algún oferente; 5) la cantidad de ofertas que se presentan; 6) el análisis efectuado por las Comisión de Evaluación de Ofertas; 7) los fundamentos de los actos administrativos que se

(32) COMADIRA, Julio Rodolfo, "La Licitación Pública", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada y ampliada, ps. 97/99.

(33) Dictamen ONC 357 de fecha 23/09/2014.

(34) Conf. art. 8 del Manual de Procedimiento del "COMPR.AR", aprobado como Anexo I de la disposición ONC 65/2016.

(35) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "El contrato administrativo en Colombia", en CASSAGNE, Juan Carlos, Tratado General de los Contratos Públicos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 215.

dictan a los largo del procedimiento de selección; 8) las vicisitudes que pudieran afectar al contrato.

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

Este principio implica que los funcionarios públicos y aquellos agentes que participen, con cierto poder de decisión de la contratación pública serán responsables por su accionar. Dicha responsabilidad puede ser de naturaleza civil, administrativa, penal o política, según el caso. Constituye una aplicación particular del principio general de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios **(36)**.

A nuestro juicio, los datos abiertos que provocan las contrataciones digitales facilitan el control, tanto de los organismos públicos de contralor como de la sociedad civil, lo que permite a su vez promover este principio, pues cuanto mayor es el control —si es ejercido en forma correcta- mayor será el juicio y la rigurosidad respecto a la responsabilidad de las personas intervinientes, tal como ya ha quedado constatado en el breve lapso de vigencia de la implementación de este tipo de contrataciones **(37)**.

e) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Este principio implica que todos los oferentes e interesados deben recibir el mismo trato y, al mismo tiempo, impide que se otorgue una determinada ventaja a alguno de aquellos que se hubiera negado al resto **(38)**. Su fundamento radica en el art. 16 de la CN. El trato igualitario debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no puede durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a la contraparte **(39)**.

Respecto a este principio, este tipo de contrataciones colaboran a que se encuentre garantizado y no se vea afectado, pues la publicación tanto de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares, como otros actos posteriores, para el público el general, dificultan la posibilidad de realizar acciones que puedan hacer peligrar este principio, como sucede, por ejemplo, con los Pliegos dirigidos a un interesado o las modificaciones ilegítimas del contrato administrativo o la celebración de una modificación al contrato que altere las condiciones previstas en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

V. Colofón

Como lo hemos advertido, las contrataciones digitales o electrónicas han venido para quedarse. Es un fenómeno que no reconoce fronteras. Su implementación en nuestro país es prematura, pero la potencialidad de las herramientas que permite utilizar puede ser de una gran utilidad si ellas son aplicadas en forma correcta.

Por nuestra parte, entendemos que, si bien no se nos escapa que este tipo de contrataciones han sido implementados en otros y que el sistema presenta deficiencias que resulta necesario resolver (como promover un aumento de mecanismos con inteligencia artificial que facilite y mejore la gestión de las contrataciones públicas, acotar los tiempos que insumen los procesos de selección, bajar los precios que el Estado paga para adquirir los bienes y servicios, aumentar la transparencia, concurrencia y eficiencia, entre otros aspectos relevantes), este cambio en las contrataciones públicas ha permitido promover el cumplimiento de muchos de los principios de los contratos administrativos previstos en el art.

(36) REJTMAN FARAH, Mario, "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", Abeledo Perrot, 2010, p. 51).

(37) Sobre el particular, es posible citar el caso de la compra de alimentos a precios elevados por parte del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación en el año 2020, cuyo hecho generó una denuncia penal por parte de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas. En efecto, dicha situación fue constatada debida a su difusión. A raíz de la denuncia presentada, la contratación fue dejada sin efecto y el Estado Nacional implementó un sistema de precios máximos para ciertas contrataciones públicas.

(38) CORMICK, Martín, ob. cit., p. 88.

(39) COMADIRA, Julio Rodolfo, ob. cit., p. 63.

3° del dec. 1023/2001, tal como ha sido explicitado precedentemente.

Por último, no podemos dejar de mencionar la relevancia que asumió este tema en tiempos reciente con la aparición de la pandemia global producida por el virus denominado COVID 19. En efecto, en nuestro país, el DNU 297/20, dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" durante el plazo originalmente comprendido entre el 20 y el 31 de marzo del año 2020 que fue sucesivamente prorrogado.

En consecuencia, las contrataciones públicas electrónicas fueron claves para que el Estado pueda llevar adelante —con las dificultades del caso— los procesos de selección a los fines de adquirir los bienes y servicios que requieren su funcionamiento, pues las contrataciones en papel hubiesen significado un obstáculo muy difícil de sortear en dicho contexto.

En tal sentido, la ONC, en su carácter de órgano rector del sistema nacional de contrataciones, recomendó a las unidades operativas de contrataciones que **(40)**:

a) en los procedimientos de selección que tramiten por el "COMPR.AR", minimicen a lo estrictamente indispensable los actos materiales o presenciales que no puedan traducirse en operaciones virtuales en el aludido sistema electrónico. En tal sentido, estableció que deberán evitar, en la medida de lo posible, requerir la presentación de muestras, pudiendo reemplazar a dicho requerimiento por folletos de especificaciones técnicas o fotos de los bienes cotizados;

b) considerando que en los pliegos de bases y condiciones particulares los organismos contratantes tienen la facultad de elegir la forma de garantía cuando existan razones fundadas, seleccionen aquellas formas de garantías que no requieran de un acto presencial por parte del oferente ante el organismo para su integración;

c) no incorporar como requisito para la presentación de ofertas las visitas a las instalaciones, reemplazando este requerimiento por especificaciones técnicas con mayor detalle, lo suficientemente precisas, pudiendo incluir fotos de los lugares o planos, para permitir a los oferentes determinar el objeto de la contratación y formular una adecuada cotización, aún sin efectuar una visita al lugar.

(40) Comunicación General ONC 12 de fecha 9/06/2020.

Control constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia

Un estudio actual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia esencial

Juan Garda

Sumario: I. Introducción.— II. El carácter restrictivo plasmado por el constituyente.— III. Requisitos sustantivos bajo la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial.— IV. Exclusión de la zona de reserva legal. Especial referencia a la materia tributaria.— V. Requisitos formales y eficacia. Imposibilidad de alegar la "cuestión política no justiciable" ante el control judicial.— VI. Incumplimiento de presupuestos constitucionales y vinculación con la "teoría de invalidez del acto administrativo".— VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

I.1. El objeto de este trabajo será exponer un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, respecto del control constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Ello implicará abordar tópicos vinculados a los requisitos sustanciales previstos en la Carta Magna Federal; a la zona de reserva excluida para ser regulada por este instrumento normativo (ello con especial referencia a la materia tributaria dada su preeminencia en la práctica real); los requisitos formales para que esta especie de reglamentos adquieran eficacia; la consecuencia jurídica impuesta por el orden legal ante el incumplimiento de los presupuestos constitucionales, a partir de ello, la vinculación de la ilegitimidad del reglamento con la "teoría de invalidez del acto administrativo" ; y, finalmente, se realizarán las conclusiones con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del último par de décadas.

I.2. Ante todo, comienzo por recordar que, durante el constitucionalismo, la concepción jurídica del reglamento se encontraba limitada por la interpretación estricta que se hacía acerca del principio de división de poderes y de la ley como producto de la voluntad general, a la que solo se concebía como emanación de los órganos parlamentarios.

Así, dentro del esquema del siglo XX, la ley formal y material tenía primacía en todos los casos sobre el reglamento, ya que, al traducir la expresión de la voluntad general se le adjudicaba el carácter de soberana. Por este motivo, se afirmó la teoría de que el reglamento era el ejercicio de función ejecutiva o administrativa.

Pero el enorme crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo, operado en tiempos bastante posteriores al origen del constitucionalismo de la Ilustración **(1)**, provocó el origen de

(1) Este movimiento cultural e intelectual que se inició a mediados del siglo XVIII y duró hasta los primeros años del siglo XIX, inspiró cambios paradigmáticos en lo social, político, económico y cultural. Es significativo que los dos centros principales de esta ideología, Francia e Inglaterra, lo fueran también de la doble revolución. Un

otras formas jurídicas de expresión de la actividad normativa, tales como los reglamentos delegados primero, los reglamentos autónomos después, y finalmente los de necesidad y urgencia; desplazando la vigencia del principio que limitaba la actividad de la Administración Pública a la ejecución de la ley formal **(2)**.

Como puede observarse, a doctrina reconoce cuatro clases o especies de reglamentos: los de ejecución; los autónomos, independientes o constitucionales; los delegados; y los de necesidad y urgencia **(3)**.

Respecto a la cuestión terminológica o de *nomen iuris* del instituto objeto de este trabajo, recuerdo que en la doctrina suelen utilizarse para calificarlo, en forma indistinta, tanto el de "reglamento" como el de "decreto". Obviamente, el segundo término alude al acto formal emanado del presidente de la Nación y comprende tanto a los actos administrativos *en sentido estricto* (de alcance particular y estructura unilateral), como a los reglamentos.

Si bien desde un punto de vista estrictamente teórico, la amplitud de la fórmula plasmada actualmente en el art. 99, inc. 3º de la CN permite la inclusión de los actos de alcance individual, se sabe, que en la realidad la mayoría de las competencias del Parlamento que el Poder Ejecutivo podría ejercer al dictar un decreto de necesidad y urgencia, se traducen en disposiciones de alcance general **(4)**.

Sin perjuicio de ello, desde el punto de vista conceptual, la postura doctrinaria amplia **(5)** ha expresado que el reglamento es el *acto administrativo* de alcance general que mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables, y que conforma el orden jurídico **(6)**.

---

individualismo secular, racionalista y progresivo, dominaba el pensamiento "ilustrado". Su objetivo principal era liberar al individuo de las cadenas que le oprimían, de la larga sombra de la Edad Media (conf. HOBSBAWM, Eric, "La era de la revolución", Ed. Crítica, Buenos Aires, 2012, p. 27). En dicho marco, la doctrina de los frenos y equilibrios entre los poderes y la doctrina de que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial deben mantenerse separadas, es característica del liberalismo iluminista, surgió en Inglaterra en el curso de la resistencia contra los Estuardo y es claramente ya formulada por Locke (por lo menos, con relación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo). En Francia, donde la doctrina fue predicada con gran fuerza por Montesquieu, la sostuvieron los partidos más moderados de la Revolución francesa, pero se echó en el olvido temporal por la victoria de los jacobinos (RUSSELL, Bertrand, "Historia de la filosofía occidental", Ed. Colección Austral, Madrid, 1999, t. II, ps. 254-257).

(2) Vinculado a la debatida cuestión de la jerarquía ley-reglamento, el profesor Marienhoff junto con parte de la doctrina alemana (Merkl), considera que no es posible dar una regla fija: a veces la ley ocupará un rango preeminente, otras veces el reglamento. El segundo caso, se daría ante el dictado de reglamentos que no dependen de ley alguna, sino que encuentran su origen positivo en la propia Constitución, por ser materias atribuidas por la Carta Magna exclusivamente al órgano ejecutivo de gobierno, tal lo que ocurre con los "reglamentos autónomos, independientes o constitucionales". Tal tesitura implica el reconocimiento de la denominada "zona de reserva de la Administración", lo cual ha generado un gran debate doctrinario en nuestro país, cuya profundización escapa al alcance de este artículo. Me limito a esbozar aquí que autores como Juan Francisco Linares, Juan Carlos Cassagne, Alberto Bianchi, y Germán Bidart Campos, aceptaron esta teoría; en contra, se pronunciaron Bartolomé Fiorini, Manuel María Diez y Agustín Gordillo (conf. COVIELLO, Pedro J. J., "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad administrativa", obra colectiva Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 213-217).

(3) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 201.

(4) CASSAGNE, Juan C., "Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución reformada", en obra colectica citada, p. 178.

(5) Honda discusión doctrinaria origina la cuestión relativa a la noción de acto administrativo, respecto si en la misma debe incluirse los actos de estructura bilateral (esencialmente contratos administrativos), y los de alcance general (primordialmente reglamentos). La postura doctrinaria amplia (Bielsa, Fiorini, Marienhoff) incluyen a los actos de estructura unilateral-bilateral y los de alcance individual-general. La posición restringida (Gordillo, Dromi, Escola) limita la noción de actos a los unilaterales de alcance individual; finalmente, la postura ecléctica (Cassagne y Comadira) estima que el concepto de acto administrativo debe incluir los unilaterales particulares y los de estructura bilateral; excluyendo a los de alcance general, cuya especie principal, es el reglamento (si se quiere profundizar este debate académico, véanse COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires 2004, ps. 16-21; notas 39-44; CASSAGNE, Juan C., "El Acto Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 141-148).

(6) La fuente doctrinaria de la LNPA 19.549, expresa: "Con relación al derecho argentino juzgo evidente la existencia de actos administrativos no solo individuales, sino también generales. Los actos administrativos de

Para la posición doctrinaria restringida, se ha expresado que el reglamento es el acto (no adiciona "administrativo") de alcance general de contenido normativo dirigido a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico.

Se plantea su distinción con los llamados "actos de alcance general no normativos". Se ha propuesto en tal sentido, conceptuar, con base en distintos criterios de categorización, el acto general, como género comprensivo de dos especies: el acto general normativo (reglamento) y el acto general no normativo **(7)**.

Prestigiosa doctrina asevera que la distinción, de aceptarse, no está desprovista de importancia práctica. La diferencia entre el carácter normativo o no, del acto, sea que se parta de la noción genérica de acto general o, simplemente, de acto, "deriva de la vocación de permanencia que exteriorice la voluntad administrativa". Mientras el acto general normativo se incorpora al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, el acto que no reúne esa condición se agota con su cumplimiento; el primero no se consume, pues, con su aplicación; el segundo, en cambio, sí. De ahí, entonces, que a este temperamento diferenciador se lo denomine *consuntivo* **(8)**.

Concluida la cuestión conceptual y clasificatoria, pasemos a la génesis constitucional del tipo de reglamento objeto de estudio.

I.3. En la República Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, los reglamentos/decretos de necesidad y urgencia proponían un sinnúmero de problemas constitucionales, entre los que destacaba la legalidad de la emisión de tales actos. Es que la normativa del anterior texto constitucional no reconocía de modo literal esta potestad.

Sin embargo, la habitualidad con que el presidente recurría a esta especie de herramienta ante crisis políticas, económicas y sociales, provocó su numerosa utilización, lo que a su vez derivó en una perspectiva crítica del mundo del derecho, vislumbrando la ausencia de controles eficientes contra el uso extralimitado de tales decretos **(9)**.

Por ello, si bien la Convención Constituyente de 1994 se concedió al presidente de la Nación la competencia para dictar decretos de necesidad y urgencia, estableció al mismo tiempo, una serie de controles sustantivos y procedimentales que trataron de imponer límites para su dictado, y que tuvieron por finalidad acotar su utilización **(10)**.

En definitiva, la reforma constitucional de 1994 introdujo facultades expresas a favor del órgano jerarca de la Administración, para dictar lo que parte de la doctrina (y de la legislación) dio en llamar "normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo" ; y fue intención expresa de los convencionales circunscribir los poderes presidenciales en este aspecto, fijando límites y condiciones que permitieran

contenido general o abstracto hallan expresión en los reglamentos" (conf. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. II, p. 183). Incluso, los profesores Juan C. Cassagne y Julio R. Comadira, a pesar de no seguir esta postura amplia, reconocen que el Legislador en el dictado de la LNPA, adoptó el criterio amplio de quien fuera el inspirador de la LNPA en materia de acto administrativo: Miguel S. Marienhoff.

(7) GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., "Tratado de Derecho Administrativo", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, t. I, p. 293; GRECO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 48.

(8) COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 21.

(9) Este medio fue utilizado tanto en la primera (una docena) como en la segunda presidencia (un par de centenas) desde el retorno a la democracia. Dado el elevado número en que se utilizó en el segundo período mencionado, parte de la doctrina observó el abuso en que había incurrido el ejecutivo, tanto como instaurarla en una práctica institucional arraigada. Parte sustancial de esta realidad candente, se endilgó a la inexistencia de límites claros que surgieran del texto expreso de la Constitución (conf. BIDART CAMPOS, Germán J., "Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional", LA LEY 1998-B-287; EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 73; PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia: a dos años del art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional", LA LEY 1997-D-1997).

(10) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 439.

un control por parte del Parlamento, lo que implicaba un control político simultáneo **(11)**.

El devenir político e institucional brevemente referido, la extralimitación en el uso de los reglamentos de necesidad y urgencia, con recepción (antes de 1994), o sin recepción concreta por parte del constituyente en la letra de la Carta Magna, nos hacen recordar por su lucidez a un prólogo ya histórico, de una obra clásica: "En el curso de la crisis del Estado que da comienzo con el fin de la monarquía y que, todavía hoy, no ha sido superada, puede echarse a ver, tras la cambiante decoración constitucional, un proceso constante. La Administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución..." **(12)**. En materia de reglamentos de necesidad y urgencia, la Administración ha ganado en importancia, a costa de la Constitución.

I.4. Todo ello me invita a compartir una primera reflexión, antes de seguir adelante: cuando en un caso concreto se utilice la lupa jurídica para analizar la legalidad de este expresión de la voluntad de administrativa y para examinar lo que se refiere al control de constitucionalidad de un reglamento de necesidad y urgencia, los operadores jurídicos (jueces, abogados, doctrinarios, funcionarios de la Administración) deben tener presente, que el norte que se desprende tanto del génesis, como de la letra del texto constitucional, es que la utilización de este mecanismo debe ser de carácter restringido y acotado.

Tal aseveración, desde ya, no trata de sujetar reducir el examen de la cuestión de la legalidad de estos actos generales a un principio apriorístico de resolución específica, dado que la realidad demuestra una complejidad casuística innegable; no intento practicar un reduccionismo simplista de la cuestión.

Sobre lo que sí quiero llamar la atención, es que la realidad también ha demostrado que, en determinadas ocasiones, este principio se ha omitido y dejado de lado, tanto al momento del dictado como al procederse al control constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia. Por lo que no debe soslayarse este postulado, que su sencillez no lleve a su dejadez u omisión: la interpretación estricta posee notoria preeminencia y se impone en la materia.

II. El carácter restrictivo plasmado por el constituyente

II.1. La interpretación de la Constitución nacional, en cuanto regula los decretos de necesidad y urgencia, debe ajustarse a los principios del estado constitucional. Para el análisis de la constitucionalidad de esta especie de reglamentos, resulta de suma trascendencia tener en cuenta tanto los requisitos formales y sustantivos que se deben cumplir a los efectos de considerarlos válidamente emitidos, como la finalidad que tuvo el constituyente al insertar la norma en la ley fundamental.

En este último sentido, cabe recordar brevemente los propósitos que guiaron a los convencionales constituyentes de 1994 al resolver incorporar a la Constitución nacional en forma expresa la facultad que se analiza.

El dato relevante para la decisión fue la sistemática extralimitación del ejercicio de tal facultad por parte de los titulares del Poder Ejecutivo. Si bien es cierto, que la Constitución formal 1853/1860 no receptaba norma alguna en tal sentido, la realidad institucional mostraba aquella tendencia y su consecuencia natural, que no era otra que el debilitamiento del sistema republicano.

Por tal razón, y con la convicción de que el ejercicio legítimo del poder y la plena vigencia de las instituciones requieren la optimización del accionar político mediante la incorporación de reglas de estructura y funcionamiento que garantizaran la transparencia, la celeridad y la eficacia, los convencionales constituyentes de 1994 consideraron conveniente reglar en forma explícita aquella facultad, sustentando tal decisión en la necesidad de introducir parámetros de *interpretación restrictiva,* con la adecuación

(11) CAYUSO, Susana, "La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente", LA LEY, 21/07/2016, p. 1.

(12) FORSTHOFF, Ernest, "Tratado de Derecho Administrativo", hemos utilizado versión en castellano, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, p. 5 (aunque el prólogo citado, data del año 1949).

a las normas, valores y principios del sistema constitucional argentino **(13)**.

II.2. En tal sentido, la reforma constitucional enunció entre sus objetivos el de "atenuar el presidencialismo", al mismo tiempo que consignó la necesidad de "modernizar y fortalecer el Congreso" y "fortalecer los mecanismos de control", todo ello directamente relacionado con el fin de "perfeccionar el equilibrio de poderes". La metodología a la que se acudió fue la de incorporar ciertas facultades excepcionales de los poderes constituidos, con el fundamento de que aquello significaba la institucionalización de los mecanismos de control a los que se los sometía.

En el debate constituyente, el convencional García Lema, en oportunidad de referirse a aspectos de la reforma constitucional, manifestó: "los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el art. 3º de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma. La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático (…) La segunda gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado —el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial—; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial" **(14)**.

Así, el Congreso nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo pueda sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial.

Es decir, que nuestra Carta Magna recoge sin grandes variantes el principio de división de poderes tal como se plasmó desde sus orígenes por la doctrina clásica **(15)**. Respecto de este principio fundamental de la organización de los Estados modernos, ya antaño James Madison expresó: "el oráculo que siempre es consultado y citado sobre este particular es el célebre Montesquieu. Si este no es el autor de este inestimable precepto de la ciencia política, tiene al menos, el mérito de ostentarlo y recomendarlo del modo más eficaz a la atención de la humanidad" **(16)**.

II.3. Lo expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.

Para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los constituyentes de 1994 no eliminaron el sistema de separación de funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el art. 1º de la CN, a ello cabe agregar "que la reforma fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la independencia del Poder Judicial"; en este sentido el art. 99, inc. 3º de la CN, contiene la regla general de una interpretación totalmente restrictiva en la utilización de esta facultad presidencial, expresada en términos categóricos: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta

(13) Conf. Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, Debate Parlamentario de la ley 24.309 de Declaración de la Necesidad de la Reforma, 21 y 22/12/1993, ps. 4093-4110.

(14) Conf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe Paraná, 1994, Secretaría Parlamentaria, t. II, ps. 2210-2211.

(15) Conf. MONTESQUIEU, "Del Espíritu de las Leyes" (1748), Colección Grandes Maestros del Derecho, Ed. Heliasta, Avellaneda, 2005, Libro XI, cap. VI, p. 181. Sin perjuicio de la influencia que sobre él ejerció Locke en su segundo "Tratado sobre el gobierno" (1690), en que desarrolla el conocido cap. XII, "Del poder legislativo, ejecutivo y federativo del Estado" (conf. "Segundo ensayo sobre el gobierno civil", Biblioteca Obras Maestras del Pensamiento, Ed. Losada, Buenos Aires 2004, ps. 104-106.

(16) HAMILTON, Alexander — MADISON, James — JAY, John, "El Federalista", publicada originalmente en 1787; hemos utilizado la versión publicada en Buenos Aires, Est. Tipográfico La Pampa, 1887, trad. Dr. D. Ildefonso Isla: la cita corresponde a James Madison, véase numeral XLVII, p. 333.

e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" **(17)**.

De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los operadores jurídicos, al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones de la Carta Magna federal, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia.

Resulta notorio que el Tribunal Supremo del país, tal vez por los excesos incurridos por el Poder Ejecutivo en la utilización de esta herramienta (sobre todo durante la década de 1990), ha ido a través del tiempo elevando el estándar de severidad para el control de las exigencias estipuladas en el art. 99, inc. 3º de la ley fundamental, bajo pena de fulminar con la nulidad absoluta a este tipo de actos estatales.

Llegando a expresar últimamente, con adjetivos que hablan por sí solos del sendero jurisprudencial adoptado en los últimos 20 años a partir del caso "Verrocchi" (1999): "Que esta Corte ha sostenido que la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de *rigurosa excepcionalidad* y con sujeción a exigencias formales, *que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica* seguida en el país" **(18)**.

Esta es la postura que resulta más acorde con los propósitos que inspiraron la acción de la Convención Nacional Constituyente de 1994, y la mirada pretoriana que se posa sobre los decretos de necesidad y urgencia. Al considerarse un caso concreto, no debe estudiarse, como si nunca hubiese habido una Convención Constituyente que sancionó normas constitucionales *con el fin de atenuar el presidencialismo*, atenuación que solo puede ser entendida en relación con la situación abusiva que en ocasiones se ha efectuado de esta herramienta, pensada exclusivamente para gravísimas y extremas situaciones en las que no se pueda esperar el trámite ordinario de formación de una ley formal por el Parlamento, y siempre que en el decreto surja un fin público para satisfacer de modo urgente una necesidad social o de interés general.

II.4. En idéntica dirección a la doctrina jurisprudencial actual y restrictiva de la CS, se ha situado la doctrina especializada (incluso algunos autores criticaron duramente la postura de la Corte *anterior* a "Verrocchi" (1999), sobre todo los fallos "Peralta" Fallos 313:1513 del año 1990 y "Rodríguez" Fallos 320:2851 de 1997, al considerar que luego de la reforma del año 1994 si bien aparece la habilitación normativa en el inc. 3º del art. 99 de la ley fundamental, dicha recepción debe interpretarse estrictamente y con un alcance muy limitado **(19)**.

Como puede observarse con diafanidad, tanto el constituyente, como la posición jurisprudencial del Máximo Tribunal del país junto prestigiosa doctrina especializada, remarcan una y otra vez, que la noción fundamental a tener en cuenta, antes de caer en los laberintos que por naturaleza imponen las controversias casuísticas, es el análisis restringido de la utilización de esta extraordinaria facultad presidencial (extraordinaria en la norma, pero que se ha visto como ordinaria en su utilización práctica en determinados períodos temporales) **(20)**.

Todo ello sustenta lo que se previno: la interpretación estricta posee notoria preeminencia y se impone en la materia.

(17) CS, Fallos: 322:1726, consid. 7º, sent. 19/08/1999; Fallos 333:633, consid. 8º, sent. 19/05/2010.

(18) Fallos 338:1048, consid. 5º, sent. 27/10/2015, suscripta por tres de los altos magistrados que componen actualmente el Máximo Tribunal federal: Dra. Highton de Nolasco, y Dres. Lorenzetti y Maqueda. Ergo, el principio restrictivo que pongo de resalto posee suma actualidad.

(19) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires 2002, t. I, p. 439; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 73; BIDART CAMPOS, Germán J., "Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional", LA LEY 1998-B-287; GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", Ed. La Ley, 2018, 5ª ed., t. II, ps. 442 y ss.

(20) PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Decretos de Necesidad y Urgencia: a dos años del art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional", LA LEY 1997-D-1997; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma de 1994", en obra colectiva Acto Administrativo y Reglamento, RAP, Buenos Aires 2002, p. 522.

III. Requisitos sustantivos bajo la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial

III.1. El párr. 3º, del art. 99, inc. 3º de la ley fundamental **(21)** consagra una limitación a las facultades del Poder Ejecutivo con la innegable finalidad de resguardar de modo más sostenido (como ya se dijo) el principio de división de poderes. Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad, o el orden público o económico, que deban ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta a las circunstancias de excepción **(22)**.

En el precedente "Verrocchi" (Fallos 322:1726) la Corte Federal resolvió que para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:

1º) *Imposibilidad fáctica*: que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal;

2º) *Urgencia*: que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (véase consid. 9° del precedente de la Corte).

En consecuencia, el ejercicio de esta prerrogativa se sujeta a reglas específicas, que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes **(23)**.

III.2. Ha ocurrido en numerosas ocasiones, que el PE ha alegado circunstancias genéricas o inexistentes de gravedad y urgencia a efectos de superar el test constitucional. Esta deficiente elucidación de los antecedentes de hecho y de derecho para justificar el dictado del acto general, conforma un elemento para correr el velo de las palabras y asentarse en la (verdadera) realidad.

Es que esa conformación entre la explicación que se expone en un DNU de tales cualidades y la inexistencia de los requisitos de "imposibilidad fáctica" y "urgencia", lógicamente, no alcanza para poner en evidencia que concurrieron al momento del dictado del decreto, las excepcionales circunstancias que la mayoría de la Corte Federal ha receptado favorablemente, cuando indudablemente sí ha existido un descalabro económico generalizado y un riesgo para la continuidad y supervivencia de la unión nacional **(24)**.

Por el contrario, el ejemplo concreto de una referencia a un nuevo contexto internacional (el cual es siempre voluble y por su naturaleza dinámica puede siempre modificarse regularmente en el tiempo; de modo que si este sería un argumento válido el Congreso casi nunca podría acudir al procedimiento ordinario para la sanción de las leyes) resulta insuficiente para justificar una situación de grave riesgo social

(21) Dice textualmente la CN: "Art. 99.— El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:... 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de Gabinete de Ministros...".

(22) Es muy gráfico al respecto, las siguientes palabras, que desde una perspectiva conceptual se expresaron antes de la reforma de 1994: "El fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una necesidad súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias, u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo" (conf. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. I, p. 214).

(23) CS, Fallos: 323: 1934; 333:633.

(24) CS, Fallos: 313:1513, véase consid. 35.

que el Parlamento no pueda remediar mediante los cauces ordinarios que la Constitución prevé, máxime si tal medida se adopta durante el período de sesiones ordinarias.

La mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la afectación del principio republicano fundamental, que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a duda le pertenecen a otro **(25)** (medidas de naturaleza legislativa).

A modo de ejemplos (verdaderos), la mera invocación de "nuevas circunstancias que presenta el contexto internacional", o "la necesidad de acelerar la consolidación fiscal" a efectos de justificar la derogación unilateral de un fondo tributario de naturaleza federal, no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes en materia fiscal.

El art. 99, inc. 3º de la CN, establece como principio general que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones que corresponden al Congreso, bajo pena de nulidad absoluta. El presidente por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87, CN) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción que solo puede ser abatida cuando se demuestre fehacientemente que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes referida, a saber, la descripta en el párr. 3º, del art. 99, inc. 3º, de la ley fundamental **(26)**.

III.3. En definitiva, la postura a adoptarse en materia de control de constitucionalidad de los DNU debe ser resuelto con base de la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera reiterada, en los últimos 20 años **(27)**.

En el mismo sentido, con relación a la invalidez constitucional de decretos de necesidad y urgencia que no superan los parámetros establecidos en el art. 99, inc. 3º, párr. 3º, de la ley Fundamental, en el modo que lo hemos señalado, se ha expresado prestigiosa doctrina especializada constitucional **(28)**.

Las cuestiones que pueden reglarse por decretos de este tipo son muchas, claro que para "la procedencia de su dictado se requieren circunstancias excepcionales. En consecuencia, los decretos de necesidad y urgencia no deben dictarse por causa de conveniencia o de la 'agenda política' del presidente de la Nación" **(29)**.

Incluso, autores que han propiciado que el control sobre los requisitos de los decretos de necesidad y urgencia no correspondería al Poder Judicial, sino al Parlamento en virtud de órgano de naturaleza política, han terminado por reconocer que su postura no ha tenido recepción en la doctrina jurisprudencial por la Corte **(30)**.

III.4. Para terminar este tópico: "En este contexto, no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas pues no se ha demostrado el riesgo existente en el

(25) CS, Fallos: 318:1154, voto del juez Boggiano, consid. 21 y su cita; la misma idea fue expresada en Fallos 323:1934, consid. 7º.

(26) Véase voto de la Dra. Carmen Argibay en el precedente "Massa" (Fallos 329:5913).

(27) Nos estamos refiriendo esencialmente a los siguientes precedentes: 1) "Verrocchi" Fallos 322:1726 sent. 19/08/1999; 2) "Risolía de Ocampo" Fallos 323:1934 sent. 02/08/2000; 3) "Leguizamón Romero" Fallos 327:5559 sent. 07/12/2004; 4) "Consumidores Argentinos" Fallos 333:633 sent. 19/05/2010; y 5) "Asociación Argentina de Compañías de Seguros", Fallos 338:1048, sent. 27/10/2015; entre otros.

(28) BIANCHI, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 430; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 73; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Los decretos de necesidad y urgencia luego de la reforma de 1994", en obra colectiva Acto Administrativo y Reglamento, Ed. RAP, Buenos Aires, p. 523.

(29) GELLI, María A., "Constitución de la Nación argentina" Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 440; DIEGUES, Jorge A., "Decretos de Necesidad y Urgencia", LA LEY 2012-C.

(30) BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 431 y ss.

sector ni cómo, en su caso, podría comprometer el interés general. Por esas razones, *no cabe tener por configurada en el sub examine —tal como postulan los decretos impugnados— la existencia de circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3º, de la CN, describe con rigor de vocabulario (CS, Fallos: 322:1726 cit.), circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional de los decretos impugnados*" **(31)**. Corresponde, pues, inclinarse por la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia de ocurrir similares circunstancias a las que venimos aludiendo.

Máxime teniendo en cuenta que actualmente el Máximo Tribunal de la Nación, está conformado por tres de los jueces que fallaron el caso "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo nacional s/ nulidad de acto administrativo" con fecha 27/10/2015 (me refiero a la Dra. Highton de Nolasco, y a los Dres. Lorenzetti y Maqueda).

En dicho precedente dejaron en claro:

"Esta Corte ha sostenido que la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de *rigurosa excepcionalidad* y con sujeción a exigencias formales, *que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica* seguida en el país" **(32)**.

IV. Exclusión de la zona de reserva legal. Especial referencia a la materia tributaria

IV.1. Ya ha quedado claro que la regla general prohibitiva hacia el presidente de emitir disposiciones de carácter legislativo rige para circunstancias ordinarias o normales y también, en las situaciones de excepción o de emergencia, donde fuere posible observar los trámites ordinarios previstos en la Constitución.

Una innovación de suma importancia de la Convención Constituyente del año 1994 se encuentra en el tercer párrafo del texto constitucional cuando se asevera, que este tipo de reglamentos con carácter restringido (según vimos) pueden dictarse siempre que se cumplan los presupuestos sustantivos ya comentados, y siempre que "... no se trate de normas que regulen en materia penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos". La norma parece establecer, que aún de ocurrir las graves circunstancias y la urgencia plasmadas en la primera parte de la norma, aun así, no podría echarse mano a esta excepcional herramienta, en pos del respeto de la zona que solo pude habitar el legislador.

Por lo tanto, en el campo del control de constitucionalidad de los reglamentos de necesidad y urgencia, estos se observarían viciados por vulneración del principio de juridicidad administrativa por invadir la "zona de reserva legal", si avanzan en una materia expresamente prohibida en el art. 99, inc. 3º, de la CN, que específicamente prohíbe al Poder Ejecutivo, emitir normas de naturaleza legislativa en materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos.

IV.2. Ello se vincula con un principio fundacional del derecho administrativo; y con la evolución que este tuvo desde sus orígenes.

El principio por el cual "la Administración puede hacer todo aquello que la ley no prohíbe", como expresión de la vinculación negativa del principio de legalidad administrativa originado en la Revolución Francesa (art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), no tardó en ser duramente criticado, sosteniéndose que el accionar administrativo fuera del orden legal implicaba una concepción inarmónica con el Estado de Derecho; lo cual derivó en que el principio evolucionara hacia una "vinculación positiva de la Administración a la ley" **(33)**.

La elaboración teórica del principio de legalidad considerada en esta segunda etapa como vinculación positiva, nunca pudo funcionar in-

(31) CS, Fallos 338:1048, causa 799/2013, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo nacional s/ nulidad de acto administrativo", consid. 9º, anteúltimo párrafo, sent. 27/10/2015.

(32) Precedente anterior de Fallos 338:1048, pero véase consid. 5º.

(33) MERKL, A., "Teoría general del derecho administrativo", Madrid, 1935, p. 210; KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2003, 4ª ed., ps. 118 y 121.

tegralmente en la praxis, atento las obvias y lógicas dificultades del legislador para un logro acabado para prever casuística y exhaustivamente el quehacer administrativo; ello provocó un último paso evolutivo del principio de legalidad, para acceder a un nuevo nivel, que actualmente se denomina "principio de juridicidad".

Los inconvenientes mencionados, hace que se arribe a esta tercera etapa en que el principio de legalidad estricto, o "bloque de legalidad" **(34)** se transforme o evolucione en el denominado "principio de juridicidad" que sujeta la actividad administrativa no solo al derecho positivo objetivo (Constitución, ley, reglamentos), sino también a los principios generales del derecho y casos jurisprudenciales fundamentales del derecho público **(35)**. Incluso se ha sostenido en el marco de este último principio, que también resulta integrado por los precedentes administrativos (similares, regulares y concordantes) cuando se vea comprometido la garantía constitucional de igualdad **(36)**.

A efectos de no violentar este pilar fundamental del derecho administrativo denominado principio de legalidad, que ha evolucionado a lo que actualmente se expresa como principio de juridicidad, el presidente en el ejercicio de su función política o administrativa no debe inmiscuirse en la zona pensada en exclusividad para ser dominio del Congreso.

Dentro de las materias clásicas que se le impide avanzar al Poder Ejecutivo porque se encuentra en la "zona de reserva legal" se encuentran las decisiones de índole tributaria; sea en el marco de vinculación del Estado con los ciudadanos, o de relaciones interadministrativas en él insertas en el derecho intrafederal. Me detendré con mayor detalle en lo que refiere a la materia tributaria, porque la práctica ha demostrado que con asiduidad se utilizan los DNU para solucionar inconvenientes en materia fiscal (en la siempre controvertida y tirante relación fiscal entre la Nación y los Estados locales).

Asimismo, el principio de legalidad que rige en materia tributaria constituye una de las bases medulares de nuestro sistema constitucional, y es una garantía fundamental para asegurar la representatividad de los contribuyentes. Desde luego que el Estado, para cumplir sus funciones y desarrollar políticas públicas incurre en gastos, que deben ser afrontados conforme el diseño constitucional, por las contribuciones que impone el Congreso nacional.

Para ejercer esta función, el Poder Legislativo nacional tiene un amplio margen discrecional, que le permite elegir el tipo de impuestos, objetos y actividades imponibles, lo mismo que las alícuotas de cada tributo. Debe respetar especialmente, el sistema de distribución de competencias tributarias, que existe entre la Nación y las provincias. También los principios de no confiscatoriedad, igualdad, legalidad, etcétera.

Ello, que resultan reglas sólidas que emanan de los principios consagrados en nuestra Constitución nacional **(37)**, ha querido el constituyente reafirmarlo con rigor de vocabulario en el art. 99, inc. 3º de la Carta Magna.

IV.3. Ya en un recordado caso del año 1995, la Corte nacional consideró que el control judicial incluía el análisis de procedencia del ejercicio presidencial de facultades legislativas en materia impositiva sujetas a la existencia de una situación de emergencia, luego de ello, que del principio de legalidad en materia impositiva resulta la invalidez de los decretos de necesidad y urgencia que establecen impuestos **(38)**.

Asimismo, en un precedente posterior afirmó: "el principio de legalidad o de reserva de la ley, no es solo una expresión jurídico-formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad

(34) En terminología utilizada por HAURIOU, Marcel, "Précis de Droit Administratif et de Droit Public", Ed. Sirey, París, 1921, 10ª ed., p. 53, nota 1.

(35) FIORINI, Bartolomé A., "¿Qué es el contencioso?", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 21.

(36) COMADIRA, Julio R., "Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo" en obra 130 de Años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires 1994, p. 85.

(37) GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Tratado de Tributación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 81-87.

(38) CS, "Video Club Dreams", 1995, Fallos 318:1154; de especial interés en esta cuestión, los votos concurrentes de los jueces Belluscio y Boggiano.

de los contribuyentes. En tal sentido, este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones" **(39)**.

Se ha expresado que dicha norma utiliza una técnica un tanto singular, primero sienta una regla general (que se inserta dentro del sistema clásico de división de poderes) tal es la de prohibir al Poder Ejecutivo la emisión de normas de carácter legislativo, lo que debe entenderse en el sentido de normas con contenido reservado a la competencia material del Congreso; luego establece la excepción a tal regla, y por último dispone que esta excepción jamás podrá ser permitida en cuatro cuestiones que establece. Es decir, el Poder Ejecutivo "*nunca* puede sancionar normas *que regulen materia* penal, *tributaria,* electoral o el régimen de los partidos políticos" **(40)**.

El Máximo Tribunal de la República ya ha efectuado un detenido examen con respecto a la naturaleza tributaria, por ejemplo, de los derechos de exportación, lo cual constituye obviamente un requisito previo para la aplicación, a su respecto, del "principio de juridicidad".

Al respecto explicó que el derecho de exportación deviene en un "tributo cuya definición puede comprenderse en el art. 724 del Cód. Aduanero, en tanto grava el hecho de la exportación misma de la mercadería, para consumo, involucrando una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realiza la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas".

Agregó: "La citada norma define un presupuesto de hecho que al verificarse en la realidad del caso concreto da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones que establece el texto legal... Tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado justificado por el poder tributario que la Constitución nacional le otorga al Congreso" **(41)**.

En tales condiciones, el ejercicio del poder tributario del Estado es una materia expresamente excluida de la excepcional competencia legislativa de emergencia de la Administración. En dicho marco, el Poder Ejecutivo nacional no puede emitir reglamentos de necesidad y urgencia que avancen en la "zona de reserva legal" para legislar en temas impositivos.

IV.4. Incluso el Alto Tribunal de la Nación ha tachado de inconstitucional una ley que había ratificado un decreto de necesidad y urgencia, pues este versaba sobre esta materia (tributaria) que el art. 99, inc. 3º, párr. 3º, de la CN ha vedado expresamente al Poder Ejecutivo, por ser una zona prohibida de transitar para él **(42)**.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Federal ha sostenido que la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país. Así, para el ejercicio de esta facultad de excepción, *el constituyente exige que el acto del Poder Ejecutivo no regule materia tributaria;* además, que, obviamente, que exista un estado de necesidad y urgencia **(43)**.

Por ende, actos del órgano esencial ejecutivo que por esta vía busquen el atajo al procedimiento normal de formación y sanción de las leyes que corresponde reservadamente al Congreso de la Nación, resultarían inválidos e inconstitucionales por avanzar en regulaciones de tipo impositivo, lo cual se encuentra expresa y categóricamente obstaculizada por la norma de raigambre constitucional analizada; máxime, siendo una norma que el Constituyente de 1994 ingresó al texto constitucional con un criterio restrictivo, y que el faro de la reforma fue

(39) CS, Fallos 329:1554.

(40) BARRA, Rodolfo C., "Derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 441, bajo el título "Las materias prohibidas".

(41) CS, causa "Camaronera Patagónica SA", sent. 15/04/2014.

(42) CS, causa K.3.XXXII, "Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c. BCRA y Estado Nacional - Ministerio de Economía s/ varios", sent. 17/03/1998.

(43) Fallos 338:1048.

superar la etapa del hiper presidencialismo en la Argentina, a favor de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso, que encuentra su más adecuada representación en el Parlamento de la Nación.

En materia de derecho tributario sustantivo, o sea aquellas normas que contienen relaciones jurídicas tributarias, solo la ley puede establecerlas y nunca puede facultarse al Poder Ejecutivo para completarlas, ni otorgarle poderes a la Administración en tal sentido **(44)**.

Para finalizar, resalto que el caso fallado por la Corte federal, "Video Club Dreams" (1995, Fallos 318:1154) constituye un precedente fundamental en la reafirmación del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria. Ello no quedó ahí. La Corte remarcó el rumo iniciado por tal precedente, a través de varios pronunciamientos posteriores: "La Bellaca SAACIF" (1996, Fallos 319:3400) y "Kupchik, Luisa" sobre establecimiento de impuestos (1998, Fallos 321:366); "Zofracor SA" sobre zonas francas (2002, Fallos 325:2394); y "Austral Cielos del sur SA". en materia de restricción de exenciones tributarias (2011, Fallos 334:763); entre otros.

También la Corte Federal ha declarado la invalidez constitucional de un DNU en la causa "Berkley ART", 2000 (Fallos 323: 3770) que creó una tasa a percibir por la AFIP; el Tribunal expresó que la tasa era una "categoría tributaria" y que, por lo tanto, estaba vedada su regulación mediante este tipo de instrumentos **(45)**.

Con relación a la larga y contundente evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también se ha pronunciado con lucidez la doctrina especializada **(46)**.

V. Requisitos formales y eficacia. Imposibilidad de alegar la "cuestión política no justiciable" ante el control judicial

V.1. La norma constitucional es detallista en los presupuestos formales que deben cumplirse para que los reglamentos de necesidad y urgencia sean perfectos: es decir, válidos y eficaces. Efectivamente el constituyente no solo previó una serie de formalidades para el momento de la declaración de la voluntad administrativa (nacimiento o dictado del acto) sino también una serie de formalidades exigentes posteriores a su emisión (eficacia del acto) **(47)**.

En definitiva, los requisitos formales de los decretos de necesidad y urgencia abarcan un ámbito temporal que se exigen al momento de su dictado y con posterioridad a ello. La decisión debe tomarse por el presidente de la Nación en acuerdo general de ministros incluido el jefe de Gabinete.

Ello implica que la determinación de dictar un decreto de urgencia debe estar presidida de una consideración y debate en el seno del Gabinete. La Constitución no indica *quórum* requerido para esa reunión, pero dado el carácter excepcional de la medida, el acuerdo general debe incluir a *todos* los ministros quienes, una vez debatido el asunto, están obligados a firmar el instrumento.

V.2. Después de la firma, corresponde el examen y el control de este por parte del Poder Legislativo. Para ello el jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez días de dictarse el

(44) JARACH, Dino, "Curso Superior de derecho Tributario", Ed. Cima, Buenos Aires 1957, t. I, p. 103.

(45) CANDA, Fabián, "Decretos legislativos. El control judicial de los decretos delegados y de necesidad y urgencia" en obra colectiva Cuestiones de acto administrativo, reglamento, otras fuentes del Derecho Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 186.

(46) MONTI, Laura, "Cuestiones sobre decretos de necesidad y urgencia y amparo", en obra colectiva Máximos precedentes del Derecho Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 520-524.

(47) Art. 99, inc. 3º, CN: "... podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros. "El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

decreto, debe someter la medida a consideración de la Cámara Bicameral. Esta debe elevar su despacho en un plazo de diez días a cada Cámara para su tratamiento.

A fin de reglar el trámite y los alcances de la intervención del Parlamento, este debía emitir una ley especial mediante una mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, ley que el Congreso dictó más de una década después de reformada la Carta Magna federal.

Respecto a la permanencia de eficacia de estos instrumentos en el interregno 1994/2006, la doctrina se inclinó por la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia ante el supuesto de inactividad específica del Congreso. Ello así, en pos del valor atinente a la seguridad jurídica, que exige se mantenga la vigencia del DNU hasta tanto no sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras en el Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo **(48)**.

V.3. Exactamente doce años después, de la reforma del año 1994, en los meses de julio y agosto de 2006, el Congreso de la Nación dictó la "Ley Especial" **(49)**, que reglamentó el dictado de estas "normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo".

La doctrina ha sido crítica de la Ley Especial por estimar que se ha evitado atribuir toda facultad de revocación por el Poder Legislativo, otorgándole solo la meramente derogatoria. Este es el único efecto que puede lograr una mayoría especial y absoluta de ambas Cámaras del Congreso. Asimismo, la ley 26.122 dificulta el control del Parlamento mediante la exigencia de la mayoría absoluta en cualquiera de las dos Cámaras.

De modo tal que la norma, pretendidamente reglamentaria, en rigor brinda elementos para que se puedan consolidar los efectos de la normativa excepcional, aún en casos de severo apartamiento de la Constitución en el empleo de facultades legislativas por parte del Ejecutivo **(50)**.

El distanciamiento de la norma de jerarquía legal respecto a las ideas-rectoras del Constituyente del 94, que buscó atenuar el presidencialismo y dotar de mayor fuerza de control al Congreso, resulta evidente. Una suerte de contrarreforma legislativa en los hechos, contraria al espíritu que poseían los postulados que guiaron la actividad de la Convención Constituyente al insertar en la Carta Magna la regulación de los reglamentos de necesidad y urgencia.

V.4. En todo caso, siempre quedará la posibilidad del control de los DNU por parte del Poder Judicial. La regla general es que los jueces disponen de un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, con amplitud de debate y prueba, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo.

Ante el control constitucional de la Justicia, no podría oponerse el instituto de la "cuestión política no justiciable" (en terminología constitucional) o del "acto de gobierno" (en clave administrativista), a poco que se observe el origen y la conceptualización científica posterior de esta categoría jurídica; así como la doctrina jurisprudencial que la Corte nacional ha desplegado al respecto **(51)**.

(48) Una investigación de la actividad del Congreso en el período 1989-1991 demostró que el Parlamento no se había pronunciado en el 90% de los DNU dictados en dichos años (conf. FERREIRTA DUBIO, Delia — GORETTI, Mateo, "Gobierno por decreto en Argentina 1989-1993", ED, 27/06/1994, nota 2).

(49) Ley nacional 26.122 (BO 28/07/2006).

(50) PÉREZ HUALDE, Alejandro, "La Comisión Bicameral Permanente y el sistema de control de la legislación del Poder Ejecutivo", en obra colectiva Cuestiones de acto administrativo, reglamento, otras fuentes del Derecho Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 835.

(51) La teoría del acto de gobierno nació por una actitud autodefensiva y prudencial del Consejo de Estado francés (creación napoleónica), a partir del 20/07/1815 cuando se produjo el retorno de los borbones al poder en Francia poco después de la derrota de Napoleón Bonaparte en la batalla de Waterloo (18 de junio 1815). Este período histórico se conoce como "La Restauración" (conf. DUEZ, Paul, "Les actes de gouvernement", Ed. Librairie du Recueil Sirey, París, 1935, ps. 30-35). La primera construcción que trató de explicar la categoría jurídica del "acto de gobierno" fue la teoría subjetiva del "móvil

En tal sentido, debe rechazarse todo criterio que pretenda sostener que solo al Poder Ejecutivo le incumbe, en decisión irrevisable judicialmente **(52)**, la ponderación acerca de la concurrencia de las circunstancias excepcionales para la habilitación de ejercicio de la potestad reglamentaria de urgencia **(53)**. El control de constitucionalidad queda en manos de la Justicia, máxime, teniendo en cuenta el desfasaje de contralor que se plasmó en la ley especial referida.

político" que el Consejo de Estado aplicó por primera vez en el caso "Lafitte" (01/05/1822, Rec. 1821-1825.202). Luego de ello se fueron sucediendo varias concepciones doctrinarias, la mayoría con flancos conceptuales deficientes. Actualmente rige en Francia la "teoría empírica" del acto de gobierno, que se limita a realizar un reenvío a la determinación casuística de la jurisprudencia del Consejo de Estado y subsidiariamente del Tribunal de Conflictos (para profundizar el origen y evolución del acto de gobierno véase: MARIENHOFF, ob. cit., t. II, cap. IV, esp. ps. 545-555; GORDILLO, Agustín, "El Acto Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, cap. IX, esp. ps. 185-195, cabe advertir que este autor es muy crítico de este instituto; COMADIRA, Julio R., "El Acto Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, apart. 2.7, ps. 21-24; CASSAGNE, Juan C., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 647-649). Lo que la doctrina administrativista argentina siguiendo a la francesa llama "acto de gobierno" (también se ha denominado acto político en Italia, o acto de Estado en la usanza inglesa, o acto de autoridad en Alemania, o acto complementario en Brasil; para ver el tratamiento en el derecho comparado, véase: HUTCHINSON, Tomás, "Derecho Procesal Administrativo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 321 y ss.) es denominado por nuestra Corte federal a lo largo de su historia "cuestión política no justiciable", en el estilo de su par norteamericana. Un edificio teórico sólido en esta cuestión es la "Teoría del Acto Institucional" creada magistralmente por Miguel S. Marienhoff (véase ob. cit., t. II, cap. V, ps. 601-620). Más allá del debate doctrinario, lo cierto es que la CS sí acepta la existencia de los actos de gobierno, doctrina que aplicó originariamente en "Cullen c. Llerena" (Fallos 53:420, 1893); aunque las exigencias impuestas por la Corte a lo largo de los años en la materia, obstan con claridad a que la cuestión política no justiciable pueda ser utilizada en el marco de un control de constitucionalidad de un reglamento de necesidad y urgencia por apartamiento de los requisitos establecidos en el art. 99, inc. 3º de la Constitución (para ver un completo y detallado desarrollo de dichos parámetros jurisprudenciales, véase BIANCHI, Alberto B., "Control de Constitucionalidad", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1992, parágs. 87-110, ps. 158-248). Finalmente, el panorama doctrinario no sería completo si no se resaltara que hay expositores que plantean la tesis negatoria de la categoría jurídica: Luis V. Varela en su disidencia en "Cullen" (aunque años después se retractó en su obra "Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires", Ed. Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1907, vol. I, p. 321, nota 2); Luis M. Boffi Boggero (conf. su artículo "Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas no justiciables", LA LEY, 1975-156, p. 1143, esp. 1150); Germán J. Bidart Campos (conf. "Derecho Constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 800); y por supuesto, Agustín Gordillo, en la obra citada (conf. cap. IX, apart. III, ps. 195-203 y todo el cap. X).

VI. Incumplimiento de presupuestos constitucionales y vinculación con la "teoría de invalidez del acto administrativo"

VI.1. Los decretos de necesidad y urgencia son una especie del género actos administrativos. Simplemente, el término "decreto" implica que dicha declaración de voluntad estatal emana del órgano jerarca de la burocracia administrativa, en el orden nacional, del órgano denominado presidente de la Nación. La categórica sanción que emana del texto constitucional, y el hecho que estos decretos sean especies de los actos administrativos, permiten una conexión, una vinculación entre el incumplimiento de los requisitos sustantivos previstos en la Constitución para los reglamentos de necesidad y la "teoría de invalidez del acto administrativo". Ello, además de resultar una interrelación de categorías jurídico-teóricas, no está desprovista de importantes consecuencias prácticas de régimen jurídico **(54)**.

(52) Incluso, se puede ir más allá: en el actual Estado de Derecho, aún al admitirse la existencia de esta tipología de actos, la misma no puede desarrollarse fuera del derecho. Si actualmente el acto político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal accionar ha sido correctamente ejercido "dentro" de ese universo jurídico cuyo pilar es la Constitución (conf. SESÍN, Domingo, "Control Judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos", en obra colectiva Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Juan C. Cassagne [dir.], Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, ps. 718-719).

(53) BIDART CAMPOS, G., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 429.

(54) Algunas de ellas: 1) la nulidad absoluta no puede ser declarada de oficio; 2) el acto afectado de esta clase de nulidad en principio debe ser revocado por ilegitimidad por parte de la propia Administración; 3) los actos afectados por esta sanción más grave no pueden ser objeto de saneamiento; 4) los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos, como si el acto nunca se hubiera realiza-

Como ya fue explicado al inicio de este trabajo al tratar la cuestión terminológica del instituto, si bien la amplitud de la fórmula constitucional permitiría la inclusión de actos de alcance individual; lo cierto es que, en la praxis real, a través de los DNU se dictan mayormente disposiciones de alcance general, de reglamentos, en suma.

Asimismo, sabemos, que el análisis de lo atinente a la "estructura" y "alcance" del acto es fundamental para determinar su noción conceptual. Se entiende que el acto es general cuando la declaración mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables; por lo tanto, el género acto administrativo de contenido general o abstracto halla expresión en la especie reglamento **(55)**.

La norma constitucional expresa de manera contundente, que de no cumplirse con los requisitos sustantivos por ella exigidos, el reglamento de necesidad y urgencia se hace merecedor de la "pena de nulidad absoluta e insanable" (conf. art. 99, inc. 3º, párr. 2º, CN). Concretando la vinculación mencionada, ello implica que al reglamento que no cumple con los requisitos sustanciales de la norma le cabe la sanción máxima prevista en la "teoría de invalidez del acto administrativo": este será nulo de nulidad absoluta **(56)** y, por lo tanto, le será aplicable todo el régimen jurídico que surge a partir de dicho sistema de nulidad.

Por lo tanto, esta especie de actos administrativos que son los reglamentos de necesidad y urgencia, que no cumplan de modo estricto con el mecanismo constitucional propio de esta facultad excepcional reciben como sanción el máximo grado de invalidez, siendo actos nulos de nulidad absoluta, como si nunca hubiesen existido, y la acción judicial contra dichos actos y sus efectos jurídicos resulta imprescriptible **(57)**.

Esta sanción de nulidad se observa con claridad en el tenor literal del art. 99, inc. 3º, de la Carta Magna: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo *pena de nulidad absoluta e insanable,* emitir disposiciones de carácter legislativo"; cuando no se justifican debidamente en el decreto las "circunstancias excepcionales (que) hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes...".

VI.2. Como puede apreciarse, nuestro sistema constitucional, tal como ha sido interpretado por el Máximo Tribunal del país en los dos últimas décadas (es decir, desde "Verrocchi" del año 1999 hasta "Asociación Argentina Compañías de Seguro" del año 2015), implica que si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99, inc. 3º, párr. 3º, de la Constitución, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.

Esta tesitura ya era adelantada por el Dr. Bossert en el año 1996, cuando afirmaba que en el caso "Sallago, Asdrúbal" que "la mera invocación que los considerandos del decreto hacen... no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes"; por lo tanto, para el citado magistrado, el decreto que se analizaba en el caso no superaba el reproche constitucional: "Ello es así pues la regla es que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo

do, es decir, posee efectos ex tunc; entre otras cuestiones (conf. COMADIRA, Julio R., ob. cit., ps. 77-82).

(55) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. II, p. 183.

(56) Al respecto, conviene precisar que, en el marco del Sistema de la Invalidez Administrativa, un punto fundamental se vincula con la clásica separación bipartita de la invalidez: en la máxima sanción el acto administrativo es nulo de nulidad absoluta; en la sanción menos grave de este régimen, el acto administrativo es anulable, de nulidad relativa (conf. CASAGNE, Juan C., "Curso de Derecho administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 731). La LNPA solo recoge expresamente, en sus arts. 14 y 15, la distinción entre actos nulos y anulables, tratándola, de acuerdo con su fuente doctrinaria, como correlativa de la nulidad absoluta y relativa, respectivamente (conf. TAWIL, Guido S. [dir.], obra colectiva, Acto Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 540).

(57) "La acción para obtener la de nulidad del acto administrativo nulo, nulidad absoluta, es imprescriptible. Esta imprescriptibilidad rige tanto para la administración Pública como para los administrados" (conf. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. II, p. 437). En el mismo sentido, la doctrina jurisprudencial de la CS, Fallos 179:249; 185:100; 190: 157/158; 324:4199.

pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" **(58)**.

Más cerca en el tiempo, la Corte Federal ha expresado que, si la declaración de voluntad estatal no reúne los requisitos de validez impuestos por la Constitución nacional a los decretos de necesidad urgencia, cabe concluir que el acto administrativo es constitucionalmente nulo, de nulidad absoluta e insanable (Fallos 322:1726, voto Dr. Boggiano, consid. 8º); o que, si el decreto no cumplió con el mecanismo constitucional propio de la excepción, debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inc. 3º, de la CN, dado que no consigue superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable (Fallos 333:633, voto Dra. Carmen Argibay, consid. 13). Por estas razones, la Corte nacional ha expresado en otro caso que no cabía tener por configurada la existencia de circunstancias fácticas que la Carta Magna establece rigurosamente, circunstancia que pone de manifiesto la absoluta invalidez constitucional del decreto impugnado (Fallos 338:1048, consid. 9º, anteúltimo párrafo).

De lo hasta aquí expuesto, surge bajo la perspectiva de la Teoría General de la Invalidez Administrativa, que los reglamentos de necesidad y urgencia que incumplen los presupuestos obrantes en la ley fundamental, implican actos administrativos con vicios graves que conllevan la carencia de los elementos esenciales causa y motivación (a mi criterio, este último requisito esencial del acto, en ocasiones se observa viciado, por la deficiente fundamentación que ciertos DNU han invocado para su justificación) **(59)**.

Con suma claridad se ha expresado al respecto, que el fundamento jurídico de estos actos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual torna indispensable su emanación, pero "si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento sería nulo, por carecer de causa" **(60)**.

En tales condiciones se ha resuelto, que la acción judicial contra dicho acto no puede ser obstaculizada por el transcurso del tiempo: "en resumen, promediando en la especie una nulidad absoluta no le sería aplicable la prescripción" **(61)**. Asimismo, la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal consideró imprescriptible la acción para plantear la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia de nulidad insanable **(62)**. En idéntico sentido opina la doctrina especializada **(63)**.

VI.3. Una explicación ambigua o genérica de circunstancias urgentes o de una situación financiera de excepción en los considerandos de un DNU sin el debido respaldo, no alcanzaría para poner en evidencia debidamente las razones de las circunstancias exigidas por la Constitución.

La motivación de los decretos de necesidad y urgencia no puede sustentarse "por causa de conveniencia o de la 'agenda política' del presidente de la Nación" **(64)**.

La mera y dogmática alegación de una crisis económica originada en el frente externo, "no es suficiente para configurar las circunstancias excepcionales que determinan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la

(58) Fallos 319:2267, "Sallago", en disidencia, consid. 6º, sent. 10/10/1996.

(59) Conf. art. 7º, incs. b) y e) en conjunción con el art. 14, inc. b) de la ley nacional 19.549, provocando que el mismo sea nulo de nulidad absoluta.

(60) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. I, p. 214.

(61) CS, Fallos: 190:157; y doct. Fallos 179:249; 277:205; 307:1911; 318:1700.

(62) "Nobile" (LA LEY 1997-C-830).

(63) MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., t. II, p. 437; GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 3, p. IX.34; DIEZ, Manuel M., "El Acto Administrativo", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1971, p. 429; DROMI, José R., "Instituciones de derecho Administrativo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 485; COMADIRA, Julio R., "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 2004, p. 72; CASSAGNE, Juan Carlos, "El Acto administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 283; TAWIL, Guido S., "Acto Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 545.

(64) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., t. II, p. 440.

Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes" **(65)**.

Máxime teniendo en cuenta que cualquier disposición emitida por el Poder Ejecutivo que en principio es resorte del Parlamento federal, "debe reputarse *prima facie* inconstitucional" presunción que solo puede ser abatida a través de una debida motivación del acto, demostrando "que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida por la Constitución a la prohibición general antes sentada", a saber, la descripta en el párr. 3º del art. 99, inc. 3º, de la CN (conf. Dra. Carmen M. Argibay, voto en Fallos 333:633, véase consid. 11, párr. 2º).

Se observa que si en los considerandos de un reglamento de necesidad y urgencia particular, el Poder ejecutivo nacional no invoca adecuadamente una verdadera "imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución nacional para la sanción de las leyes", correspondería su nulidad **(66)**. En el mismo sentido, al resolver la ilegitimidad de un decreto de necesidad y urgencia se ha pronunciado la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal **(67)**.

VI.4. En tales casos, a los reglamentos de necesidad y urgencia les faltaría como especie de actos administrativos un requisito esencial, por no haber aludido adecuadamente a la "expresión de la causa que pone de manifiesto el derecho aplicable" (Fallos 312:171) o a la "explícita enunciación de las razones que deciden su juicio" (Fallos 314:1531) o a la "descripción detallada de los antecedentes del caso, sus circunstancias relevantes y las razones tomadas en cuenta para decidir" (Fallos 316:729) ni tampoco a la "exposición de las razones en cuyo mérito se adoptó la decisión administrativa" (Fallos 322:3066) **(68)**.

Todos estos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales hacen notar una vinculación entre la sanción normativa prevista en la Constitución nacional para este tipo de instrumentos cuando se incumplen los presupuestos allí enunciados, y el régimen jurídico que emana de la "teoría de invalidez del acto administrativo", régimen que corresponderá aplicar a los reglamentos de necesidad y urgencia nulos de nulidad absoluta, en tanto especie de actos administrativos.

VII. Consideraciones finales

En este este último apartado, a modo de conclusiones, remarcaré los postulados principales de este trabajo, con base en la jurisprudencia esencial que al respecto ha desplegado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordando también breves reflexiones de algunos de los autores que en las líneas anteriores se han tratado con mayor profundidad.

VII.1. Interpretación restrictiva de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia

La mera conveniencia de que por un mecanismo más eficaz se consiga un objetivo de gobierno en modo alguno justifica la franca violación de la separación de poderes que supone la asunción por parte de uno de ellos de competencias que sin lugar a duda le pertenecen a otro (*CS, Fallos: 318:1154*, voto del juez Boggiano, consid. 21

(65) Conf. Dr. Augusto C. Belluscio, voto en Fallos 323:1934, véase consid. 7º, último párrafo.

(66) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 88.

(67) Causa "Visillao", JA 6004, del 25/09/1996, p. 29.

(68) A mayor abundamiento, respecto al otro elemento esencial al que me he referido, exigido por el art. 7º, inc. e) de la LNPA, el mismo resultaría evidentemente viciado, si no se plasma la debida justificación de las condiciones excepcionales establecidas en la Constitución para este tipo de reglamentos. En tal sentido, la jurisprudencia ha atribuido a la motivación una gran trascendencia vinculándola a la forma republicana de gobierno (conf. CNFed. Cont. Adm., sala 2ª, "Laurencena", sent. 05/11/1996), a la par que, al principio de legalidad, como presupuesto ineludible del Estado de Derecho (conf. CNFed. Cont. Adm., sala 4ª, "SA de Exportaciones Sudamericanas SADESA", sent. 07/05/1996), resultando especialmente exigible como requisito esencial cuando, el órgano administrativo se hubiera autolimitado previamente (conf. COVIELLO, Pedro J. J., "La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema", ED del 30/03/2012); y ello no podría ser de otro modo, dado que de una interpretación literal de la LNPA, conduce a la obligación genérica de motivar los actos administrativos para todos los supuestos, sin excepción (CASSAGNE, Juan Carlos, "El Acto administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 247); incluidos los reglamentos de necesidad y urgencia.

y su cita; la misma idea fue expresada en *Fallos 323:1934,* consid. 7º).

Como expresó la Dra. Argibay en el precedente "Massa" *(Fallos 329:5913)* el art. 99, inc. 3º de la CN, establece como principio general que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones que corresponden al Congreso, bajo pena de ilegitimidad. El presidente por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87, CN) está especialmente alcanzado por esta prohibición.

En este contexto, no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas pues no se ha demostrado el riesgo existente en el sector ni cómo, en su caso, podría comprometer el interés general. Por esas razones, no cabe tener por configurada en el *sub examine* —tal como postulan los decretos impugnados— la existencia de circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3º, de la CN, describe con rigor de vocabulario (CS, Fallos: 322:1726 cit.), circunstancia que pone de manifiesto la invalidez constitucional de los decretos impugnados (*Fallos 338:1048,* causa 799/2013, "Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo nacional s/ nulidad de acto administrativo", consid. 9º, anteúltimo párrafo, sent. 27/10/2015; con votos de los jueces Highton de Nolasco, y a los Dres. Lorenzetti y Maqueda, que actualmente integran el Alto Tribunal).

En dicho precedente también se expresó que la Corte ya había sostenido que la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país (Fallos 338:1048, consid. 5º).

Por su parte, la doctrina ha entendido: "Tengamos en cuenta, laminarmente, que conforme la Constitución —art. 99, inc. 3º—, el principio general es la prohibición: por regla, el Poder Ejecutivo no puede dictar un DNU a menos que sucedan circunstancias excepcionales que hagan imposible el trámite de una ley" (conf. Canda, Fabián A., ob. cit., p. 184).

VII.2. Incumplimiento de los requisitos sustantivos exigidos por la Constitución nacional

En el precedente "Verrocchi" *(Fallos 322:1726)* la Corte Federal resolvió que para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1º) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2º) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (consid. 9).

Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción que solo puede ser abatida cuando se demuestre fehacientemente que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes referida, a saber, la descripta en el párr. 3º, del art. 99, inc. 3º, de la ley fundamental; lo que claramente no ha acontecido en autos, lo cual surge manifiesto de una simple lectura del párr. 7º de los considerandos del dec. 756/2018.

En definitiva, debe decretarse la inconstitucionalidad e ilegitimidad de los Decretos que incumplen con las exigencias del art. 99, inc. 3º, párr. 3º, de la Carta Magna federal; con base en la corriente jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera concordante, pacífica y reiterada, en los últimos 20 años, de darse tales circunstancias fácticas y jurídicas.

Nos estamos refiriendo esencialmente a los siguientes precedentes: 1) "Verrocchi", Fallos 322:1726, sent. 19/08/1999; 2) "Risolía de Ocampo", Fallos 323:1934, sent. 02/08/2000; 3) "Leguizamón Romero", Fallos 327:5559, sent. 07/12/2004; 4) "Consumidores Argentinos", Fallos 333:633, sent. 19/05/2010; y 5) "Asociación

Argentina de Compañías de Seguros", Fallos 338:1048, sent. 27/10/2015; entre otros.

Doctrinariamente, se ha expuesto que las cuestiones que pueden reglarse por decretos de este tipo son muchas, claro que para "la procedencia de su dictado se requieren circunstancias excepcionales. En consecuencia, los decretos de necesidad y urgencia no deben dictarse por causa de conveniencia o de la 'agenda política' del presidente de la Nación" (conf. Gelli, María Angélica, ob. cit., p. 440).

VII.3. Afectación de la zona de reserva legal por regulación de materia tributaria prohibida

El caso fallado por la Corte federal "Video Club Dreams" (1995, Fallos 318:1154) constituye un precedente fundamental en la reafirmación del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria: Posteriormente la Corte remarcó la vigencia de este principio, en varios pronunciamientos: "Austral Cielos del Sur SA" (2011, Fallos 334:763) en materia de restricción de exenciones tributarias; "Zofracor SA" (2002, Fallos 325:2394) sobre zonas francas; "Kupchik, Luisa" (1998, Fallos 321:366) y "La Bellaca SA-ACIF" (1996, Fallos 319:3400), sobre establecimiento de impuestos.

También la Corte Federal ha declarado la invalidez constitucional de un DNU en la causa "Berkley ART" (2000, Fallos 323: 3770) que creó una tasa a percibir por la AFIP; el Tribunal expresó que la tasa era una "categoría tributaria" y que, por lo tanto, estaba vedada su regulación mediante este tipo de instrumento.

Doctrinariamente se ha expuesto al analizarse la zona de reserva legal del art. 99, inc. 3º de la CN, que jamás podrá ser permitida en las cuatro cuestiones que establece. Es decir, el Poder Ejecutivo "nunca puede sancionar normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos" (conf. BARRA, Rodolfo C., ob. cit., p. 441).

VII.4. Los DNU como actos administrativos nulos de nulidad absoluta (por vicios en la causa o en la motivación)

Como puede apreciarse nuestro sistema constitucional tal como ha sido interpretado por el Máximo Tribunal del país en los dos últimas décadas (es decir, desde "Verrocchi" del año 1999 hasta "Asociación Argentina Compañías de Seguro" del año 2015), implica que si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99 inc. 3º, párr. 3º, de la Constitución, entonces, las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable.

Esta tesitura ya era adelantada por el Dr. Bossert en el año 1996, cuando afirmaba que en el caso "Sallago, Asdrúbal" que "la mera invocación que los considerandos del decreto hacen... no basta para demostrar que ha sido imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes" ; por lo tanto, para el citado magistrado, el decreto que se analizaba en el caso no superaba el reproche constitucional: "Ello es así pues la regla es que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo" (conf. Fallos 319:2267, "Sallago", en disidencia, consid. 6º, sent. 10/10/1996).

Más cerca en el tiempo, la Corte Federal ha expresado que, si la declaración de voluntad estatal no reúne los requisitos de validez impuestos por la Constitución nacional a los decretos de necesidad urgencia, cabe concluir que el acto administrativo es constitucionalmente nulo, de nulidad absoluta e insanable (Fallos 322:1726, voto Dr. Boggiano, consid. 8º).

Si el decreto no cumplió con el mecanismo constitucional propio de la excepción, debe reputarse dictado en transgresión al principio general establecido en el art. 99, inc. 3º, de la CN, dado que no consigue superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable (Fallos 333:633, voto Dra. Carmen Argibay, consid. 13).

Por estas razones, no cabe tener por configurada en el *sub examine* la existencia de circunstancias fácticas que la Carta Magna establece rigurosamente, circunstancia que pone de manifiesto la absoluta invalidez constitucional del

decreto impugnado (Fallos 338:1048, consid. 9º, anteúltimo párrafo).

Es que cualquier disposición emitida por el Poder Ejecutivo que en principio es resorte del Parlamento federal, "debe reputarse *prima facie* inconstitucional" presunción que solo puede ser abatida a través de una debida motivación del acto, demostrando "que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida por la Constitución a la prohibición general antes sentada", a saber, la descripta en el párrafo tercero del art. 99, inc. 3º, de la CN (conf. Dra. Carmen M. Argibay, voto en Fallos 333:633, véase consid. 11, párr. 2º).

En el mismo sentido, al resolver la ilegitimidad de un decreto de necesidad y urgencia se ha pronunciado la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal (conf. causa "Visillao", JA 6004, del 25/09/1996, p. 29).

Prestigiosa doctrina ha sido sumamente clara sobre el tópico, al expresar que el fundamento jurídico de estos reglamentos es el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una necesidad súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias, u otra repentina, y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo. Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de causa (conf. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. I, p. 214).

Para terminar, y dado que el desarrollo precedente ha tratado de mirar el instituto tomado como objeto de estudio, a la luz de prestigiosa doctrina y la jurisprudencia fundamental, recuerdo una cita del padre de nuestro derecho administrativo:

"No queremos hacer un tráfico de la vida del derecho, como en parte sucede con tales métodos en el Nuevo Mundo... No queremos jueces 'enérgicos' o 'simpáticos', ni tampoco abogados 'listos' y 'astutos', sino hombres y mujeres dotados de una visión amplia y profunda a la vez... abogados de Derecho que se esfuercen para ser algo más que hombres de negocios. Debemos formar juristas que sean aptos para imponer el derecho científico, la jurisprudencia universal" **(69)**.

(69) BIELSA, Rafael, "La Abogacía", Ed. Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 1945, 2ª ed., p. 7, nota 3.

¿Es posible el control de constitucionalidad en la Administración pública?

Christian Marcelo Dominique (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Control de constitucionalidad.— III. Control constitucional en el ámbito de la Administración pública.— IV. Los tribunales administrativos y el control de constitucionalidad.— V. Conclusión.

I. Introducción

En este trabajo intentaremos escuetamente reseñar el control de constitucionalidad, sus principales formas, y la implicancia de ese control dentro de la Administración pública nacional, sus entes descentralizados y los tribunales administrativos, para luego concluir con nuestra opinión.

II. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho infraconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, disposiciones, etc.). A su vez, la Constitución Nacional no regula de manera expresa el sistema de control de constitucionalidad, este ha sido producto de una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, siguiendo el precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Marbury vs. Madison" **(1)**, estableció la legitimidad para su ejercicio en el caso "Caffarena c. Banco Argentino del Rosario de Santa Fe" **(2)**, mencionando: "Está en la esencia del orden constitucional, que los tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional (sic)", luego, en el caso "Sojo" **(3)** y "Municipalidad c. Elortondo" **(4)**, ratificó los principios establecidos en el precedente norteamericano.

Sin embargo, cabe mencionar que recién a partir de la reforma de nuestra Carta Magna de 1994, el art. 43 autorizó, expresamente, a los jueces a declarar la inconstitucionalidad dentro del proceso constitucional de amparo **(5)**.

Asimismo, es preciso señalar que a partir de 1994 y de sucesivas sentencias de la Corte In-

(*) Diplomatura sobre Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado. Perfeccionamiento en Derecho de Daños. Abogado, subgerente de contenciosos de la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte.

(1) 5 US (1 Cranch) 137. Traducciones de este precedente en Argentina se pueden encontrar en MILLER, Jonathan — GELLI, María A. — CAYUSO, Susana, "Constitución y poder político", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, t. I, ps. 5 a 14. Este fallo, ejemplifica la importancia de los poderes no reconocidos expresamente por la Constitución.

(2) Fallos 10:427 (1871).

(3) Fallos 32:120 (1887).

(4) Fallos 33:162 (1888).

(5) Art. 43.— "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...".

teramericana de Derechos Humanos, el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución "convencionalizada", es decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José de Costa Rica **(6)** y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(7)**.

No obstante, no todos piensan que esta situación debe llevarse al extremo y pretender ser los mejores alumnos de la convencionalidad, pues algunos rescatan "el margen de apreciación nacional" **(8)** que deriva de la perspectiva local, nacional y regional de la realidad, tal como lo hacen —al interior de sus propios países— tanto en el ámbito de los derechos humanos, cuanto en el del derecho patrimonial, los Estados "centrales" que propugnan la globalización jurídica **(9)**.

Ahora bien, este control, siguiendo a Sagüés **(10)**, asume dos papeles principales:

1. Un *rol saneador, o exclutorio,* preventivo o reparador según los diferentes sistemas, tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional al que hagamos referencia, a *inaprobar, inaplicar o abolir* al proyecto de norma o a la norma subconstitucional violatoria de la constitución. Este trabajo se consuma por todos los jueces (en los regímenes *difusos* o desconcentrados como el nuestro), o solamente por algunos (en los dispositivos de *control especializado*, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema).

2. Un *rol constructivo,* o *positivo,* con diversos niveles, igualmente según sea el derecho constitucional del país concreto al que haga-

(6) En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, v.gr., Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cf. FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano", en SAIZ ARNAZ Alejandro — FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2012, p. 109, 92.

(7) Decisión que ha despertado profundas críticas. El Pacto de San José de Costa Rica (art. 68) no obliga a los estados a cumplir sentencias en los que no han sido partes, disposición que tiene su lógica, porque solamente en las actuaciones donde fueron partes pudieron ser oídos. Sobre el particular, es recomendable la lectura del dictamen del Procurador General de la Nación Argentina en la causa "Acosta, Jorge E. y otros s/ recurso de casación", del 10 de marzo de 2010. En el sostuvo que: "según el derecho interamericano los Estados parte únicamente están obligados a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en el caso concreto (art. 68.1 de la Convención)"; cumplir la decisión significa acatar lo ordenado en la parte resolutiva pero no seguir "a los fundamentos... los que evidentemente no pueden ser cumplidos"; "no existe... un deber de seguir la decisión de otros casos similares", ni tampoco, un deber de seguir su jurisprudencia de la CIDH, pues "las sentencias de ese tribunal no tienen eficacia jurídica general (efecto erga omnes)"; los fallos de la CIDH en casos similares pueden "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales", lo cual no significa convalidar su "aplicación irreflexiva y automática" por parte de los tribunales locales ni tampoco asignarles una eficacia mayor que los fallos de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya jurisprudencia no es inexorablemente obligatoria para casos parecidos (Fallos 307:1094; 318:2060).

(8) En este sentido, no podemos dejar de mencionar la doctrina del "margen de apreciación nacional" para aplicar las decisiones convencionales, sostenida por el juez Carlos Fayt, en "Arancibia Clavel", en donde opina, entre otras cosas, que, "a partir del art. 27 de la CN (aquel que afirma que los tratados celebrados con potencias extranjeras deben estar 'en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución'), no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno". Es "una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional".

(9) ROSATTI, Horacio D., "Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre el 'margen de apreciación nacional' en la aplicación de normas internacionales", publicado en: Academia Nacional de Derecho 2016 (diciembre), 05/12/2016, 145. Cita Online: AR/DOC/2524/2016.

(10) SAGÜÉS, Néstor P., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. A Propósito de la 'Constitución Convencionalizada'". Trabajo del Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

mos referencia, pero que, en todo caso, procura un "reciclaje" del derecho subconstitucional, para tornarlo compatible con la constitución: (i) mediante, v.gr., la doctrina de la "interpretación conforme" de dicho derecho infraconstitucional, "de acuerdo" o "de conformidad" con la constitución. Ello obliga, cuando se analiza al derecho subconstitucional, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución; y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con la constitución; (ii) a realizar esfuerzos interpretativos del derecho subconstitucional (algunos los llaman *sobreinterpretaciones),* para tornarlo compatible con la constitución. Tal idea de "rescate" anima a las "sentencias modulatorias" o "atípicas" (también llamadas "manipulativas"), merced a las cuales el operador judicial *agrega* (sentencia aditiva), *quita* (sentencia sustractiva) o *quita y agrega* algo (sentencia sustitutiva) al contenido del texto subconstitucional (repetimos: ley, decreto, reglamento, etc.), para adaptarlo con la constitución; (iii) a repensar, o si se prefiere, recrear, el entendimiento de las normas subconstitucionales, *desde la constitución.* Ello implica que un precepto del Código Civil y Comercial, por ejemplo, no puede entenderse o hacerse funcionar exclusivamente desde una perspectiva (en el caso) "civilista", sino que se lo debe aplicar con un ritmo *constitucional-civilista*. Lo dicho, empalma con la noción de la "constitución invasora", o la constitución "que está en todas partes".

La dimensión "constructiva" del control de constitucionalidad acarrea una consecuencia importante: en rigor de verdad, en este trabajo, *todos los jueces son jueces constitucionales.* Conviene aclarar esta afirmación: ningún juez podría darse el lujo de hacer funcionar una norma subconstitucional, prescindiendo del *enfoque constitucionalista* de esa misma norma. Es decir, que le toca, inevitablemente, interpretarla, adaptarla, conformarla, armonizarla, rescatarla, reciclarla y aplicarla, según la Constitución. Claro está que si advierte —a través de dicho "enfoque constitucionalista"— que tal tarea, es impracticable, porque la norma subconstitucional colisiona inexorablemente con la constitución, deberá inaplicarla o abolirla, si está habilitado para ello, o derivarla al tribunal autorizado para así hacerlo.

La dimensión "constructiva" del control de constitucionalidad ha cobrado un auge singular con motivo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, no siempre aceptada por todos los países, aunque con cada vez mayor difusión, conforme con la cual el juez (i) *auspicia* o *promueve* la sanción de normas que deben dictar, según la constitución, los otros órganos del Estado (caso de la mora o inercia legislativa, v.gr.), y (ii) ocasionalmente, puede él mismo dictar de modo transitorio a dichas reglas, si los órganos intimados a hacerlo incumplen tal requerimiento. Un Tribunal Constitucional, de tal modo, puede actuar como *legislador suplente y precario,* aprobando normas bajo condición resolutoria (rigen hasta que el órgano pertinente, según la constitución, cumpla con su deber y las sancione). En cualquiera de estos supuestos, son evidentes los *roles nomogenéticos* que asume el viejo control de constitucionalidad, superando los cauces tradicionales diseñados, por ejemplo, en Estados Unidos por "Marbury vs. Madison", o incluso por Hans Kelsen al diseñar los tribunales constitucionales al estilo europeo **(11)**.

Agreguemos, finalmente, que con la doctrina de las "sentencias exhortativas", el juez constitucional apura sus funciones nomogenéticas, invitando (o intimando) al legislador, o en su caso, al Poder Ejecutivo (alguna vez, por cierto raramente, al poder constituyente), a sancionar ciertas normas, habitualmente subconstitucionales, con un contenido compatible con la constitución, o con principios constitucionales **(12)**.

De todas formas, este trabajo tiene como objetivo dicho control, estrictamente, en el ámbito de la Administración pública.

(11) Ver SAGÜÉS, Néstor P., "La Corte 'La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario'", en BAZÁN, Víctor (coord.), Derecho Procesal Constitucional americano y europeo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 573 y ss., ob. cit., en SAGÜÉS, Néstor P., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. A Propósito de la 'Constitución Convencionalizada'".

(12) Sobre las sentencias exhortativas, y en particular dirigidas al poder constituyente (caso del Perú), nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 77 y ss.

III. Control constitucional en el ámbito de la Administración pública

Hasta aquí hemos mencionado, sucintamente, que es el control de constitucionalidad y las diferentes maneras de efectuarlo.

Ahora, trataremos de plantear la discusión generada en función de la posibilidad de que los órganos y entes de la Administración ejerzan ese control. La cuestión resulta controvertida, ya que, por un lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación niega esta posibilidad y reivindica la exclusividad de los jueces, mientras que la Procuración del Tesoro de la Nación admite la legitimación de la Administración en ciertos y determinados casos.

La Corte lo ha sostenido de esa manera en diferentes pronunciamientos, la primera surge de "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal c. Salta" **(13)**. En este caso se juzgaba la constitucionalidad de un acto del Poder Ejecutivo provincial que había declarado inconstitucional unas leyes locales (problema impositivo). El Máximo Tribunal, entre otras cosas, dice que "... no cabe admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de estas. Ello así porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el poder judicial, es en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede".

En un comentario a este fallo, Bidart Campos **(14)** coincidió con la solución, pero mencionó que el control constitucional por órganos de la administración podría ser, siempre y cuando, si la inconstitucionalidad fuera *notoria, flagrante e indiscutible.*

Luego, ya en otras oportunidades, la Corte fue reiterando ese criterio **(15)**, ratificando en "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c. Ministerio de Trabajo" **(16)** el principio de que una declaración de inconstitucionalidad *no puede llevarse a cabo —con imperium— sino solo por el Poder Judicial.*

En referencia a la postura tomada por la Procuración del Tesoro de la Nación, mencionaremos que inicialmente se expresó en este mismo sentido, descartando la posibilidad de que la Administración ejerciera control de constitucionalidad, fundada en el hecho de que la tarea del Poder Ejecutivo es ejecutar y cumplir las leyes **(17)**. El organismo asesor sostenía en este período que el Poder Ejecutivo podía asumir tres actitudes ante una ley inconstitucional; a) vetar la ley **(18)**, b) impugnarla judicialmente **(19)**, y c) propiciar su derogación ante el congreso.

El criterio mencionado tuvo un giro en el año 1963, siendo Procurador del Tesoro de la Nación, el doctor Miguel Marienhoff, efectuando

(13) Fallos 269:243 (1967).

(14) BIDART CAMPOS, ED, 21-210.

(15) Fallos 311:460, 469 (1988).

(16) Fallos 319:1420, 1425 (1996).

(17) Dictámenes, 64:100 (1958); 67:189:(1958);70:118 (1959); 78:136 (1961); 79:124 (1961).

(18) BUTELER, Alfonso, "La interpretación de la Constitución en sede Administrativa", NINC, Revista de Investigaciones Constitucionales, 2015. En la nota al pie 29 menciona. "A esos efectos podría pensarse, que una vez que el Poder Ejecutivo ha dejado pasar la posibilidad de vetar la ley por inconstitucional, precluye la oportunidad de controlar constitucionalmente la ley del Congreso de la Nación. Sin embargo, consideramos que este argumento pierde fuerza frente a la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente, en tanto, una norma que no era contraria a la ley fundamental al momento de ejercer el derecho a veto puede serlo a posteriori por el cambio de circunstancias fácticas".

(19) En referencia a esta postura, conforme nuestro Máximo Tribunal, ni el Estado nacional, ni sus entes descentralizados pueden plantear la inconstitucionalidad de las normas nacionales, prohibición que se extiende a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires. El origen de esta jurisprudencia se remonta a un caso resuelto en 1920, donde en un obiter dicta la Corte rechazó la posibilidad de que la Ciudad de Buenos Aires alegara la inconstitucionalidad de una de sus ordenanzas ("Compañía Sansinena c. Municipalidad de la Capital" y Fallos 132:101 —1920; 134:37— 1921), haciéndose más explícito en la década de 1970 (Fallos, 284:218 [1972]; 322:298 [1999] "Pirelli c. Entel). Sobre este tema, ver el desarrollo y la postura contraria de BIANCHI, Alberto, "Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos", ED 127-933 y mismo autor, "Control de Constitucionalidad", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2ª ed. actualizada, restructurada y aumentada, t. 2, ps. 45-50.

una distinción entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte de la Administración pública —facultad que se encuentra vedada— y la abstención de aplicar una ley contraria a la Constitución Nacional, lo cual, a su entender, estaría permitido a los fines de garantizar la supremacía constitucional **(20)**.

A partir de ahí, el máximo organismo asesor realizó un giro a favor de la no aplicación de normas legales **(21)**, cuando estas fueran manifiestamente inconstitucionales **(22)**, y cuando hubiera reiterados pronunciamientos judiciales que declararan la inconstitucionalidad de las normas **(23)**, siempre y cuando esa sentencia se encuentre firme y consentida **(24)**.

Entre los argumentos a favor de la posibilidad de realizar ese control, Comadira **(25)** ha destacado que la autoridad pública en el ejercicio de sus cometidos se encuentra vinculada al principio de juridicidad, lo que le impone la carga no solo de respetar el marco legal vigente, sino también el bloque constitucional integrado por la Ley Fundamental y los tratados internacionales incorporados a ella por vía del art. 75, inc. 22, tal como lo prescribe el art. 31 de la CN.

Desde esta óptica, parecería irrefutable que la administración pública se halla compelida a respetar la pirámide normativa kelseniana y, por tal razón, no debe aplicar una ley, si es inconstitucional **(26)**.

Contra este argumento, Bianchi **(27)** sostiene que "... a pesar de la aparente verdad que encierra esta afirmación, el Poder Ejecutivo cumple con ese artículo no cuando controla o cuando juzga a la ley, sino cuando sencillamente la aplica y ordena que se cumpla, pues tal es su función constitucional. Si permitiéramos a la

(20) Dictámenes, 84:102 (1963). La cuestión consistía en si el Poder Ejecutivo podía, en contra de lo establecido por el art. 136, 2º parte, de la Ley de Contabilidad, vigente en ese momento, crear una entidad autárquica. Se trataba, fundamentalmente, de determinar si el presidente de la Nación podía, sin autorización del Parlamento, dictar el decreto que aprobara el estatuto orgánico del Mercado Nacional de Hacienda. Marienhoff, ya había expresado su parecer en este tema con anterioridad al cargo de procurador, en "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o decreto. Lo atinente a su inconstitucionalidad", JA, 1961-VI, p. 62.

(21) Dictámenes, 89:344 (1964); 91:108 (1964); 176:116 (1986), entre otros.

(22) Dictámenes, 158: 83 (1981); 188:127 (1989).

(23) Dictámenes, 101:82 (1967); 157:214 (1981); 186:140 (1988); 192:144 (1990); 236:25 (2001).

(24) Cfr. COMADIRA, Julio R., "La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1996, p. 410.

(25) Ibidem.

(26) Dictamen 364/2002 —242-626— Se trata de un dictamen sobre la validez constitucional del art. 38 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional en cuanto fija en seis meses el plazo máximo e improrrogable dentro del cual deberán sustanciarse y resolverse los sumarios administrativos. En él la Subprocuradora Silvia Susana Testoni, adhirió a esta postura de la siguiente manera: "... Cuando el doctor Marienhoff fue Procurador del Tesoro, en Dictámenes 84:102 (1963), sostuvo que "corresponde distinguir entre 'declaración de inconstitucionalidad' y 'abstención de aplicar una norma inconstitucional'. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la CN. Con posterioridad a este asesoramiento, la Procuración del Tesoro reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo (Dictámenes 159:83; 168:28; 186:140 —1988—, 132; en 176:116 —1986— se acoge un criterio amplio en orden a la abstención en la aplicación). Frente a una disposición como la del art. 38, LMREPN, para que no se vea cercenada la potestad disciplinaria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de no aplicarla, pues como se ha expuesto, existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad. No desconozco la gravedad de proponer la no aplicación de una disposición que se reputa inconstitucional, pero entiendo que no me aparto del criterio de este organismo asesor, especialmente el sentado por el Dr. Marienhoff (Dictámenes 84:102), pues se encuentra en juego la casi extinción, para ser benévolos, de la potestad disciplinaria de aceptarse ese plazo (seis meses)".

(27) BIANCHI Alberto, "Control de Constitucionalidad", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2ª ed. actualizada, restructurada y aumentada, t. 1, p. 263. En esta misma obra abunda más en detalle la respuesta.

Administración pública que antes de aplicar la ley verificara si la misma es constitucional, descalabraríamos el sistema de división de poderes y privaríamos a los jueces de su función esencial".

Por otro lado, Bidegain **(28)** también sostiene que el Poder Ejecutivo puede prescindir de una ley que invada su competencia constitucional con la finalidad de ejercer sus funciones, Asimismo, este autor entiende que se encuentra habilitado a hacerlo en aquellos casos en que, a partir de la aplicación de la ley, puedan derivarse perjuicios graves e irreparables o se den circunstancias extraordinarias.

Por su parte, Gordillo **(29)** postula: "... Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede [...] adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: a) Ejercer [...] el derecho de veto. b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos. c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación". "En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar algunas de las tres actitudes indicadas; esta es la tesis dominante". No opina lo mismo con relación a los reglamentos administrativos, pues sostiene que el reglamento antijurídico no puede cumplirse sin incurrir en responsabilidad **(30)**.

Dromi **(31)**, por su lado, sostiene que el control de constitucionalidad de todos los actos estatales está confiado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero también la Constitución impone a los otros poderes constituidos el deber de velar por su fiel cumplimiento. Los órganos estatales deben preservar la constitucionalidad de todo su obrar y al aplicar o dictar normas inferiores deben autoverificar la constitucionalidad de estas; pero solo el Poder Judicial es el habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las normas (art. 43, CN).

Por otro lado, Balbín, siendo Procurador del Tesoro de la Nación, opinó **(32)**: "... A tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial (v. Dictámenes 240:158, entre otros). Existe una distinción entre la declaración de inconstitucionalidad y la abstención de aplicar una ley inconstitucional. En verdad, el límite entre esos cursos de acción puede resultar difuso, en la medida en que el Ejecutivo solo podría dejar de aplicar una ley cuando esta resultare opuesta a la Constitución Nacional y a las convenciones a ella incorporadas. En otras palabras, prescindir de la ley necesariamente presupone que esta se ha reputado inconstitucional. Naturalmente, es crucial discernir a qué poder le compete abrir juicio sobre la validez constitucional de las decisiones del Congreso. Ello no es resorte del Ejecutivo, sino de los tribunales.

(28) BIDEGAIN, Carlos, "El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro", en la obra 120 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1963-1983, p. 45. En opinión similar, Carlos A. Vaquer, exprocurador del Tesoro de la Nación (Dictámenes 159-1-83).En donde, expresa que "... si bien no corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Dictámenes 67-189; 72;137; 136.400, etc.), pues debe actuar de conformidad a la ley, ello no implica que su función resulte la de un mero espectador o, peor aún, ejecutor de leyes contrarias a nuestra Carta Magna". "La Procuración del Tesoro de la Nación custodio de la Constitución Nacional", en la obra 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1963-1993, ps. 248-249.

(29) GORDILLO, Agustín, 11ª ed., ahora como 1ª ed. del "Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2013, t. 1 Parte General, p. VII-16. Expuso la opinión contraria en "Introducción al derecho administrativo", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., ps. 64 y ss., reproducido en este Tratado, t. 5, Primeras obras, FDA, Buenos Aires, 2012, Libro I; y en "Estudios de derecho administrativo", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 70; En la nota al pie de esta edición manifiesta que: "Tuvimos pues de retractarnos, formalmente. El tiempo no hace, sino ratificar la sabiduría que animó al criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación".

(30) BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", ob. cit., t. 1, p. 262.

(31) DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Ed. Ciudad Argentina, 4ª ed. actualizada, 1995, p. 103.

(32) Dictámenes, 298:207.

"Si la Corte Suprema declarase la inconstitucionalidad de un bloque normativo, y luego la Administración debiera resolver un caso estrictamente análogo, es plausible que esta se valga de aquella declaración judicial para prescindir de las normas inválidas. En este contexto, la tacha de inconstitucionalidad de la ley no correspondería a una decisión del Poder Ejecutivo, sino del Poder Judicial. La Administración no haría más que constatar que las circunstancias relevantes de uno y otro caso coinciden, de modo que el precedente judicial pueda ser aplicado. Sin embargo, la separación de poderes exige un escrutinio riguroso acerca de las condiciones bajo las cuales una sentencia puede ser aplicada por la Administración a otro caso, a efectos de inaplicar una ley tachada de inconstitucional. El Poder Ejecutivo puede proceder de esa manera cuando no existe ninguna diferencia apreciable entre el marco fáctico y jurídico del precedente judicial y del caso a decidir en sede administrativa. En ese contexto particular, el juicio de compatibilidad entre la ley y la Constitución es realizado por el tribunal y no por el Poder Ejecutivo, aun cuando este se valga de aquel pronunciamiento para decidir un caso posterior. Asimismo, debe resultar indudable que el planteo a dirimir en sede administrativa se ajusta a lo decidido por la Corte Suprema, en su condición de máximo intérprete de la Constitución Nacional.

"El Ejecutivo no puede trasladar la doctrina de un caso judicial a otro parecido para prescindir del mandato legal. Ello es así porque, como principio, no corresponde a esta rama del gobierno declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aun si hubiere argumentos sólidos contra la validez de la norma impugnada. En suma, si existen matices entre el caso decidido por la Corte y el que le toca resolver a la Administración, la evaluación de la trascendencia jurídica de esas diferencias —a los efectos de una tacha de inconstitucionalidad— es resorte del Poder Judicial.

"Los casos a resolver nunca son idénticos y, en consecuencia, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se aparte de las prescripciones de la ley a partir de un precedente judicial resulta prácticamente nula. Es cierto que resulta improbable que entre un fallo y la situación a resolver en sede administrativa exista una relación de identidad en sentido estricto. Con todo, es plausible que se den supuestos en los que pueda sostenerse, más allá de toda duda razonable, que las diferencias entre los casos resultan jurídicamente intrascendentes (quizá el campo más propicio para ello sea el de las cuestiones de puro derecho).

"Por otra parte, corresponde evaluar con criterio estricto la concurrencia de las condiciones que permiten a la Administración valerse de la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley, cuando la Corte Suprema no ha atribuido a ese pronunciamiento alcance *erga omnes.*

"Puede suceder que las razones que llevaron a la Corte a tachar de inconstitucional una ley en un caso particular resulten pertinentes para decidir del mismo modo, otros conflictos, más allá de los matices (jurídicamente intrascendentes) de las circunstancias. La Administración no puede aquí extrapolar la conclusión del tribunal porque ese proceder importaría invadir competencias de los magistrados. Ello es así, sin perjuicio de los mecanismos que la Administración pueda instar a fin de obtener la modificación o derogación de la disposición legal que se reputare inconstitucional (por caso, la presentación de un proyecto de ley ante el Congreso). Dictamen 181/16, 30 de agosto de 2016. Expte. S04:0006527/11. Inspección General de Justicia (Dictámenes 298:207)".

Al parecer, esta opinión deja en claro una postura más estricta, en donde, además, llega a poner en duda la doctrina de la Procuración del Tesoro de valerse de un pronunciamiento de la Corte Federal para abstenerse de aplicar una norma, si este no tiene un alcance *erga omnes.* Asimismo, sugiere, como lo ha hecho la procuración en dictámenes de la década del cincuenta y sesenta, y también parte de la doctrina, promover su derogación ante el Congreso de la Nación.

De lo expuesto, queda claro que no se admite la legitimidad de la Administración para declarar expresamente la inconstitucionalidad de una norma, aunque si se encuentra aceptado la abstención de no aplicarla en supuestos en que el planteo a dirimir en sede administrativa se ajusta a lo decidido por la Corte Suprema, en su

condición de máximo intérprete de la Constitución Nacional **(33)**.

Sin embargo, pueden encontrarse casos dentro de la Administración pública donde debe resolverse cuestiones aplicando normas de las que surgen restricciones a derechos fundamentales **(34)**, sospechosas de discriminación **(35)**, y por ende, portadoras de presunción de inconstitucionalidad, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación las declaró inconstitucional **(36)**, pero que en otros supuestos —normas con similares restricciones—, no fueron cuestionadas judicialmente, pero de serlo, no resistirían un test de razonabilidad en un eventual reclamo judicial. Por consiguiente, su aplicación, además de limitar o mutilar un derecho fundamental, implicaría un perjuicio al Estado —nacional, provincial o municipal— por ser pasible de acciones judiciales con pronunciamientos desfavorables.

No obstante, la Corte Federal, en referencia a este tipo de normas, admite una excepción que permite destruir la presunción de inconstitucionalidad, y es que la autoridad pública, al momento de emitir el acto, acredite la exigencia de fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado **(37)**, o sea que, invirtiéndose la carga de la prueba, corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito, ni un efecto discriminatorio **(38)**.

En consecuencia, los órganos de la administración, tendrán que evaluar **(39)**, en cada caso, el costo-beneficio de aplicar una norma cuya presunción de inconstitucionalidad fuera notoria, flagrante e indiscutible, pues como bien lo expresó la Procuración del Tesoro de la Nación, "... [e]s menester ahorrarle al Estado las consecuencias patrimoniales adversas que se derivarían de acciones judiciales en su contra que se saben perdidas de antemano" (v. Dictámenes 121:255, 122:358, 123:19, 139:34 y 205:124).

En esta inteligencia, afirma Sammartino **(40)**: "... En el estado constitucional de derecho contemporáneo, el 'derecho aplicable', al que se refiere el art. 7º, inc. b) de la LNPA **(41)**, tiene en

(33) La Administración pública debe acoger los lineamientos doctrinarios establecidos por la Corte Suprema tanto por su jerarquía, por el carácter definitivo de sus sentencias y por la armonía que debe haber entre los distintos órganos estatales (v. Dictámenes 222:178, 279:75, 237:438, 243:1 y 275:122).

(34) La Corte IDH, en el Caso "Granier", párr. 228: "La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el art. 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio".

(35) Son casos en los que las restricciones se vinculan con el derecho a la igualdad de categorías sospechosas, es decir, por una discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para un estudio más profundo sobre los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, "El control de Convencionalidad de la Actividad Administrativa", Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 277.

(36) Como lo decidió la CS, en "Arenzón" "Hooft, Pedro", "Gottschau", "Mantecón Valdez", "Partido Nuevo Triunfo", "De Narváez Steuer Francisco", "R. A. D.", "Pérez Ortega", "Zartarian, Juan", y "Asociación Magistrados y Funcionarios".

(37) Cfr. CS, "Gottschau", consid. 6º; "Reyes Aguilera", votos Dres. Petracchi y Argibay, consid. 11. Aunque para la Corte, ello tampoco, resultaría suficiente, pues, además, se deberá disipar toda duda sobre la ausencia de medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.

(38) CIDH, "Granier", párr. 228. Este tipo de categorías sospechosas, desvirtúan la presunción de legitimidad del accionar estatal.

(39) En estos casos excepcionales, que los hay, se puede evitar al Estado, la pesada carga de litigios que lo agobian, gracias al oportuno asesoramiento de sus abogados y, en la máxima instancia administrativa, con la intervención de la Procuración del Tesoro, ejerciendo incluso el control de constitucionalidad.

(40) SAMMARTINO, Patricio, "Jornadas de Derecho Administrativo Universidad Austral. Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público. El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho contemporáneo. Alcances y Límites. VII. Posición de los órganos de la Administración frente a las normas portadoras de una presunción de inconstitucionalidad", Ed. RAP, 2011.

(41) Art. 7º— "Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes:... causa: b) deberá sustentarse

su vértice al documento constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos que lo integran —art. 75, inc. 22, CN—". Ella, en tanto norma jurídica, tiene para todos los órganos estatales "fuerza normativa" y "eficacia directa". De consiguiente, ignorar que la Administración, frente a la ausencia de razones sustanciales, está dotada de la potestad de inaplicar por sí aquellas normas legales que, con arreglo a la doctrina de la Corte, exhiben presunción de inconstitucionalidad, lleva a desconocer la eficacia práctica de la Constitución y los compromisos jurídicos fundamentales que ella consagra.

Desde esta atalaya, entonces, es posible predicar que el Poder Ejecutivo está dotado de una competencia inherente en su condición de titular de la Administración —art. 99.1, CN— que lo habilita para abstenerse de aplicar por sí y ante sí la norma legal que, en tanto sospechosa de discriminación, carece de presunción de constitucionalidad y, por ende, no vincula a la obediencia.

En consecuencia, continúa el autor, en principio, la Administración deberá abstenerse de aplicar esa norma, pues esta atribución resulta tributaria del principio de juridicidad administrativa en el Estado constitucional. La fuerza normativa de la Constitución —que es regla de derecho— también se despliega con igual fuerza sobre la Administración imponiéndole deberes inmediatos que favorezcan y garanticen los derechos fundamentales **(42)**.

Finalmente, sostenemos que, si la Administración considera que una norma es portadora de sospecha de discriminación, o de una notoria, flagrante e indiscutible inconstitucionalidad y se abstiene de aplicarla, corresponderá, además, impulse la elaboración del proyecto para derogarla y consecuentemente abolirla del mundo jurídico.

IV. Los tribunales administrativos y el control de constitucionalidad

En este caso, nos estamos refiriendo a los órganos de la administración que cumplen funciones jurisdiccionales. En nuestro país, sería el Tribunal Fiscal de la Nación.

En el orden nacional, este tribunal constituye el ejemplo más relevante y puro de un Tribunal Administrativo jurisdiccional. En efecto, fue creado por la ley 15.265 **(43)**, para intervenir en controversias de carácter tributario.

La Cámara Contencioso Administrativa Federal es el Tribunal de Alzada para revisar lo decidido por el Tribunal Fiscal en cuanto a las resoluciones que impongan tributos o sanciones.

En este supuesto (emulando el caso francés) se delegó a un órgano independiente dentro del Poder Ejecutivo, la decisión final en materia administrativa, separando la función de este órgano de las funciones de la administración activa, respondiendo así al principio de justicia, que no acepta que el funcionario que emite el acto sea, asimismo, el que lo juzgue **(44)**.

Ahora bien, volviendo al tema que nos ocupa, para algunos autores como Bianchi **(45)**, la actividad de control constitucional debe quedar reservada a los tribunales administrativos, siempre que estén constituidos con las mismas garantías e inmunidad funcional que los del poder judicial **(46)**. Pero, sobre esta definición el

---

en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable".

(42) SAMMARTINO, Patricio, "Jornadas de Derecho Administrativo Universidad Austral...", ob. cit. Sobre el particular el autor menciona que: "Ciertamente, no desconocemos que, al obrar de ese modo, la Administración exhibiría una actuación que, en su superficie, se la podría apreciar como reñida con el principio de división de los poderes. Sin embargo, siendo que la división de los poderes es una garantía de libertad de las personas y dado que, mediante la inaplicación por sí de una norma legal sospechosa de discriminación, la Administración procura garantizar in natura un derecho fundamental, el de igualdad, es evidente que, al actuar de ese modo, no se afecta la télesis inspiradora de ese principio".

(43) Publicada en el Boletín Oficial el 27 de enero de 1960.

(44) GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)", Ed. RAP SA, Buenos Aires, 2008, Colección Thesis, 1ª ed., p. 183. Tesis doctoral del autor.

(45) BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", ob. cit., t. 1, p. 267.

(46) Los jueces y tribunales administrativos no gozan de esta característica. Su existencia no es constitucio-

autor realiza una diferencia y afirma que si una ley prohibiera a los tribunales judiciales ejercer el control sería, a su juicio, claramente inconstitucional. Por lo tanto, se pregunta: ¿Sería igualmente inconstitucional la que impusiera esta prohibición a los tribunales administrativos? En su opinión, la respuesta es no **(47)**.

De hecho, el Tribunal Fiscal de la Nación posee esta limitación impuesta por el art. 185 de la ley 11.683 **(48)** (t.o. 1998), y al parecer siempre ha acatado esa disposición al no declararla o pronunciarse sobre su inconstitucionalidad.

Hay que tener en cuenta, continúa el autor, que la función jurisdiccional en el marco de la administración no es la regla, sino una excepción. Además, las decisiones de los tribunales administrativos nunca son definitivas, pues siempre están subordinadas a un control judicial posterior, que puede corregir sus deficiencias **(49)**.

Como es sabido, nuestra Constitución Nacional ha adoptado el sistema judicialista **(50)**

nalmente obligatoria y el legislador puede crearlos y suprimirlos empleando en ambos casos facultades discrecionales. Sobre el particular, véase BIANCHI, Alberto, "Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos", ED, 127-933 (1988).

(47) En contra SPISSO, Rodolfo R., "Derecho Constitucional Tributario", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 2ª ed., p. 529.

(48) Art. 185.— "La sentencia no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación". También lo contiene el art. 1164 del Cód. Aduanero.

(49) A los fines de convalidar el ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades administrativas, la Corte Federal exigió como recaudo ineludible que contra esa decisión se autorice un control judicial suficiente que permita una revisión tanto de los aspectos fácticos, como jurídicos tal como lo estableció en el recordado "Fernández Arias" (Fallos 247:646, 1960) cuya doctrina fue reiterada en casos posteriores ("Medella" Fallos, 305:129, 1983, "Cabrera", Fallos 305:1937, 1983, "Casa Enrique Shuster SA", Fallos 310:2159, 1987, "Di Salvo", Fallos 311:344, 1988, "Litoral Gas SA", Fallos, 321:776, 1998, "Gador SA", Fallos 327:367, 2004) Luego, al resolver la causa "Ángel Estrada y Cía. SA c. Resolución 71/1996 Secretaría de Energía y Puertos", de fecha 05/04/2005, exigió la presencia de nuevos recaudos para convalidar la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa. Pues, en esta oportunidad requirió: 1) Que los organismos administrativos dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley; 2) Que su independencia e imparcialidad estén aseguradas; 3) Que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para su creación haya sido razonable y 4) Que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente (Fallos, 328:651, 2005).

(50) Es interesante mencionar, que a pesar de que gran parte de la doctrina administrativista argentina reconoce como influencia directa de nuestro sistema judicialista la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, tal afirmación resulta sólidamente refutada por el profesor Juan Carlos Cassagne al mencionar que: "Ese principio capital del derecho público (el cual comparte la mayoría de los países de Latinoamérica) derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes, se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal, conteniéndose en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribe: 'Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos.' Con las modificaciones orgánicas que demandaba la adaptación del precepto al modelo republicano, la Constitución argentina de 1853 reprodujo el mismo principio, tomándolo del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833. Ello no implica desconocer que, en muchos casos, las constituciones de Latinoamérica han recibido la impronta de la influencia del sistema norteamericano en punto a la forma federal de gobierno y a la organización del Poder Judicial, principalmente en lo que atañe a la articulación de la competencia del fuero federal en razón de las personas o de la materia. De acuerdo con el pensamiento del máximo inspirador doctrinario de la Constitución Argentina, Juan Bautista Alberdi, expuesto al redactar las Bases y presentar al Congreso el proyecto de texto constitucional que finalmente se sancionó y que recogió la mayor parte de los artículos proyectados, resulta evidente que esa interdicción tuvo por objeto compensar el peso de un sistema presidencialista fuerte (al que se atribuyó un poder reglamentario de origen monárquico) con relación a los otros poderes del Estado, principalmente de cara al Poder Judicial. Y no es casual que frente a una situación en la que se jugaba la aplicación del principio de separación de los poderes, sobre bases semejantes, la fórmula que finalmente se aprobó haya sido la misma en España y en los países de Hispanoamérica que dictaron sus constituciones tiempo después, como la chilena en 1833 y la argentina en 1853. La fórmula que finalmente adoptó la Constitución Argentina, cuya trascendencia histórica constitucional estriba en el hecho de hallarse plenamente vigente, desde 1853, en su redacción original, dispone que: 'Art. 109. CN.— En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas'. Las Facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso 'Ángel Estrada')". LA LEY, 2005-C, 736.

para juzgar la actividad administrativa (arts. 116 y 117). Sin embargo, a pesar de la interdicción del art. 109 de la Ley Fundamental, la realidad nos muestra conductas en contrario. Ejemplo de ello, son las actividades de estos *Tribunales Administrativos* creados por ley, que, desde el punto de vista material, realizan funciones reconocidas por algunos autores, como jurisdiccionales **(51)**.

Por su parte, Solá **(52)** también considera que los tribunales administrativos no pueden ser considerados como cortes de justicias en el sistema de división de poderes.

Así también Gelli **(53)** considera, en rigurosa aplicación de los principios y garantías constitucionales —arts. 1º, 18 y 109— la administración no debería ejercer función jurisdiccional alguna, en sentido estricto.

Por último, Bidart Campos **(54)** entiende que la imposibilidad de que un tribunal administrativo se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de una ley cede en aquellos casos en que una ley así lo autorice, concesión del Congreso de la Nación, que, según su visión, debe ser declarada constitucional por no existir obstáculo para ello.

Ahora bien, lo expuesto me lleva a pensar lo siguiente: si el legislador quiso que este órgano —creado por ley— que posee todos los recaudos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Federal **(55)** para convalidar la constitucionalidad de su "jurisdicción administrativa", y que es considerado el ejemplo más relevante y puro de un Tribunal Administrativo jurisdiccional, tenga una prohibición expresa —art. 185 de la ley 11.683— para que sus pronunciamientos no contengan una declaración de invalidez constitucional de las leyes tributarias y aduaneras, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado su inconstitucionalidad, ¿de qué manera, se podría considerar que la Administración pública activa, que carece de todos esos recaudos, tendría legitimidad para ejercer ese control, sin romper el equilibrio entre los distintos poderes del Estado?

Sobre el particular, el máximo órgano asesor ha opinado **(56)**: *"... A diferencia del Tribunal Fiscal de la Nación, la Administración carece de una facultad atribuida por la ley para expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes, cuando esta haya sido declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.* La Administración se encuentra con una valla imposible de sortear a la hora de resolver sobre la legitimidad de normas reglamentarias que han sido dictadas partiéndose de la constitucionalidad de una norma legal cuyo control en tal sentido no le compete (conf. Dict. 262:176). La declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley, sino tan solo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento (conf. Fallos 319:1524). En el sistema constitucional argentino las sentencias que dictan los jueces carecen de efectos *erga omnes*. Sus alcances se circunscriben, por vía de principio, al caso concreto sobre el cual han recaído y no obligan sino en las causas para las cuales se han dictado (conf. Fallos 12:372; 95:51; 115:163;

Para un estudio más acabado, ver "Tratado General de Derecho Procesal Administrativo", Juan Carlos Cassagne (dir.), Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada, t. I. Capítulo Tercero "El sistema judicialista argentino", ps. 64-93.

(51) BIELSA Rafael, "Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina", Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1947, 4ª ed., t. III, p. 255, nota 79 y del mismo autor "Acto jurisdiccional y acto judicial", LA LEY, 104-825. También puede verse del mismo autor, "Derecho Constitucional", Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, 2ª ed. aumentada, p. 555, en contra, BOSCH, Jorge T. y la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación ("¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración?", Ed. Víctor P. Zavalía, Buenos Aires, 1951, ps. 177 y ss., ver también, "Tratado General de Derecho Procesal Administrativo", Juan Carlos Cassagne [dir.], Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada, t. I Capítulo Tercero "El sistema judicialista argentino", ps. 64-93).

(52) SOLÁ, Juan Vicente, "Control Judicial de Constitucionalidad", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 451.

(53) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2018, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. II, arts. 44 a 129, p. 536.

(54) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996.

(55) "Ángel Estrada y Cía. SA c. Resolución 71/1996 Secretaría de Energía y Puertos", de fecha 05/04/2005.

(56) Dictámenes, 280:143.

306:1125). Dict. 39/12, 16 de febrero de 2012, expte. S04:0003258/11. Inspección General de Justicia (Dictámenes 280:143)" (lo destacado me pertenece).

V. Conclusión

De lo expuesto surge claramente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una tarea eminentemente judicial. Como vimos, existen varios pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal y expresamente así lo menciona el art. 43 de la CN.

Sin embargo, nada impide que la Administración pública al tener que analizar una ley, decreto, resolución, etc., realice esfuerzos interpretativos de ese derecho subconstitucional para tornarlo compatible con la Constitución Nacional, teniendo como norte la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales del administrado, en sus vertientes más profundas, como son la dignidad de la persona humana y el principio *pro personae* **(57)**. Sobre todo, cuando se sostiene, que ese control fue ampliado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cualquier autoridad pública, no solamente al Poder judicial (órganos vinculados a la administración de justicia) **(58)**.

Es lo que Sagüés clasifica, como mencionamos al principio de este trabajo, como un rol constructivo o positivo, mediante la doctrina de la "interpretación conforme" de dicho derecho infraconstitucional, o sea, "de acuerdo" o "de conformidad" con nuestra Carta Magna o, Constitución "Convencionalizada" **(59)**.

Esta posibilidad resulta clara —e incluye a la misma Constitución Nacional— a partir de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que subrayan la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel tribunal, lo que implica, pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(60)**. Ello obliga, cuando se analiza al derecho, a descartar las interpretaciones posibles de una regla, opuestas a la constitución —o constitución convencionalizada—; y a preferir, y manejarse, exclusivamente, con las interpretaciones posibles compatibles con ella.

(57) Ello implica que las normas relativas a derechos humanos se interpreten de acuerdo con la propia Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo, la protección más amplia a las personas, constituyendo así, una herramienta hermenéutica para lograr la efectiva protección de los gobernados en relación, siempre, con un derecho humano que se alegue vulnerado.

(58) "Gelman vs. Uruguay" (2011), consids. 193 y 240. "La Corte Interamericana ha insistido en que el control de convencionalidad debe ser realizado no solamente por los jueces, sino por cualquier autoridad pública" (consid. 240), en particular por "los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles", aunque en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (consid. 193), directriz que provoca algunos interrogantes: ¿Un ministro, un defensor del pueblo, etc., podrían negarse a cumplir leyes locales con el argumento de ser opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana?

(59) Hoy en día como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada" es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver SAGÜÉS, Néstor P., "Nuevas Fronteras de control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", Revista de Investigaciones Constitucionales, 2, vol. 1, Curitiba, ps. 23-32, mayo-agosto 2014. A partir del caso "Almonacid Arellano" (2006). Parecería, que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución "convencionalizada".

(60) SAGÜÉS, Néstor P., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. A Propósito de la "Constitución Convencionalizada" Trabajo del programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso "Radilla Pacheco vs. México", párr. 340, donde la Corte Interamericana subraya —si bien escuetamente— la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", párr. 233, y sus citas de "Fernández Ortega vs. México" y "Rosendo Cantú").

Empero, ello lleva a preguntarse si en un país como el nuestro, que como vimos, reserva el control de constitucionalidad a los jueces y se lo impide al Poder Ejecutivo **(61)**, podría —o debería— un ministro, o el Procurador General o el Defensor del Pueblo, etc., declarar inconvencionales a ciertas normas que, sin embargo, no pueden declarar inconstitucionales, y todo ello con un efecto parecido al de la declaración de inconstitucionalidad.

De todas maneras, como ya lo mencionamos, constituye una práctica ya aceptada en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, la inaplicación de normas generales en seguimiento de los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que se trate de decisiones que se hallen firmes y consentidas (en concordancia con lo legalmente aceptado para el Tribunal Fiscal de la Nación).

Hay que tener en cuenta, de todas maneras, la circunstancia de que el derecho constitucional argentino y su práctica jurisprudencial no han adoptado la doctrina de la fuerza jurídica vinculante de los precedentes *(stare decisis)*.

Para terminar, Bianchi **(62)**, sumando argumentos a la postura contraria de facultar a la Administración a ejercer control de constitucionalidad, manifiesta que, "[s]i admitir que los jueces tienen legitimación para ejercer control de constitucionalidad es una tarea ardua, mucho más lo es que la tengan los funcionarios administrativos. En rigor, todas las objeciones que el control de constitucionalidad ha recibido se potencian cuando pensamos en la posibilidad de que un funcionario administrativo que no ha sido elegido popularmente, y quizás, ni siquiera goza de estabilidad **(63)**, sea quien determine la aplicación de una ley, un decreto, u otra norma de alcance general. Si ha podido cuestionarse que la Corte Suprema está legitimada para controlar al Congreso o al propio presidente **(64)**, ¿cómo podemos justificar que pueda hacerlo, por ejemplo, un secretario de Estado, que, además, es un subordinado del Poder Ejecutivo?".

Por último, no podemos dejar de mencionar al uso de la técnica de la "Objeción de inconstitucionalidad" **(65)**, la cual consiste en que la Administración pública pueda dejar sentada su postura en cuanto a su invalidez constitucional, pero decida aplicarla al caso por entender que carece de competencia para declararla inconstitucional.

Esta postura, si bien resulta muy honesta intelectualmente, parecería poco prudente, para el caso de la Administración pública activa, pues en una eventual contienda judicial, podría generar graves inconvenientes a los abogados que tengan la representación para ejercer su defensa.

---

(61) SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, 4ª ed., t. 1, p. 233.

(62) BIANCHI, Alberto, "Control de Constitucionalidad", ob. cit., t. 1, p. 262.

(63) En cuanto a este argumento, que es uno más, pero no el más importante, me parece interesante reflexionar el tema de la "falta de estabilidad" de los funcionarios o agentes públicos, sea en puestos jerárquicos, o en puestos importantes sin jerarquía escalafonaria, pero que de alguna manera asesoran en asuntos de importancia. Esta situación, precaria, de inestabilidad de los agentes públicos (que hay en abundancia y que no es responsabilidad de un solo gobierno) conspira gravemente contra la independencia de criterios y la carrera administrativa (importantísima para nutrirse de empleados probos y técnicamente dotados) en función de que estos funcionarios al no tener la estabilidad consagrada en nuestra Constitución, terminan siendo funcionarios o agentes del gobierno de turno y no funcionarios de Estado como realmente deberían ser. No obstante, resulta claro que todo funcionario, haya ingresado, o no, por el gobierno de turno, debe acompañar las políticas públicas de ese gobierno, con el único límite de respetar el principio de juridicidad.

(64) En nuestro país, no se ha dado un debate doctrinario de importancia como en los Estados Unidos de América, pero ha habido algunos autores que se han preocupado por el tema, aun cuando la mayoría de ellos se han mostrado a favor del control judicial de constitucionalidad.

(65) En la causa "Pascuzzi, Miguel" (2005) dos vocales de la sala A del Tribunal Fiscal de la Nación, dejaron en claro las objeciones de orden constitucional. Se entiende que esta postura se dio en un tribunal que fue creado por ley y donde se le prohibió expresamente que sus sentencias contengan un pronunciamiento sobra la falta de validez constitucional. O sea, no se dio en el ámbito de la Administración pública activa.

Finalmente, en función de lo expuesto creemos que el fundamento más importante para que solo sea el Poder Judicial el que se encuentre habilitado para ejercer este control, es el equilibrio entre los diversos poderes del Estado, pues de otro modo, a la gran prerrogativa que detenta la administración pública a partir del principio de ejecutoriedad, le sumamos otra que es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y la más delicada de las funciones en un Estado de derecho (como tantas veces lo manifestaron nuestro tribunales de justicia), colocando al Poder Ejecutivo en una posición rayana a la suma del poder público que nuestros constituyentes originarios quisieron evitar al incluir el art. 29 de la CN **(66)**.

(66) BUTELER, Alfonso, "La interpretación de la Constitución en sede Administrativa", ob. cit. El art. 29 de la CN, proviene y tiene su fuente en una experiencia histórica e institucional del país —su fuente de inspiración no fue la Constitución Norteamericana— su causa tiene que ver con las facultades extraordinarias y la suma del poder público otorgadas a Juan Manuel de Rosas, elegido gobernador de la provincia de Buenos Aires entre 1829-1832 y 1835-1852. Es así que, bajo tal experiencia política, los redactores de la constitución de 1853 sancionada inmediatamente después de haber concluido aquella etapa histórica, escribieron en el art. 29, una declaración de defensa del sistema republicano consagrado en el art. 1º de la Ley Suprema.

Excesos en tiempos de pandemia: ¿hasta dónde llegan las competencias de los municipios correntinos en la emergencia sanitaria?

Guillermo P. Chas (*)

Paula N. Martin Blanco (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Limitaciones de la actuación municipal ante la pandemia: el caso testigo de Berón de Astrada.— III. Conclusión.

I. Introducción

Transcurrido más de un año desde que la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia a nivel global a consecuencia del virus SARS-CoV-2, la enfermedad del COVID-19 continúa causando estragos mundialmente y, en ese contexto, los gobiernos se ven obligados a diseñar e implementar medidas con el objetivo de evitar —o, cuanto menos, demorar— la propagación de una patología que si bien no se caracteriza por una elevada tasa de mortalidad, sí posee una velocidad de contagio que ha logrado poner en jaque la capacidad de respuesta de los sistemas de salud **(1)**, y aún más en zonas donde la infraestructura sanitaria es endeble y deficiente.

La naturaleza de este *enemigo*, que se propaga fácilmente por el mero contacto interpersonal, ha llevado a los Estados a imponer medidas restrictivas de derechos humanos fundamentales, tales como el derecho de ejercer el comercio, de reunirse y, más frecuentemente el de circular y transitar libremente, lo cual, con el correr del tiempo, ha sensibilizado a la ciudadanía y a la opinión pública e incluso ha ocasionado pronunciamientos de diversos organismos que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con el propósito de que la pandemia no se convierta en excusa para lesionar o suspender la vigencia del Estado de derecho y el respeto a los derechos y garantías consagrados en las constituciones y leyes de los distintos países y en los tratados e instrumentos internacionales que tutelan los derechos civiles, políticos y sociales de todos los ciudadanos.

En ese contexto, la naturaleza federal del Estado argentino y la existencia de atribuciones compartidas entre la Nación, las provincias y los

(*) Abogado graduado con diploma de honor por la Universidad Católica Argentina (UCA). Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y docente universitario (USAL/UCA). Es secretario de Coordinación y Asuntos Institucionales de la Municipalidad de Caá Catí (Corrientes).

(**) Abogada graduada con diploma de honor por la UCA y presidente de la Fundación Patria, Libertad y Constitución.

(1) "La OMS publica directrices para ayudar a los países a mantener los servicios sanitarios esenciales durante la pandemia de COVID-19" publicado en: https://www.who.int/es/news/item/30-03-2020-who-releases-guidelines-to-help-countries-maintain-essential-health-services-during-the-covid-19-pandemic.

municipios en materia de salud ha contribuido al surgimiento de situaciones conflictivas principalmente en lo que respecta a la implementación de medidas restrictivas de las libertades individuales.

Estas problemáticas se han repetido, con mayor o menor intensidad, a lo largo y a lo ancho del país, al punto de requerir la necesaria intervención de los tribunales de justicia para doblegar comportamientos abusivos y reestablecer el imperio de la ley. Además del *leading case* "Lee, Carlos Roberto c. Provincia de Formosa", fueron resonantes los casos "Maggi, Mariano c. Provincia de Corrientes" y "Sociedad Rural de Río Cuarto c. Provincia de San Luis", todos tramitados por ante la Justicia Federal, a consecuencia de restricciones a la circulación sobre el tránsito interprovincial que habían sido dispuestas unilateralmente por las autoridades de las jurisdicciones demandadas.

Por nuestra parte, en la provincia de Corrientes en particular, hemos sido y continuamos siendo testigos privilegiados de actos municipales que no solo adolecen de vicios severos que afectan su legalidad y constitucionalidad, sino que pueden configurar delitos previstos y penados en el Código Penal por parte de los funcionarios que los dictan y ejecutan.

Son varios los municipios correntinos que, amparándose en el contexto de emergencia sanitaria, han estado exigiendo la presentación de hisopados negativos para permitir el acceso a sus ejidos a personas que provienen de otras localidades de la provincia **(2)**, aun cuando la circulación interdepartamental ha sido expresamente autorizada por las autoridades federales y provinciales. De igual manera, otras comunas han estado imponiendo cuarentenas a sus habitantes, prohibiéndoles salir de sus domicilios aún sin tratarse de contactos estrechos ni de casos positivos de COVID-19 **(3)(4)**. También hubo localidades que decidieron prohibir el ingreso y egreso del tránsito en ciertos días u horarios **(5)**, o incluso impedir que sus residentes se trasladen a determinadas localidades **(6)**. Y todo ello ha estado sucediendo aun cuando las autoridades nacionales y provinciales garantizaron el libre tránsito interjurisdiccional sin otra exigencia que la tramitación de los certificados o permisos habilitantes dispuestos a tales efectos, al implementar el Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO) también conocido como Fase 5.

Para peor, otra práctica que se ha podido observar frecuentemente es que muchas de estas medidas han sido impuestas por los intendentes municipales, arrogándose atribuciones legislativas que no corresponden a los Departamentos Ejecutivos, o incluso han sido adoptadas por Comités de Crisis, que si bien no son, en su esencia, otra cosa que órganos consultivos creados ad hoc (e integrados por personas que muchas veces ni siquiera forman parte de los poderes constituidos del Estado municipal, como es el caso de funcionarios de los hospitales o comisarías locales), en la práctica se han

(2) Mediante una resolución del intendente, la comuna de Curuzú Cuatiá exige a quienes provengan de la vecina localidad de Monte Caseros la presentación de un hisopado negativo (https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2021-1-16-1-0-0-flexibilizacion-de-actividades-recreativas-en-itati-y-transito-entre-la-cruz-y-alrededores)

(3) Tal es el caso del municipio de Monte Caseros, que exige hisopados a quienes provengan de otras localidades con casos activos o, caso contrario, impone aislamiento preventivo por 14 días (https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2021-1-21-2-50-0-los-municipios-intentan-convivir-con-la-pandemia-y-regulan-medidas-en-los-ingresos)

(4) La municipalidad de Esquina impuso la cuarentena obligatoria a toda persona que ingresara al ejido municipal proveniente de las ciudades de Corrientes, Bella Vista o Paso de los Libres (https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2020-11-15-1-41-0-por-cuatro-nuevos-contagios-esquina-redujo-actividades-y-refuerzan-control-en-accesos).

(5) Mediante una resolución del intendente, la municipalidad de Santa Lucía prohibió ingresar y egresar de la localidad entre las 21 hs y las 6 hs (https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2021-1-23-1-0-0-covid-19-en-salada-s-un-paciente-se-reinfecto-y-en-santa-lucia-cierran-el-ingreso-nocturno.)

(6) La municipalidad de La Cruz prohibió a sus habitantes viajar a poblados cercanos donde había casos activos de COVID-19, como por ejemplo Yapeyú, Alvear, Guaviraví y Paso de los Libres (https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2021-1-16-1-0-0-flexibilizacion-de-actividades-recreativas-en-itati-y-transito-entre-la-cruz-y-alrededores)

arrogado competencias de legislación, ejecución o fiscalización de medidas que exceden ampliamente el único ámbito válido de actuación en el que les correspondería desenvolverse, que no es más que el de asesorar o brindar consejo a las autoridades municipales competentes.

De igual manera, un significativo número de estas decisiones de las autoridades locales no suelen estar publicadas en ningún instrumento de difusión y publicidad de los actos de gobierno, aun cuando su publicación en el Boletín Oficial municipal —o en el provincial, en su defecto— es un requisito esencial para la validez de los actos del gobierno local **(7)**.

Estos excesos e irregularidades en el ejercicio del poder municipal han proliferado con la pandemia del mismo modo que lo hace el yuyo después de la lluvia, poniendo contra las cuerdas al Estado de derecho y dando lugar a comportamientos más propios de las épocas feudales que de los tiempos que corren, lo que nos lleva a preguntarnos: ¿hasta dónde llegan las competencias de los municipios correntinos en el marco de la emergencia sanitaria?

Para responder a este interrogante, nuestro trabajo se abordará a través del análisis de hechos concretos que tuvieron lugar a fines del pasado mes de noviembre en la localidad correntina de Berón de Astrada, un Departamento de casi 3.000 habitantes ubicado a 151 kilómetros de la capital provincial, el cual nos servirá como referencia para exponer las diversas aristas que deben ser tenidas en cuenta para resolver el cuestionamiento planteado.

Ese caso testigo cobró relevancia a nivel provincial, al acaparar la atención no solo de los principales medios de comunicación sino también del Poder Judicial provincial, en el marco de acciones de hábeas corpus que fueron entabladas por distintos residentes de la localidad y que, en cuestión de días, llegaron hasta los estrados del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, el cual ordenó a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Electoral resolver el fondo de la cuestión.

(7) Ley 6.042 de la provincia de Corrientes, art. 18.

Dicho órgano pronunció dos sentencias contundentes que —en la misma línea de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Lee c. Provincia de Formosa"— ordenaron a las autoridades municipales cesar con las restricciones impuestas por ser irrazonables, desproporcionadas y contrarias a los principios constitucionales y convencionales que deben orientar la actuación estatal en el contexto actual.

II. Limitaciones de la actuación municipal ante la pandemia: el caso testigo de Berón de Astrada

Entre fines de noviembre y principios de diciembre de 2020, el Departamento Ejecutivo Municipal de Berón de Astrada dictó cuatro resoluciones —57/2020, 58/2020, 59/2020 y 60/2020— a través de las cuales se impusieron un cúmulo de medidas que, según surge de los considerandos de tales normas, fueron instrumentadas con el propósito de hacer frente a la pandemia por COVID-19.

El grueso de tales medidas consistió, principalmente, en restricciones a la libertad ambulatoria no solo de los habitantes astradeños sino también de otras localidades del Taragüí que pretendieran ingresar, transitar y egresar del territorio sometido a la jurisdicción de esa municipalidad, entre las cuales pueden destacarse las siguientes:

1. La obligación de contar con una autorización de la municipalidad para poder ingresar a la localidad, la cual solo sería concedida para ir a los lugares autorizados por las autoridades municipales (comisaría, Juzgado de Paz, municipalidad, hospital y entidades bancarias), y en los días y horarios fijados en la resolución (de lunes a viernes, de 8 a 22 horas), quedando de este modo vedado el ingreso y tránsito al resto de las personas que pretendieran ingresar o transitar por cualquier otra razón, ni siquiera para circular de un extremo a otro de la ruta provincial 15 que atraviesa la localidad **(8)**.

2. La prohibición de salir de la localidad, impuesta a todos sus residentes, para dirigirse a otras zonas de la provincia que tuvieran casos

(8) Art. 5, res. 57/2020 del Departamento Ejecutivo Municipal de Berón de Astrada.

activos de COVID-19, pudiendo hacerlo únicamente por razones de salud para lo cual debían obtener autorización del municipio presentando un turno médico que justificara la solicitud **(9)**.

3. La prohibición de salir de la localidad para hacer trámites o compras en la Ciudad de Corrientes, complementada por la prohibición de reingresar a la localidad en caso de egresar del ejido municipal por esas razones, impidiendo incluso el regreso al propio domicilio.

4. La prohibición total de acceder al ejido municipal los fines de semana, que se imponía a toda persona que proviniera desde municipios con casos activos de COVID-19, aun cuando el turismo interno se encontraba expresamente habilitado por disposición del Gobierno provincial **(10)** para los residentes de todos los municipios correntinos.

5. La obligación de obtener un hisopado con resultado negativo para COVID que se le exigía a todo residente de Berón de Astrada que hubiera ido a otra localidad a trabajar y pretendiera reingresar al ejido municipal para regresar a su domicilio **(11)**.

6. La obligación de permanecer aislados y sin salir de su domicilio por el plazo de 14 días, que se le exigía a los residentes de la localidad que trabajaran fuera ella y regresaran a sus casas en sus días de descanso, presuponiendo que todo el que se dirigía a otra localidad se convertía automáticamente en caso sospechoso, aún sin tener síntomas ni ser contacto estrecho de un caso positivo, ignorando de este modo la definición de casos sospechosos **(12)** establecida por las autoridades sanitarias competentes del gobierno nacional y provincial. Peor aún, la exigencia de aislamiento domiciliario se extendía a todo el grupo familiar conviviente de la persona que regresara a la localidad, quienes también debían encerrarse por 14 días sin salir de su casa.

7. La exigencia de hisopado negativo a toda persona que pretenda ingresar al ejido municipal proviniendo de otras localidades de la provincia que tengan casos activos de COVID-19, requisito que se adicionaba a la tramitación de una autorización previa para ingresar establecida en la res. 57/2020 **(13)**.

De la mera lectura de las mencionadas restricciones, surge de modo evidente la falta de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad en las medidas aplicadas por el municipio, cuestión que analizaremos más detenidamente *a posteriori*.

Previo a ello, nos centraremos en otros aspectos de estas políticas adoptadas por las autoridades municipales astradeñas que nos servirán para dar respuesta a la pregunta que nos hiciéramos al comenzar este trabajo respecto a cuáles son los límites que encuentran los municipios de la provincia de Corrientes a la hora de implementar políticas públicas a nivel local para hacer frente a la pandemia que nos azota.

II.1. La supremacía constitucional y las facultades concurrentes

La existencia de facultades concurrentes entre el Estado nacional, las provincias y los municipios no resulta ilegítima en sí misma, sino que, en verdad, es una característica típica del ejercicio del poder de policía en el marco de la forma de estado federal adoptada por nuestra Constitución **(14)**.

Pero, si el ejercicio de estas facultades concurrentes deriva en una superposición de los diversos órdenes estatales sobre una misma temática, y este solapamiento lesiona los derechos de los ciudadanos, ese supuesto sí resulta

(9) Art. 6, res. 57/2020 del Departamento Ejecutivo Municipal de Berón de Astrada.

(10) Dec. 1169/2020 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes.

(11) Art. 2, res. 58/2020 del Departamento Ejecutivo Municipal de Berón de Astrada.

(12) El DEM de Berón de Astrada ha hecho caso omiso a los criterios fijados por las autoridades sanitarias nacionales para definir los casos sospechosos de COVID-19. Tales criterios pueden consultarse en https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19/definicion-de-caso, lo que pondrá de manifiesto el desapego del municipio correntino a los parámetros dispuestos por las autoridades competentes.

(13) Art. 2, Resolución 60/2020 del Departamento Ejecutivo Municipal de Berón de Astrada.

(14) Las facultades concurrentes encuentran anclaje en el juego armónico de los art. 1, 75 y 125 de la CN.

antijurídico y hace proceder el control judicial. La razón está dada por el principio de supremacía constitucional —pirámide kelseniana— que surge del art. 31 de la Constitución nacional.

Por ese motivo es que, en caso de conflicto en el ejercicio de facultades concurrentes, lo dispuesto por una provincia o un municipio debe ceder si colisiona con las medidas adoptadas en la misma materia por las autoridades federales, ya que justamente de eso se trata el mencionado principio de supremacía.

Un antiguo precedente jurisprudencial de lo antedicho se encuentra en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos pronunciada en "Mc Culloch v. Maryland" **(15)** y luego reiteradamente sostenido por la CS, que ya en 1957, en el fallo "Giménez Vargas c. Provincia de Mendoza", afirmó: "(...) de plantearse un conflicto entre normas dictadas por las provincias y la Nación, para dirimirlo es necesario, en primer lugar, preguntarse a qué jurisdicción corresponde la facultad de regulación sobre esa cuestión (...) seguidamente, en caso de que se trate de asuntos que se encuentran sujetos a un poder de policía concurrente, el conflicto debe resolverse mediante un criterio jerárquico, conforme al orden establecido en el art. 31 de la CN, que hace prevalecer la norma federal" **(16)**.

En ese contexto, y regresando al caso testigo bajo análisis, observamos que las normas restrictivas de la libertad ambulatoria dictadas por el Ejecutivo municipal en el marco de la pandemia contradijeron lo dispuesto por la Nación y la provincia respecto a esa misma cuestión, violando uno de los límites que encuentran las comunas correntinas a la hora de ejercer sus facultades concurrentes en materia de salud.

¿Por qué ocurre eso? Veamos:

Por un lado, la Constitución provincial dispone que la competencia municipal de dictar ordenanzas o resoluciones sobre salubridad pública debe respetar el ejercicio de las facultades concurrentes de la Nación y de la provincia en el caso de que se encuentren comprometidos el interés nacional y provincial **(17)**, lo que a todas luces ocurre en este contexto de pandemia.

Por el otro, la Carta Orgánica municipal del municipio en cuestión, siguiendo el mandato constitucional que no puede contradecir, establece que "el municipio deberá ejercer su competencia propia en forma concurrente con la provincia y la Nación, dentro del marco de la Constitución provincial, la Constitución nacional y las Leyes que en su consecuencia se dicten, con referencia a: (...) salud" **(18)** y que "son atribuciones y deberes del municipio (...) dictar ordenanzas sobre (...) salubridad pública, sin perjuicio del ejercicio de las facultades concurrentes de la Nación y de la provincia, cuando se encuentre comprometido un interés nacional o provincial" **(19)**. En definitiva, la carta magna municipal recepta de manera expresa el principio de supremacía constitucional que de todos modos resultaría aplicable, aún si la ley fundamental local no se expidiera al respecto.

Es decir que tanto la nación, como la provincia y el municipio, pueden dictar medidas para hacer frente a la pandemia que nos aqueja, pero las disposiciones que fueron dictadas por los niveles superiores del Estado configuran límites que los niveles inferiores no pueden contradecir.

A lo largo del último año, el contexto de pandemia llevó a que planteos como el que aquí desarrollamos proliferaran en los Tribunales, dando lugar a la construcción de jurisprudencia íntimamente relacionada y de gran valor para el propósito de este estudio.

El 26/03/2020, tan solo seis días después de la entrada en vigencia del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), la Fiscalía General de la provincia de Córdoba dictaminó que "en el marco de la supremacía constitucional prescripta por el art. 31 de la Carta Magna nacional (...) los municipios carecen de facultades para

(15) SCOTUS, 17 U.S. 316, 1819.

(16) CS, Fallos 239:343.

(17) Constitución de la Provincia de Corrientes, art. 225, inc. 6, subinc. b.

(18) Carta Orgánica Municipal de Berón de Astrada, art. 22, inc. 2.

(19) Carta Orgánica Municipal de Berón de Astrada, art. 21, inc. 5, subinc. a.

establecer restricciones mayores y/o de otra índole o tenor que las prescriptas en normativa nacional y provincial pertinente, ni para impedir el ingreso o egreso de su ejido (...) Un actuar contrario (...) deviene susceptible de enmarcar en un ejercicio abusivo de las facultades locales y su correspondiente tipificación penal" **(20)**.

A mediados del mes de abril fue el turno de la justicia de la provincia del Chubut, en el marco de una causa de hábeas corpus que fue iniciada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, por excesos cometidos por las autoridades locales a la hora de disponer medidas sanitarias debido a la pandemia, donde se requirió a "las autoridades locales adecuarse a las normas nacionales y abstenerse de cercenar aún más la libertad ambulatoria de los ciudadanos" **(21)**.

En este estado de las cosas debe recordarse que, desde el pasado 07 de junio, cuando el presidente de la Nación dictó el dec. 520/2020, todos los Departamentos de la provincia de Corrientes quedaron fuera de las severas restricciones a la circulación **(22)** que habían sido impuestas desde el 20 de marzo por el DNU 297/2020 que implementó el ASPO.

Al así disponer, los férreos condicionamientos a la libertad ambulatoria establecidos excepcionalmente como medida de lucha contra el COVID-19 cesaron, regresando a la situación ordinaria donde la libertad ambulatoria es la regla y no la excepción.

De igual manera, a través de ese mismo acto, el presidente delegó en los gobernadores de las provincias la potestad de reinstaurar ciertas restricciones a la libertad de circulación, en caso de que se verificaran razones epidemiológicas fundadas que lo hicieran necesario **(23)**.

Sin embargo, a los municipios no se le confirieron potestades equivalentes ni en el citado DNU ni en el dec. 880/20 a través del cual el gobierno provincial adhirió y complementó esas disposiciones. Por esta razón los intendentes municipales correntinos no quedaron facultados para hacer lo que sí se les fue permitido a los gobernadores a consecuencia de las disposiciones nacionales.

En definitiva, tanto la posibilidad de limitar la circulación por zonas (coloquialmente "bajar de fase"), como la potestad de disponer aislamientos preventivos en domicilios [siempre mediando razones epidemiológicas y solo para casos de circulación interprovincial pero no intermunicipal, o bien para quienes sean casos positivos o sospechosos de acuerdo al criterio fijado por el Ministerio de Salud de la Nación **(24)**] quedaron en cabeza de los gobernadores en virtud de una norma del nivel superior del Estado, que dotó a estos funcionarios de tal poder, pero no así a las autoridades municipales.

En el caso testigo, lo que sucedió fue que las autoridades federales, en ejercicio de las competencias concurrentes de salud, al decidir acerca de la continuidad o levantamiento de las restricciones a la libertad ambulatoria que venían aplicándose como medida de contención de la pandemia, decidieron liberar la circulación interdepartamental en la provincia de Corrientes (sin exigir permisos ni autorizaciones municipales, ni requerir hisopados a quienes transitaran de un departamento a otro, ni mucho menos ordenando aislamientos a aquellos que trabajaran en un municipio y residieran en otro) de modo tal que las limitaciones a la circulación impuestas por el DEM configuraron una colisión con las normas superiores y, consecuentemente, conculcaron la supremacía del art. 31 de nuestra Carta Magna.

En resumen: estando en una etapa de abordaje de la pandemia en la cual la Nación y la provincia resolvieron que la libertad ambulatoria entre todos los Departamentos de Corrientes (y dentro de cada uno de ellos) no se encontraba restringida en virtud de medidas sanitarias por COVID-19, eliminando las restricciones a la libertad ambulatoria del aislamiento (ASPO)

(20) Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba, Instrucción General 01/2020

(21) Secretaría de Derechos Humanos de la Nación s/ hábeas corpus preventivo colectivo, Oficina Jurisdiccional Rawson, Chubut, Exp. 21105/20 del 20/04/2020.

(22) DNU 520/20 del Poder Ejecutivo nacional (PEN), art. 3.

(23) DNU 520/20 PEN, art. 4.

(24) DNU 520/20 PEN, art. 20.

y reemplazándolas por medidas de distanciamiento social (DISPO o Fase 5), el Ejecutivo municipal de Berón de Astrada impuso restricciones municipales iguales o incluso más gravosas que las que rigieron durante la vigencia de las Fases 1, 2, 3 y 4 (Aislamiento Social o ASPO), entrando en franca colisión con las medidas establecidas al respecto por los niveles superiores del Estado, que a esa altura de las cosas, bajo fundamentos consignados en las normas respectivas, determinaron que esas restricciones ya no eran las apropiadas para hacer frente a la situación sanitaria en curso.

De esta manera no solo consideramos que se lesionó la supremacía constitucional, sino también el principio de buena fe federal —desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Telefónica c. municipalidad de General Güemes"— en virtud del cual, en el juego armónico de facultades, debe evitarse que los Estados subnacionales abusen del ejercicio de las competencias concurrentes **(25)**.

II.2. La división republicana de poderes

Otra práctica que a pesar de su inconstitucionalidad se ha repetido en varios municipios desde el comienzo de la emergencia sanitaria —y no solo en la provincia de Corrientes— tiene que ver con el hecho de que las normas que imponen conductas generales a la población han sido dictadas por los Departamentos Ejecutivos, a pesar de tratarse de disposiciones de claro carácter legislativo **(26)**, que como tales son leyes en sentido material, pero que no han emanado de los órganos creados por la Constitución provincial para legislar a nivel municipal: los Concejos Deliberantes **(27)**.

En el caso sometido a análisis, dicha situación se observa de manera manifiesta corroborándose que las medidas impuestas a la comunidad han sido instrumentadas bajo la figura de resoluciones dictadas por el intendente. Ello constituye una clara intromisión del Poder Ejecutivo municipal en la zona de reserva del Concejo Deliberante **(28)**, pretendiendo el titular de la rama ejecutiva ejercer el poder de policía que es propio de los órganos legislativos (a diferencia de la policía administrativa, que sí corresponde a los Departamentos Ejecutivos) **(29)**.

Así, la autoridad municipal atenta contra la división de poderes del sistema republicano violando flagrantemente un límite impuesto por la Constitución nacional, provincial y la Carta Orgánica local, para el ejercicio del poder del Estado a nivel municipal.

Ello atento a que la máxima ley correntina, siguiendo los preceptos federales **(30)**, obliga a los municipios a asegurar el régimen republicano **(31)** y, en consecuencia, establece que el gobierno municipal está a cargo de un Departamento Ejecutivo y un Departamento Legislativo **(32)**, estructurando de este modo la división de poderes —y la consecuente distribución de funciones— típica de esa forma de gobierno.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de las municipalidades establece que es competencia de los Concejos Deliberantes establecer y reglamentar medidas sanitarias de prevención de

(25) Fallos 340:1695 y 342:1061.

(26) MALAVOLTA, V. "El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia", SAIJ id: DACF200078.

(27) Constitución de la Provincia de Corrientes, art. 220, párr. 5.

(28) El art. 155 de la Carta Orgánica Municipal de Berón de Astrada establece, entre las competencias del Departamento Legislativo, la potestad de dictar ordenanzas que creen reglas generales obligatorias que deban ser cumplidas por los vecinos o transeúntes de la ciudad. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, es el DEM el que dicta este tipo de reglas generales obligatorias para todos los vecinos y transeúntes, y no el HCD.

(29) Dice Julio Durand en su obra: Sobre los conceptos de 'policía' y 'poder de policía': comentario al dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes, 250:65)" que: "poder de policía es la potestad del Estado, atribuida al Poder Legislativo, para dictar leyes que impongan restricciones a los individuos, por razones de interés público, reglamentando los derechos reconocidos en la Constitución" en tanto que "la expresión policía administrativa designa cierta forma de actividad de la administración consistente en asegurar la aplicación de las reglamentaciones dictadas en ejercicio del poder de policía".

(30) CN, art. 5 y 123.

(31) Constitución de la Provincia de Corrientes, art. 219.

(32) Constitución de la Provincia de Corrientes, art. 220.

enfermedades, adoptando criterios racionales, con asesoramiento adecuado y en consonancia con las políticas públicas provinciales y nacionales **(33)**.

Esta disposición resulta aplicable supletoria e interpretativamente para todos los municipios correntinos **(34)** incluyendo al que se encuentra siendo analizado en este trabajo, considerando especialmente que la Carta Orgánica municipal de Berón de Astrada no regló de manera expresa qué órgano local ejerce la atribución de establecer medidas sanitarias de prevención de enfermedades (aunque, de la lectura armónica de sus cláusulas, podemos concluir que corresponderían al HCD, en idéntico sentido que el consagrado por la referida Ley Orgánica de municipalidades).

Corresponde mencionar que, en el caso del municipio de Berón de Astrada, este límite podría haberse salteado válidamente recurriendo a un mecanismo excepcional que posee vasta recepción en las Cartas Orgánicas municipales correntinas: la resolución ad-referéndum. Esta herramienta no es otra cosa que un equivalente local de los DNU previstos entre las atribuciones presidenciales en la Constitución nacional. Sin embargo, los actos dictados por el intendente local no revistieron tal carácter ni cumplieron con los preceptos que la máxima ley municipal fija para ese tipo de resoluciones **(35)**, conculcando con sus actos la limitación que impone la división republicana de poderes.

II.3. La reglamentación de derechos fundamentales

En línea con lo expuesto en el acápite precedente, cuando las medidas que pretenden imponerse por razones sanitarias conllevan la restricción de derechos humanos fundamentales, entra en escena un nuevo condicionamiento que limita las potestades del Estado, incluyendo obviamente a los municipios.

Este límite emana del juego armónico del art. 14 de la CN, que establece que los derechos en ella reconocidos se ejercen conforme a la reglamentación que surja de la ley; y el art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica, que postula que la restricción de los derechos de raigambre convencional solo puede ser concretarse por medio de leyes formales.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho expresamente que “solo la ley formal tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención” toda vez que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” **(36)**.

En nuestro ordenamiento, las leyes formales son las que dicta el Congreso a nivel nacional; o bien las Legislaturas, en el caso de las provincias; o los Concejos, en el ámbito de los municipios **(37)**. A su vez, también se consideran leyes formales a los DNU, por estar equiparados a las leyes del Poder Legislativo en los términos del art. 99 inc. 3 de la CN, y lo mismo aplica para mecanismos equivalentes autorizados a los Ejecutivos provinciales y municipales en las respectivas normas constitucionales de los respectivos niveles inferiores del Estado.

Así las cosas, la ley formal constituye el único modo válido para restringir derechos fundamentales —en el marco de nuestro derecho constitucional y convencional— como es el caso

(33) Ley 6.042 de la Provincia de Corrientes, art. 70 inc. 23.

(34) Ley 6.042 de la Provincia de Corrientes, Art. 1: "La presente Ley será aplicable a los municipios que carezcan de Carta Orgánica y en los que la tuvieran regirá en materias no regladas o con carácter supletorio e interpretativo y como base común del derecho público municipal de la Provincia de Corrientes (...)".

(35) Carta Orgánica Municipal de Berón de Astrada, art. 190 inc. 20.

(36) Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86.

(37) La CS ha afirmado, en reiteradas oportunidades, que las ordenanzas emanadas de los Concejos Deliberantes municipales son verdaderas leyes en sentido formal y material. Véase "Promenade SRL c. Municipalidad de San Isidro" (Fallos 312:1394) y "Cablevisión SA c. Municipalidad de Pilar" (Fallos 329:976).

de la libertad ambulatoria. Por ello es por lo que las medidas de Aislamiento y Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio, fijadas por las autoridades nacionales (competentes) a través de un DNU (ley formal), han tenido validez constitucional.

Por el contrario, que un intendente municipal, a través de un mero acto de la administración (resolución) pretenda imponer este tipo de restricciones a un derecho fundamental —como es el caso de la libertad ambulatoria— resulta absolutamente violatorio del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país: no solo por atentar contra la división de poderes, como ya se ha explicado, sino también por arrogarse atribuciones que la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos le reservan expresamente a los órganos legislativos.

De esta forma, aún ante la excepcionalidad de la pandemia con la que nos toca convivir, los municipios pueden (y deben) establecer medidas acordes que contribuyan a luchar contra este flagelo, pero tienen la obligación de hacerlo respetando el marco convencional, constitucional y legal propio de nuestro Estado de derecho.

Porque, como ha dicho la jurisprudencia, la emergencia no suspende la vigencia de la Constitución **(38)**, ni hace nacer poderes y competencias que nunca existieron **(39)**, de modo tal que todas esas medidas deben ser siempre respetuosas de la ley y de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos debido a que, en contextos de emergencia, las autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos **(40)**.

II.4. Pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en el mes de abril pasado, sostuvo que "los esfuerzos para contener la pandemia deben hacerse bajo un enfoque de derechos humanos (...) las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" **(41)**. Es decir, que a la pandemia se la debe enfrentar respetando los principios de legalidad **(42)**, proporcionalidad y razonabilidad **(43)**.

En esa misma tónica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con respecto al abordaje de la pandemia, resolvió que "todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple el respeto al Estado de derecho (...) aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos —tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad— dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno" **(44)**.

De lo expuesto surgen diversos límites a las competencias municipales que ameritan ser estudiados con mayor detenimiento.

En primer lugar, la exigencia de criterios científicos como condición para disponer medidas que restrinjan el ejercicio de los derechos humanos configura, en la práctica, una limitación significativa para la actuación municipal a la hora de disponer medidas contra la pandemia. Ello se debe a que los Comités de Crisis de la amplia mayoría de los municipios correntinos, órganos consultivos que asesoran a las autori-

(38) "Russo" (Fallos 243:467), "Guida" (Fallos 323:1566).

(39) SCOTUS. Wilson v. New, 243 U.S. 332, 348 (1917).

(40) CS 353/2020/CS1, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza".

(41) Corte IDH, declaración 1/20, 09/04/20. "COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales".

(42) CN, art. 18.

(43) CN, art. 28.

(44) CIDH, res. 1/2020, art. 3, inc. g.

dades locales a la hora de establecer políticas de abordaje de la epidemia, generalmente no tienen entre sus miembros a ningún tipo de especialista en epidemiología.

Por este motivo puede inferirse que todo alejamiento de los criterios epidemiológicos nacionales o provinciales encontrará dificultades para cumplir con el requisito de cientificidad antes expuesto: en definitiva, a diferencia de la mayoría de los municipios correntinos, tanto el Gobierno nacional como el Gobierno de la provincia sí cuentan con áreas profesionales de epidemiología que intervienen a la hora de fijar las políticas públicas aplicables, y, si los municipios adolecen de tales especialistas, será difícil que puedan justificar científicamente cualquier apartamiento de los criterios fijados por las autoridades de la provincia y de la Nación que sí cuentan con el debido asesoramiento técnico.

Ello se evidencia en el caso testigo que hemos venido utilizando a lo largo del presente estudio: las restricciones a la libertad ambulatoria fijadas por el Departamento Ejecutivo astradeño como medidas para la lucha contra la pandemia no solo no encuentran respaldo en pronunciamiento o recomendación alguna de autoridad sanitaria competente del orden federal o provincial, sino que tampoco se observan fundamentos científicos y epidemiológicos suficientes en los considerandos de las resoluciones municipales que las disponen. Si bien es cierto que todas estas normativas locales mencionan que se ha dado intervención al Comité de Crisis, no es menos cierto que, en dicho órgano ni siquiera hay epidemiólogos o médicos, sino simplemente una odontóloga y un enfermero **(45)**.

Por otra parte, los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad también configuran un límite concreto a las competencias de los municipios del Taragüí, ya que permiten someter a las medidas locales a una revisión de su oportunidad y mérito para evitar la arbitrariedad **(46)**, poniendo a los habitantes de las comunas a resguardo frente a eventuales abusos por parte de las autoridades locales.

A título ilustrativo puede mencionarse la obligación de hisopado negativo requerida por la comuna de Berón de Astrada a toda persona que provenga de Departamentos con casos activos de COVID-19, incluso desde localidades donde no hay circulación comunitaria y la trazabilidad epidemiológica se encuentra controlada, lo que constituye un claro ejemplo de irrazonabilidad y desproporción.

Más aún si consideramos que el Ministerio de Salud Pública, en las localidades sin circulación viral comunitaria, solo hace hisopados gratuitos a casos sospechosos (sintomatología compatible con la enfermedad o contactos estrechos de casos positivos), lo que obliga a que el cumplimiento de la exigencia municipal implique una erogación no inferior a los 2.000 pesos cada vez que se deba ingresar a la localidad, lo cual se torna constante en residentes y también en transeúntes habituales.

Al aplicar esta restricción tampoco se consideraban criterios sanitarios científicos, ya que se pretendía hisopar a mansalva, debiendo el ciudadano afrontar el costo de los testeos, sin que siquiera exista un motivo razonable para presumir que esas personas pudieran estar infectadas. Sujetos que viven en Berón de Astrada y trabajan fuera, como es el caso de transportistas, policías, penitenciarios y otros tantos, que salen de la localidad y regresan luego en varias oportunidades cada mes, deberían invertir gran parte o quizás todo su sueldo solo para pagar hisopados, aún si se tratara de personas que no encuadran dentro de los requisitos fijados para sindicarlos como casos sospechosos.

Otro ejemplo de limitación de la libertad ambulatoria que tampoco cumple con los principios de razonabilidad y proporcionalidad es aquella que consiste en el aislamiento obligatorio quincenal exigido por el municipio a todo residente (y su grupo familiar) por el mero hecho

(45) Según surge de los considerandos y las firmas de las Resoluciones municipales citadas a priori.

(46) Sobre el control judicial de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas véase el artículo "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", de autoría de Juan Carlos CASSAGNE, disponible en http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial,.pdf

de trabajar en otra localidad, el que se imponía cuando el trabajador regresaba a su domicilio.

En el supuesto de trabajadores que debían ingresar y egresar de la localidad con frecuencia, tal el caso ya citado de policías o penitenciarios, sus familias también se veían conminadas a permanecer encerradas en sus domicilios por tiempo indeterminado, debido a que el trabajador volvía antes de que se cumplieran los catorce días de aislamiento generados por su anterior ingreso, poniendo el *contador familiar en cero* cada vez que regresaba a su domicilio. Esto, obviamente, implicaba severas restricciones a otros derechos constitucionales más allá de la libertad ambulatoria: por ejemplo, el derecho a trabajar, ya que los miembros del grupo familiar se veían forzados a permanecer confinados en sus domicilios de manera desproporcionada e indeterminada, sin poder salir siquiera para cumplir con sus quehaceres laborales.

Y debe mencionarse también la falta de temporalidad en las medidas: a contramano de los continuos y sucesivos levantamientos de las restricciones a la libertad ambulatoria dispuestas a nivel nacional y provincial, incluso en zonas con casos activos y circulación comunitaria, esta localidad establece restricciones a la libertad ambulatoria todavía más estrictas y gravosas que las que rigieron al principio de la lucha contra la pandemia, y ni siquiera son limitadas en el tiempo: a diferencia de la provincia y la Nación, que han venido estableciendo la vigencia de sus normas pandémicas por plazos determinados que oscilaron entre los 7, 14, 21 o 28 días en la mayoría de los casos, las resoluciones del municipio no prefijaban ningún límite temporal al dictarlas, estando vigentes indefinidamente y hasta tanto fueran eventualmente derogadas por contrario imperio.

Varios de los argumentos desarrollados en los párrafos precedentes fueron atendidos por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Electoral, que se pronunció respecto a los hechos que tuvieron lugar en el municipio protagonista de nuestro caso testigo al dictar sentencia en las causas "Colman, Gustavo s/ hábeas corpus" **(47)** y "Frey, Adrián s/ hábeas corpus" **(48)**, donde se revocaron las sentencias del inferior ordenando a la municipalidad de Berón de Astrada cesar inmediatamente en las restricciones a la libertad ambulatoria impuestas por esa comuna correntina, debiendo limitarse a exigir el Certificado Único Habilitante de Circulación COVID-19 dispuesto por las autoridades nacionales como único requisito para permitir la libre circulación desde y hacia la localidad.

III. Conclusión

La situación excepcional que se ha desatado a causa del virus SARS-CoV-2, por más inusitada y compleja que resulte, no da piedra libre a los gobiernos para actuar ignorando ni desestimando el marco normativo que encuadra su accionar dentro del Estado democrático de derecho.

A diferencia de lo que ocurre con el accionar de las autoridades nacionales y provinciales frente a la pandemia, en definitiva dos jurisdicciones cuyos actos se tornan fácilmente conocibles y escrutables a través de sus boletines oficiales y del seguimiento que hacen los medios de comunicación y la prensa, el control de las medidas municipales se dificulta en la práctica a consecuencia de distintos factores: no solo la gran cantidad de Estados de este nivel que coexisten en la provincia de Corrientes —74 plenamente constituidos actualmente— sino especialmente la falta de mecanismos de publicidad para sus actos de gobierno, complejiza el control de sus medidas por parte de la ciudadanía, el tercer sector y, eventualmente, la justicia.

En este contexto, se ha generado un caldo de cultivo que resultó propicio para la proliferación de medidas que restringen derechos fundamentales de los habitantes de esas localidades —y, en ciertos casos, también de otros municipios de la provincia— a pesar de no tener un claro anclaje técnico científico que justifique su razonabilidad, proporcionalidad, necesidad ni oportunidad para hacer frente a la propagación del COVID-19.

La existencia de límites a la actuación municipal en el marco de la emergencia sanitaria

(47) Cámara en lo Contencioso Administrativo y Electoral de la Ciudad de Corrientes, Expediente Z02 2205/20.

(48) CContenciosoAdministrativoyElectoral., Corrientes, expte. Z02 2206/20.

es clara y deja en evidencia el surgimiento de conductas contrarias al ordenamiento jurídico que no pueden ser justificadas en la excepcionalidad de la situación. Si bien es cierto que las circunstancias excepcionales permiten la adopción de medidas igualmente excepcionales, eso no implica que se supriman o suspendan los derechos, declaraciones y garantías constitucionales, ni mucho menos que los municipios puedan actuar por fuera de los andariveles fijados por el ordenamiento jurídico vigente.

Por el contrario, el accionar de los funcionarios municipales debe ser analizado a la luz de las normas aplicables recordando que la administración pública constituye un bien jurídico que se encuentra protegido incluso respecto de los actos de sus propias autoridades.

En ese sentido, el Código Penal argentino prevé, en su art. 249, penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos para los funcionarios públicos que dictaren o ejecutaren resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o las leyes nacionales o provinciales, acción típica que claramente se manifiesta en el caso concreto sometido a análisis y en todos los actos análogos dispuestos a mansalva por numerosas autoridades municipales de nuestra provincia en los últimos tiempos.

Por su parte, debe tenerse en cuenta que aquí ni siquiera discutimos la eventual eficacia o ineficacia de las medidas dispuestas por los municipios, sino que nos limitamos a expedirnos sobre su legalidad y legitimidad.

Porque, aún si las disposiciones municipales analizadas fueran útiles para hacer frente a la pandemia —algo que de todos modos nos genera dudas dada la ausencia de evidencia científica que las respalde y la falta de correlación entre su implementación y la evolución de casos activos en las respectivas localidades—, la realidad es que no por ser eficaces quedarían exentas del control legal.

Valga un ejemplo exagerado pero acertado para ilustrarlo: si un Estado resolviera confinar a todos los casos positivos y contactos estrechos en predios destinados a tales efectos para evitar que circulen y contagien a los demás, privándolos de su libertad e impidiéndoles circular hasta tanto mueran o se curen, podría esperarse que la cantidad de enfermos disminuya.

Pero como el fin no justifica los medios, no basta con que la medida sea conducente a evitar la proliferación de la enfermedad ni a mitigar las consecuencias de la pandemia. Además de útiles, las decisiones adoptadas por todo nivel del Estado deben ser respetuosas de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico y el funcionamiento de las instituciones democráticas de gobierno.

Los municipios correntinos, en su condición de Estados, encuentran límites concretos a los que deben adecuar su proceder en el contexto de la emergencia sanitaria para no caer en excesos que se encuentran al margen de su marco de competencias y que pueden ocasionar no solo responsabilidad por parte del Estado municipal sino también responsabilidad penal para aquellos funcionarios que materialicen esos abusos.

El Gobierno provincial, posiblemente a través de su Ministerio de Coordinación y Planificación, debería adoptar medidas tendientes a garantizar el buen funcionamiento institucional de los municipios, recordando que la autonomía municipal no es ilimitada ni equivale a soberanía, ni puede significar el desconocimiento de las políticas públicas y medidas adoptadas por los niveles superiores del Estado en el ejercicio de facultades concurrentes.

En la misma línea, el Ministerio Público debería tomar cartas en el asunto e instar a la acción penal ante la existencia de comportamientos estatales contrarios a derecho que, hoy por hoy, revisten público conocimiento.

Las competencias municipales en el marco de la emergencia sanitaria no son absolutas ni ilimitadas: encuentran fronteras dadas por los principios de supremacía constitucional, razonabilidad, legalidad y proporcionalidad, como así también por las reglas constitucionales y legales que rigen a las instituciones de nuestro sistema republicano y federal.

Responsabilidad de los directores y del oficial de cumplimiento en el sistema nacional de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo

Causales exculpatorias de responsabilidad

Matías M. Mendy

Sumario: I. Introducción.— II. Recomendación GAFI N.º 35 y su impacto a nivel nacional.— III. Aspectos del Régimen Administrativo Sancionador de la UIF con impacto directo en la responsabilidad de las personas físicas que integran el órgano de administración del sujeto obligado.— IV. Causales de eximición de responsabilidad en el Régimen de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad de los directores y del oficial de cumplimiento en el marco del capítulo IV de la ley 25.246 (ley antilavado), y las causas que podrían invocarse para eximirse de responsabilidad en un sumario ante la Unidad de Información Financiera (UIF), haciendo hincapié, principalmente, en los casos en los cuales un director asume su cargo en el momento que se está llevando a cabo una supervisión en la cual se constatan infracciones.

En primer lugar, hay que entender que para que la UIF pueda llevar adelante las funciones y tareas que le fueron asignadas legalmente, necesita de la colaboración de los sujetos obligados, que son, en definitiva, quienes por su actividad y *expertise*, pueden proveer de la información necesaria para impulsar una investigación y determinar si se está en presencia de lavado de activos provenientes de actividades ilícitas **(1)**.

Es por la razón expuesta que se imponen en cabeza de los sujetos obligados enunciados en la ley antilavado **(2)**, una serie de obligaciones a fin de contar con un sistema preventivo de lavado de activos basado en una gestión de riesgo ajustado a su actividad, para poder detectar

(1) La UIF tiene como responsabilidad primaria el análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos proveniente de actividades ilícitas. A su vez, debe colaborar con la justicia en las investigaciones que se encuentren curso y que estén relacionadas con los delitos enunciados en la ley 25.246. Finalmente, cabe señalar que la UIF impulsa el recupero de los activos producto de las actividades ilícitas cuyo destino son las arcas del Estado Nacional.

(2) Los sujetos obligados son aquellas personas humanas y personas de carácter jurídicos enunciadas en el art. 20 de la ley antilavado, que deben reportar ante la UIF las operaciones sospechosas de sus clientes.

operaciones que tengan carácter de sospechosas **(3)**.

Para que el sistema funcione, la ley antilavado prevé la posibilidad de que la UIF aplique sanciones cuando se incumple con las obligaciones previstas normativamente **(4)**. En los casos que los sujetos obligados sean personas jurídicas, la ley establece la responsabilidad de los directores y el oficial de cumplimiento que se encontraban en funciones al momento que las infracciones tuvieron lugar.

En este sentido, quiero aclarar que no se cuestiona el régimen de responsabilidad en la manera que está formulado. Es más, comparto que sean los directores quienes asuman la responsabilidad de implementar las políticas en materia de PLA/FT, porque son ellos quienes toman las decisiones de la persona jurídica. Todo ello, en línea con la recomendación GAFI N° 35, como se verá posteriormente.

Lo que sí se advierte en este escenario, es que el sistema de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo (PLA/FT) podría estar generando una distorsión en la actividad económica de los sujetos obligados que son personas jurídicas, en tanto colocan una carga muy intensa y difícilmente mensurable sobre los directores que asumen dicha función, no solo en el aspecto económico **(5)**, sino también en su reputación, impactando negativamente en su carrera profesional, por las consecuencias que derivan de la aplicación de una sanción por incumplimientos a obligaciones de PLA/FT, como por ejemplo no poder asumir un cargo de director en una entidad financiera, o no poder ascender dentro de la estructura de la empresa que se desempeña por reglamentos internos en materia de ética, integridad y transparencia **(6)**.

Nuestra intención es abordar este aspecto conflictivo, sin cuestionar en general el sistema de PLA/FT a cargo de la UIF que tiene una finalidad relevante en la lucha contra delitos graves que atentan contra el orden público. Así es que, lejos de cuestionarse el sistema en su totalidad, se contextualiza el régimen de responsabilidad atribuida a las personas humanas que ocupan cargos directivos en los sujetos obligados, en un campo que es complejo. Ello, partiendo de la base de que en la búsqueda de la protección del interés público y en la defensa de los intereses colectivos, no se deben vulnerar las garantías constitucionales de los individuos, por lo que hay que lograr una debida armonización de unos y otros intereses para que el sistema no se distorsione y termine cargando con cuestionamientos que atenten contra su legitimidad social.

Frente al escenario descripto, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿cuáles son aquellos casos y/o supuestos en donde los miembros del órgano de administración de un sujeto obligado ante la UIF deberían quedar exculpados de responsabilidad frente a una infracción administrativa cometida por la entidad?

Hay supuestos que son sencillos, los cuales no arrojan demasiada complejidad, pero sí creo que es importante destacar los supuestos en los

(3) Las obligaciones consisten en diseñar e implementar los procedimientos y su control en materia de PLA/FT, contar con un Manual de Procedimientos en PLA/FT, designar un Oficial de Cumplimiento, realizar capacitaciones, auditorías, contar con una política de identificación y debida diligencia de sus clientes (constatar su calidad de PEP, consultar los listados terroristas para verificar si sus clientes están incluidos o no en los mismos, trazar un perfil transaccional, recabar documentación, evaluar el riesgo de sus clientes), formular los Reportes Sistemáticos, contar con herramientas tecnológicas para el control y PLA/FT, contar con un Registro de análisis y gestión del riesgo de las operaciones inusuales y reportadas como sospechosas, resguardar y conservar la documentación, y reportar las operaciones que sean sospechosas. Mientras más eficiente sea el sistema de prevención de los sujetos obligados, menor riesgo existirá y mayor probabilidad de detectar operaciones inusuales que, luego de un análisis por parte de los sujetos obligados, determinarán si revisten o no el carácter de sospechosas.

(4) El capítulo IV de la ley antilavado prevé el régimen administrativo sancionar, contemplando las sanciones que se pueden aplicar a quienes incumplan con las obligaciones dispuestas en la ley y en las resoluciones que dicte la UIF.

(5) La ley prevé la aplicación de sanciones de uno a diez veces el valor de la operatoria involucrada. En su defecto, en los casos que ese valor no se pueda determinar, se aplicará una sanción de pesos 10.000 a 100.000.

(6) Sumado al menoscabo patrimonial por la aplicación de una multa pecuniaria, no menos importante resulta el daño reputacional generado. Así, cabe destacar que las sanciones aplicadas por la UIF se publican en su página web.

cuales los directores asumen su cargo en el medio de una supervisión en la que se constatan infracciones. Aquí es donde hay que encontrar una solución y donde el sistema presenta un aspecto conflictivo.

Adelantando mi opinión en este tema controversial —que nos encargaremos de analizar en particular a lo largo de este trabajo—, entiendo que en la ley antilavado deberían receptarse ciertas causales de exención, ya sea de manera particular o mediante una fórmula genérica, a fin de que quienes se encuentren ante un sumario de la UIF cuenten al momento de deslindar su responsabilidad, con la posibilidad de acudir directamente a la ley en caso de encontrarse encuadrados en un supuesto de exclusión de responsabilidad, otorgando de esta manera mayor seguridad jurídica al régimen sancionatorio del sistema nacional de PLA/FT.

II. Recomendación GAFI N.º 35 y su impacto a nivel nacional

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es una institución intergubernamental que se encarga de combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo proveniente de actividades ilícitas, y para ello, elabora Recomendaciones para que los países miembros adopten las medidas englobadas en dichas Recomendaciones, evaluando, posteriormente, el cumplimiento de esas obligaciones.

Como hemos señalado, particularmente y en lo que hace al objeto de análisis del presente trabajo, debemos destacar la Recomendación GAFI Nº 35.

Esta dispone lo siguiente: "Los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas, que estén disponibles para tratar a las personas naturales o jurídicas cubiertas en las Recomendaciones 6 y 8 a la 23, que incumplan con los requisitos ALA/CFT. *Las sanciones deben ser aplicables no solo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y la alta gerencia*" **(7)** (el destacado es propio).

(7) Consultado en el sitio web: https://www.fatf-gafi.org/

En virtud de los estándares GAFI recepcionados en la Recomendación Nº 35, resulta necesario que las sanciones sean impuestas no solo a los sujetos obligados, sino que también debe contemplarse la imposición de sanciones a la alta dirección. Ello, en el entendimiento de que las decisiones de los sujetos obligados y las políticas que estos adopten derivan de las decisiones tomadas por su órgano de administración (directorio en el caso de las sociedades anónimas —es el tipo societario que deben adoptar las entidades financieras, la compañías de seguro y las sociedades de bolsa—) que ejerce el poder y en definitiva, es el órgano que tiene la potestad y la atribución de adoptar aquellas medidas tendientes a implementar un sistema en materia de PLA/FT, asignando los recursos necesarios para poder llevarlo adelante.

Esta recomendación tiene un impacto directo en la responsabilidad de los directores, al punto tal que la propia ley antilavado contempla en su art. 24 lo siguiente: "La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una [1] a diez [10] veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave".

Nótese la importancia de esta recomendación, al punto que el régimen legal local, en los casos que el sujeto obligado sea una persona de carácter jurídico, impone la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas en primer término a las personas integrantes del órgano de administración, y de ahí la relevancia y el aporte que se pretende dar con este trabajo, de poder ver aquellas causales que podrían eximir de responsabilidad a aquellos directores que lo justifiquen debidamente al momento de deslindar su responsabilidad, y evitar situaciones disvaliosas para el sistema sancionatorio de la UIF en general como lo es la de atribuir una responsabilidad *cuasi* objetiva por el solo hecho de formar parte del órgano de administración; ello, obviamente, sin desconocer el compromiso que deben asumir los directores de las personas jurídicas, que,

tal como lo prevé la Ley General de Sociedades tienen la obligación de desempeñarse como un *buen hombre de negocios*, y esta regla no escapa al cumplimiento de obligaciones en materia de PLA/FT, tal como lo dispone el GAFI en la recomendación analizada.

En este sentido, puede advertirse que, en las últimas resoluciones dictadas por la UIF, se establecen en forma clara las tareas que deben desarrollar los directores, incluso, hasta la participación de comisiones internas a fin de implementar el sistema de PLA/FT y mantenerlo actualizado **(8)**, por lo que se refuerza la idea de que es el órgano de administración el responsable de velar por el cumplimiento de las obligaciones en materia de PLA/FT, interpelando a su compromiso para ello.

(8) El art. 10 de la res. UIF 30/2017 de entidades financieras, establece que: El órgano de administración o máxima autoridad de la Entidad es el responsable de instruir y aprobar la implementación del Sistema de Prevención de LA/FT. En tal sentido, es responsabilidad del órgano de administración o máxima autoridad de la Entidad: a) Entender y tomar en cuenta los Riesgos de LA/FT al establecer los objetivos comerciales y empresariales; b) Aprobar y revisar periódicamente las políticas y procedimientos para la Gestión de los Riesgos de LA/FT; c) Aprobar la Autoevaluación de Riesgos y su metodología; d) Aprobar el Manual de Prevención de LA/FT previsto en el art. 8° y el Código de Conducta al que hace referencia el art. 20 de la presente; e) Establecer y revisar periódicamente el funcionamiento del Sistema de Prevención de LA/FT a partir del perfil de Riesgos de LA/FT de la Entidad; f) Designar a un Oficial de Cumplimiento con las características, responsabilidades y atribuciones que establece la normativa vigente; g) Considerando el tamaño de la Entidad y la complejidad de sus operaciones y/o servicios, proveer los recursos humanos, tecnológicos, de infraestructura y otros que resulten necesarios y que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones y responsabilidades del Oficial de Cumplimiento; h) Aprobar el plan anual de trabajo del Oficial de Cumplimiento; i) Aprobar el Plan de Capacitación orientado a un enfoque basado en riesgos, establecido por el Oficial de Cumplimiento; j) En caso que corresponda, aprobar la creación de un Comité de Prevención de LA/FT, al que hace referencia el art. 14 de la presente, estableciendo su forma de integración, funciones y asignación de atribuciones. Lo previsto en el presente artículo resulta aplicable sin perjuicio de las responsabilidades contempladas en las normas sobre la gestión integral de riesgos y otras normas relacionadas dictadas por otras autoridades regulatorias.

III. Aspectos del Régimen Administrativo Sancionador de la UIF con impacto directo en la responsabilidad de las personas físicas que integran el órgano de administración del sujeto obligado

III.1. Responsabilidad del órgano de administración y el principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa

La ley antilavado, en su art. 24, establece lo siguiente: "La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera (UIF) creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una [1] a diez [10] veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave. 2. La misma sanción será aplicable a la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor".

Como se puede observar de la norma transcripta, se establece que la misma sanción que se aplica a los directores del sujeto obligado, se aplica también a los sujetos obligados, por lo que en primer término se sanciona al órgano de administración. Es decir, se responsabiliza al órgano de administración en forma directa, debiendo ser ellos, los encargados de implementar el sistema de prevención y efectuar los reportes de operaciones sospechosas correspondientes.

Es importante destacar dos cuestiones al respecto. En primer lugar, la regla del GAFI prevista expresamente en su Recomendación Nº 35, referida a que deben aplicarse sanciones a quienes conforman la alta dirección, ello en el entendimiento que son las máximas autoridades de las organizaciones quienes deben comprometerse a generar una cultura de cumplimiento, sumado a que es el órgano de administración el que tiene la potestad de implementar el sistema de PLA/FT, asignando los recursos necesarios para ello, regla que se encuentra contemplada en la ley antilavado, siendo una medida idónea a los fines de lograr un acatamiento a las normas preventivas desde la cúspide de la organización.

En segundo lugar, hay que destacar el fundamento de atribución de responsabilidad de los

directores basado en la teoría del órgano desarrollada principalmente en el derecho societario, en tanto la voluntad del ente ideal se expresa a través de las decisiones de sus órganos (las personas físicas o humanas).

En tal sentido, por ejemplo, se ha dicho: "En el caso de autos, los cargos imputados constituyen incumplimientos —cuyo sustento legal ya se ha examinado— que resultan susceptibles de sanción. Desde luego, esta es aplicable a la persona jurídica, pero también a sus órganos, ya que la voluntad del ente ideal se expresa a través de ellos (como lo es el Directorio). Si bien los recurrentes argumentan en torno a la imposibilidad de penalizar a las personas físicas sancionadas en el acto impugnado, es menester advertir que las acciones u omisiones de aquellas son indicativas de un obrar negligente" (Entre otros: "Hipódromo Argentino de Palermo SA y otros c. UIF s/ Código Penal - Ley 25.246 - DTO 290/07 ART 25 - 21/05/2015" ; "Casino Buenos Aires SA - Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA y otros c. UIF s/ Código Penal - Ley 25246 - DTO 290/07 ART 25 - 10/11/2015").

Asimismo, se ha sostenido que la responsabilidad que les incumbe a los miembros del órgano de administración no es de carácter objetivo, sino que se fundamenta en el incumplimiento al deber de diligencia que pesa sobre cada miembro del directorio por el mero hecho de ocupar el cargo.

Por ello, la Cámara en el fuero contencioso administrativo federal (la Cámara) sostuvo que los incumplimientos sancionados se deben a omisiones o cumplimientos irregulares de obligaciones normativamente establecidas, que los recurrentes debieron conocer e impedir, actuando con la debida diligencia, a fin de no incurrir en las conductas que se les reprochan y que ante la inequívoca comprobación de los hechos, no rebatidos en sede judicial, la genérica invocación del principio de culpabilidad no resulta eficaz para excusar las omisiones de actuar imputables a los actores **(9)**.

En sentido concordante, la Sala II de la Cámara ha expresado en relación con los directores que se encontraban designados en una entidad sumariada que el hecho de ocupar el cargo los hace responsables en la medida en que no acrediten que tales circunstancias les resultaban ajenas o que invocaran o demostraran la existencia de alguna circunstancia exculpatoria válida **(10)**.

Dicho esto, conviene aclarar cómo funciona el principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa. Así, Balbín sostiene que el concepto de culpa debe asociarse, en el ámbito sancionador administrativo, con la debida diligencia más que con el elemento doloso o culposo propio del derecho civil y penal, por cuanto las sanciones administrativas no exigen, generalmente, la presencia del dolo, entendido como la voluntad o decisión consciente de realizar las conductas prohibidas y afectar el bien jurídico tutelado, sino que basta con el descuido para que, en principio, esté configurada la infracción **(11)**.

El mencionado autor afirma que desde que se avala la formulación de infracciones por la mera inobservancia de los mandatos establecidos, corresponde considerar que la exigencia de un comportamiento culpable debe entenderse, salvo en los supuestos que se exija la concurrencia de una conducta deliberada, con el mero incumplimiento del deber de actuar diligentemente, y que no se sanciona el resultado de la acción ejecutada, sino que lo que se pune es la falta de acatamiento de la obligación impuesta por el ordenamiento al particular **(12)**.

Asimismo, dicho autor expresa que en el ámbito administrativo sancionador la exigencia de la culpabilidad en el obrar está referida al aspecto subjetivo de la infracción, es decir, la actuación del sujeto a través del dolo o imprudencia,

(9) Entre otros: "Hipódromo Argentino de Palermo SA y otros c/ UIF s/ Código Penal - Ley 25246 - DTO 290/07 ART 25" (causa Nº 6044/2014), Sala V, 21/05/2015; "Casino Buenos Aires SA-Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA y otros c/ UIF s/ Código Penal — Ley 25246 — Dto. 290/07 Art 25" (48022/2014), Sala IV, 10/11/2015; "SMG Life Seguros de vida SA y otros c/ UIF-Resol. 220/13" (35980/2013), Sala V, 16/7/2015.

(10) "Emebur Sociedad de Bolsa S.A. y otros c/ UIF. s/ Código Penal - Ley 25.246 - Dto. 290/07 Art. 25" (causa 42840/2013), Sala II, 14/8/2014.

(11) BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed. 1ª reimp., p. 466.

(12) Ibidem, p. 467.

y se rechaza toda idea de responsabilidad objetiva derivada automáticamente de la comisión del hecho **(13)**.

En este orden de ideas se ha sostenido lo siguiente: "Con relación a la culpa es donde la doctrina encuentra mayores dificultades para la precisa determinación de su alcance. Es posible comenzar el análisis de esta cuestión mencionando que el Código Civil y Comercial en su art. 1724 define la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar y comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión", y agrega: "Por su parte, Nieto opina que 'actúa con culpa o imprudencia (o negligencia), el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente sino por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto´. En sintonía con ello se pronuncia Balbín, para quien, como fuera adelantado, el concepto de culpa debe asociarse con la debida diligencia exigida" **(14)**.

En virtud de ello, se ha manifestado que el factor subjetivo culpa (en el ámbito de las potestades sancionatorias de la Administración) refiere siempre a una omisión de la diligencia debida al particular, que se traduce en el desconocimiento del deber de cuidado al que se encontraba obligado, valorado según la naturaleza de la obligación impuesta y de las circunstancias de su propia condición personal, del tiempo y del lugar **(15)**.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que en el régimen administrativo sancionador en materia de PLA/FT, cuando se constata una infracción (Manual de Procedimientos defectuoso, falta de Registro de gestión y análisis de operaciones inusuales, falta de reporte de operaciones sospechosas, entre otros incumplimientos), se presume que los directores omitieron actuar en forma diligente, con lo cual son responsables por la infracción cometida. Ello así, nos lleva a concluir que a fin de exculpar su responsabilidad deberán probar alguna circunstancia que tenga entidad suficiente para ello.

En mi opinión, creo que son pocas las situaciones que podrían invocarse, pues el hecho de que, si se encontraban en funciones al momento de las infracciones, de alguna manera, no tomaron los recaudos necesarios para que ello no ocurra. Para reforzar esta idea, debemos destacar que en las normas antilavado se imponen deberes sobre los directores en forma expresa, por ejemplo, el Manual de procedimientos debe ser aprobado por el directorio, los resultados de las auditorías deben ser informados al Oficial de Cumplimiento, quien debe ser parte del órgano de administración, deben constituir un comité en materia de PLA/FT, entre otros; es decir, existen un sinnúmero de deberes que llevan a los directores a comportarse de cierta forma y poder realizar un seguimiento de su sistema preventivo, con lo cual, mal podrían excusarse sosteniendo que solo ocupaban un cargo formal.

Ahora bien, también entiendo que el período infraccional es clave a la hora de determinar responsabilidades, y en base a ello, se puede visibilizar —como se adelantó- un aspecto conflictivo del sistema como se verá en el próximo capítulo.

III.2. Período infraccional en los sumarios ante la UIF

En primer lugar, hay que decir que la determinación del período infraccional implica la identificación del período en el que tuvieron lugar los incumplimientos imputados en el acto de apertura del sumario.

En tal sentido, su determinación sirve a los efectos de individualizar a las personas humanas que se desempeñaron en el órgano de administración del sujeto obligado durante el período en que se configuraron los supuestos incumplimientos imputados en el acto de apertura del sumario. Ello, toda vez que son estos quienes resultan *prima facie* responsables de dichos incumplimientos, y por ende, a quienes se debe citar al sumario para que —de consi-

(13) Ibidem, p. 467.

(14) MARENGO, Federico, "La culpabilidad en materia administrativa sancionadora", p. 1. Consultado en la página web: https://www.academia.edu/36914760/La_culpabilidad_en_materia_administrativa_sancionadora, p. 5.

(15) Ibidem, p. 5.

derarlo— presenten su descargo y ofrezcan su prueba, sumado a que, la definición del período infraccional tiene utilidad a los efectos del cómputo del plazo de prescripción.

El criterio para definir el periodo infraccional, se determina teniendo en cuenta el tipo de incumplimiento de que se trate, distinguiendo a los incumplimientos a las obligaciones impuestas en el inciso a) del art. 21 de la ley antilavado (obligaciones de debida diligencia y conocimiento de los clientes) y a las obligaciones impuestas en el inciso b) del artículo 21 de la misma ley (obligación de reporte de operaciones sospechosas).

La regla para la determinación del inicio y finalización del período infraccional por incumplimientos al inciso a) del art. 21 de la ley antilavado, es que hay que tomar la fecha de la respectiva acta de constatación o verificación labrada en el marco del procedimiento de supervisión, se trate de una supervisión por parte de la UIF o de una supervisión realizada por un organismo colaborador (BCRA, SSN, CNV, INAES).

Por otra parte, la regla general para la determinación del inicio y finalización del período infraccional por incumplimientos al inciso b) del art. 21 de la ley antilavado (omisión de reporte de operaciones sospechosas o reportes tardíos), se toma el día corrido ciento cincuenta y uno , contado desde la fecha de operación sospechosa realizada o tentada. Al respecto, el art. 21 bis de la ley antilavado dispone: "(...) 1. Respecto de sus clientes, los sujetos obligados deberán cumplimentar las siguientes obligaciones (...): d) Reportar 'hechos' u 'operaciones sospechosas' de lavado de activos, ante la Unidad de Información Financiera, en un plazo máximo de quince [15] días corridos, contados a partir de la fecha en que el sujeto obligado concluya que la operación reviste tal carácter. *La fecha de reporte no podrá superar los ciento cincuenta [150] días corridos contados desde la fecha de la operación sospechosa realizada o tentada".*

Una vez determinado el periodo infraccional, corresponde identificar a las personas humanas que se desempeñaron en el órgano de administración del sujeto obligado durante el período en que se configuraron los incumplimientos imputados en el acto de apertura del sumario.

Como se observa, la determinación del período infraccional tiene impacto directo sobre la responsabilidad de las personas humanas integrantes del órgano de administración del sujeto obligado, y se presentan varios interrogantes al respecto. Por ejemplo, cuando un director asume su cargo en el órgano de administración y simultáneamente se está realizando una supervisión en materia de PLA/FT y se detectan incumplimientos a obligaciones que sucedieron con anterioridad o por ejemplo a los días de haber asumido se debería haber realizado un reporte de operación sospechosa y no se hizo, resultando pasible de una sanción por dicho incumplimiento.

Este tipo de situaciones son precisamente en las que debe prestarse especial atención por cuanto es donde queda en evidencia que no puede atribuirse responsabilidad en forma automática, por cuanto estaríamos cayendo en una responsabilidad objetiva, con ausencia de un mínimo factor subjetivo de atribución de responsabilidad, lo cual podría llevar a afirmar que este tipo de sanciones resultan ilegítimas y contrarias a principios constitucionales que ven en la regla de la personalidad de la pena un elemento que preserva la dignidad de la persona.

IV. Causales de eximición de responsabilidad en el Régimen de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo

En primer término, cabe señalar que en la ley antilavado no se encuentran contempladas causales que puedan invocarse por parte de los directores para deslindar su responsabilidad. Hay jurisprudencia en forma aislada que, de alguna manera, llega a sostener que, bajo ciertas circunstancias, estos podrían hacerlo. Así, podemos enunciar algunas de ellas, las cuales no arrojan ninguna dificultad, y que no tiene sentido profundizar sobre ellas, ya que con solo mencionarlas el lector las comprenderá. Ellas son las siguientes: i) supuestos en los cuales los directores no se encontraban en funciones, ya que contaban con una licencia, por ejemplo, y ii) supuestos de directores que se oponen a las decisiones que dan lugar a la comisión de in-

fracciones, dejando constancia de ello en la asamblea correspondiente.

Luego, podemos señalar otros casos que arrojan mayor dificultad, en cuanto a cómo probarlos y asimismo la ponderación de la situación invocada en forma concreta, que son los supuestos de caso fortuito/fuerza mayor (específicamente para cada director en forma personal), los casos de coacción física y/o moral y aquellos en los cuales los directores son inimputables por un tema de salud mental. Todos estos casos merecen un desarrollo más profundo, excediendo un poco el objeto de este trabajo, que apunta a una situación más específica.

En este sentido, y lo que interesa en este caso puntual, son los supuestos en los cuales los directores asumen su cargo en el medio de una supervisión en la cual se constatan infracciones y en orden a ello, se ordena la apertura de un sumario administrativo.

Sentado ello, la pregunta concreta es qué pasa con la persona que asume el cargo de director en forma simultánea a una inspección de la UIF o de un órgano de contralor natural del sujeto obligado, y se detectan incumplimientos que tuvieron lugar al momento de asumir su cargo. ¿Es justo que una persona que asume en ese período y que no tuvo forma de tomar ninguna medida, ni de participar en ninguna comisión de trabajo, ni en la toma de ninguna decisión, deba responder en conjunto con el resto de los directores?

Por ejemplo, un director asume su cargo, se está realizando una supervisión y se advierte que el Manual de Procedimientos en materia de PLA/FT, que fue aprobado por asamblea antes de que dicho director asumiera su cargo, no contempla los requisitos previstos normativamente, o, por ejemplo, en los legajos de los clientes analizados como muestra, se encuentran faltantes de información y documentación requerida por la UIF.

Otro ejemplo, sería cuando un director asume su cargo y a los pocos días de estar en funciones, se debería haber reportado una operación de carácter sospechoso y no se hizo, sin haber tenido la posibilidad de conocerla ni de haber tratado temas vinculados a PLA/FT. La infracción de no ROS se configura el día ciento cincuenta y uno de ocurrida la operación. Así, en un caso hipotético, nos preguntamos: ¿qué pasa si un director asume y a los diez días de aceptar el cargo se configuró la infracción? Supongamos que la operatoria susceptible de reporte es de diez millones de pesos ($ 10.000.000), y se le impone una multa a este director por una suma equivalente al monto involucrado en dicha operatoria, de conformidad con lo previsto en la ley. ¿Es justo?; ¿es razonable?; ¿es legítima dicha sanción?

Me animo a decir que por lo menos, pareciera injusto, y creo que podría en el caso concreto evaluar la posibilidad de exonerarlo de responsabilidad. Entonces, nos preguntamos, por qué no prever en la ley una causal exculpatoria para aquellos directores que asuman su cargo en el mismo mes o en un plazo prudencial en que se detectaron los incumplimientos, sin posibilidad alguna de haber tomado cartas en el asunto.

En esos casos, el nuevo director no tuvo lo que se denomina en el derecho penal el "dominio del hecho", teoría expuesta por Roxin **(16)** a fin de determinar la responsabilidad en base al grado de participación, con lo cual mal podría atribuirse a responsabilidad a una persona que no tuvo el tiempo material suficiente para propiciar medidas tendientes a regularizar los incumplimientos constatados.

Creo que en la vida de una empresa grande, como puede ser una entidad financiera o una compañía aseguradora, con todos los asuntos que se llevan, el volumen de operaciones, la cantidad de clientes, una persona que ocupa el cargo de director hace apenas hace unos días de impulsada una fiscalización, y por ello tener que responder patrimonialmente a título personal, pareciera, a primera vista, un poco injusto, o por lo menos nos lleva a repensar el esquema de responsabilidad previsto en la ley antilavado.

Sí creo que debe analizarse caso por caso, y consagrar una causal de esta naturaleza legalmente puede resultar arriesgado, pero por lo menos, creo que en primera instancia la Administración y luego, en una instancia de revisión

(16) ROXIN, Claus, "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Marcial Pons, Buenos Aires, 2016, p. 23.

por parte de la justicia, deberían ponderarse estas situaciones. Si no, creo que ni deberíamos hablar de la aplicación de los principios constitucionales y menos discutir se aplican o no los principios sustantivos del derecho penal como el de culpabilidad, encontrándonos ante una responsabilidad totalmente objetiva. Estaríamos así, ante una responsabilidad refleja, vacía de aplicación de principios elementales del derecho.

V. Conclusiones

El presente trabajo nos llevó a varias conclusiones. En primer lugar, que el sistema es atinado en el sentido de que es fundamental que la alta dirección de los sujetos obligados que son personas jurídicas se comprometa a generar una cultura de cumplimiento en la organización e implementen los sistemas de PLA/FT, sobre todo, entendiendo que el Estado necesita del insumo de la información a fin de llevar a cabo su cometido, y la realidad es que sin la posibilidad de sancionar a los directores sería más difícil llevarlo a la práctica. Todo ello, en línea con previsión del GAFI contenida en su Recomendación Nº 35.

En segundo lugar, también llegamos a la conclusión de que actualmente en la ley antilavado no hay expresamente ninguna causal que los directores puedan invocar a fin de eximir su responsabilidad, dejando en evidencia una fisura en el esquema de responsabilidad de los directores, en tanto solo en la jurisprudencia, en forma muy aislada, pueden vislumbrarse ciertas causales como las enunciadas en el presente trabajo, contrariamente a lo que sucede en otros órdenes normativos expuestos.

En tercer lugar y en línea con lo expuesto, se concluye que el régimen legal debe reformarse, previendo causales expresas en el capítulo IV de la ley antilavado, debiendo resolverse situaciones controvertidas, como, por ejemplo, qué ocurre con los directores que asumen su cargo en forma simultánea a una supervisión.

Como reflexión final, entiendo que el esquema de responsabilidad tal como está planteado merece una revisión, y en forma sistemática debería reformularse, teniendo como eje el equilibrio entre los intereses colectivos y los particulares.

La exigencia de agotamiento de la vía administrativa, en su configuración actual, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

Sofía Laffitte (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El instituto de agotamiento de la vía administrativa.— III. Derecho a la tutela judicial efectiva.— IV. Pugna entre el instituto del agotamiento de la vía administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad proponer una alternativa a la configuración actual del instituto del agotamiento de la vía administrativa en la ley nacional argentina, evitando su eliminación.

Analizaremos el instituto de agotamiento de la vía administrativa, y el alcance del concepto de tutela judicial efectiva, así como también la posibilidad de implicancia de otros derechos de los particulares a raíz del instituto; también abordaremos las diferentes posturas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, sobre la pugna del instituto y el derecho.

En vista de la protección al derecho a la tutela judicial efectiva que consagran el art. 18 de la Constitución nacional y numerosos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, es de suma importancia dilucidar la inconstitucionalidad de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para recurrir a la justicia, en su configuración actual, a fin de proteger a los particulares frente a las prerrogativas de la Administración.

Serán objeto de análisis del presente trabajo de investigación los arts. 23, 24, 25, 30, 31 y 32 de la ley 19.549 Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (de aquí en más LNPA), el art. 18 de la Constitución nacional argentina, la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8° y 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3° y 14), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8° y 10).

La exigencia del agotamiento de la vía administrativa, establecida en los arts. 23, 24, 30, 31 y 32 de la LNPA, en conjunto con la regla de interposición de la acción judicial dentro de un plazo perentorio, regulada en el art. 25 de la mencionada ley, como requisitos previos y obligatorios para el acceso y control judicial de las conductas del Poder Ejecutivo, son inconstitucionales, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 18 de la Constitución nacional argentina, en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8° y 25), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3° y 14), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII),y

(*) Abogada graduada de la Universidad Nacional del Sur, secretaria del Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de Bahía Blanca, miembro del Observatorio de Género y Diversidad Sexual UNS.

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8° y 10).

Es por todo ello que sostenemos la necesidad de reconocer el carácter optativo o facultativo del agotamiento de la vía administrativa para que este no configure un ritualismo formal inútil.

II. El instituto de agotamiento de la vía administrativa

II.1. Concepto. Naturaleza. Regulación en la legislación argentina

Agotar la vía o la instancia administrativa, supone acceder al máximo nivel jerárquico al que debe llegarse para que una conducta administrativa sea resuelta en forma definitiva y que cause estado.

La LNPA en los arts. 23, 24, 30, 31 y 32, establece que el particular puede cuestionar actos de alcance particular y de alcance general ante el propio Poder Ejecutivo que los dictó, y solo luego, ir por las vías judiciales.

La impugnación debe hacerse obligatoriamente, en plazos breves y perentorios según lo determina el art. 25 de la LNPA, en caso de incumplimiento ya no será posible hacerlo después en vías administrativas, ni judiciales **(1)**.

Este camino de impugnación ante el ejecutivo, que es el autor de la conducta objeto de cuestionamiento, es conocido como el instituto del agotamiento de las vías administrativas y es un privilegio del Estado de carácter exorbitante **(2)**.

La juricidad administrativa integra prerrogativas irrenunciables y garantías. Dos de esas prerrogativas, de índole procesal, son la necesidad de agotar la vía administrativa antes de la actuación judicial y la promoción de esta dentro de los plazos breves de caducidad **(3)**.

Los fundamentos de esta prerrogativa estatal son:

1) Producir una etapa conciliatoria anterior al proceso judicial.

2) Dar a la administración la posibilidad de revisar el acto y corregir errores.

3) Promover el control de legitimidad y oportunidad de los actos de los órganos inferiores.

4) Facilitar la tarea judicial, accediendo los jueces a una situación contenciosa ya planteada.

5) Permitir una mejor defensa del interés público.

6) Seguridad jurídica **(4)**.

Si analizamos el derecho comparado encontramos un tratamiento disímil del instituto, en algunos ordenamientos los recursos administrativos son de articulación facultativa para acceder a la instancia judicial como en Francia, Italia y en México, en otros regímenes comparados se mantiene vigente este instituto, esto sucede en Alemania, España, Estados Unidos, Perú, Colombia, Uruguay, Costa Rica y Argentina, entre otros **(5)**.

III. Derecho a la tutela judicial efectiva

III.1. Alcances y su recepción normativa

El derecho a la tutela judicial efectiva es aquel que tiene toda persona para acceder a tribuna-

(1) BALBIN, Carlos, "Manual de derecho administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, 4ª ed. actualizada y ampliada, p. 780.

(2) Ibidem.

(3) COMADIRA, Julio R., "La impugnación en sede administrativa de la actividad administrativa", en COMADIRA, Julio R. y ESCOLA Héctor J. (dirs.), Curso de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., 1ª reimpresión, p. 1281.

(4) GUASTAVINO, Elías, Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, t. I, Buenos Aires, 1987, p. 260 (citado por COMADIRA, Julio R., "La impugnación en sede administrativa de la actividad administrativa", en COMADIRA, Julio R. y ESCOLA Héctor J. (dirs.), Curso de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., 1ª reimpresión, p. 1281.

(5) PERRINO, Pablo E., "El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa", Revista de Derecho Público, Rubinzal- Culzoni, 2003-I, Proceso administrativo, ps. 257-294.

les independientes en procura de justicia **(6)**, y está consagrado en los arts. 18, 109, 116 y 117 de la Constitución nacional argentina, en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8° y 25), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3° y 14), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8° y 10).

La comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1999 expresó:"El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derecho e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales" **(7)**.

Según afirma Perrino **(8)**, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de una serie de derechos, solo mencionando algunos:

a. Concurrir ante los tribunales de justicia y obtener una sentencia útil.

b. Acceder a la instancia judicial y lograr un control judicial suficiente de la actuación en sede administrativa.

c. A que el juez que actúe en el proceso sea natural e imparcial.

d. A el principio *in dubio pro actione*, que extrema las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

e. A la eliminación de trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción.

f. A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos subsanables.

g. A la no aplicación retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales en relación con los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar desamparo judicial.

h. A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende.

Como podemos ver en esta enumeración de derechos que comprenden la tutela judicial efectiva, este derecho de los particulares es amplio y se extiende desde la posibilidad de acceder a la justicia hasta la ejecución de la sentencia.

Canosa en este sentido afirma que uno de los componentes de este derecho es la necesidad de que el particular goce de mecanismos que aseguren un rápido acceso a la instancia judicial a los fines de la impugnación de actos administrativos y reglamentos, si ello fuere de la necesidad del ejercicio de determinados derechos por parte del impugnante **(9)**.

Siguiendo esta línea, Cassagne sostiene que el principio general de acceso a la justicia en forma efectiva e irrestricta deriva del derecho a la tutela judicial efectiva y desarrolla su contenido: "implica una ampliación de la clásica garantía de la defensa que deja de poner el acento en la protección formal en el seno del proceso (a la que, sin embargo, engloba) para ir decididamente por el camino de la protección sustancial y efectiva de los derechos de los ciudadanos. A partir de la recepción del principio, la tutela efectiva jurisdiccional demanda que el acceso a la justicia no sea obstaculizado por ápices formales" **(10)**.

De más está decir que, es necesario el cumplimiento efectivo y no meramente teórico de ese conjunto que es la tutela judicial efectiva para que no se vea vulnerada **(11)**.

(6) PERRINO, Pablo E., ob. cit.

(7) Informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso- Argentina", emitido el 29/9/99, LA LEY 2000-F, p. 594, con nota de Carlos A. Botassi, Habilitación de la instancia y derechos humanos.

(8) PERRINO, Pablo E., ob. cit.

(9) CANOSA, Armando N., "Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina", RDA 2016-105, 499, AP/DOC/426/2016.

(10) CASSAGNE, Juan C., "Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa", LA LEY 2011-D, 1137.

(11) PERRINO, Pablo E., ob. cit.

IV. Pugna entre el instituto del agotamiento de la vía administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva

El debate sobre la constitucionalidad del instituto del agotamiento de la vía administrativa genero dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que podremos denominar: *constitucionalista y administrativista.* A continuación, evaluaremos los argumentos esgrimidos y compararemos las implicancias de cada una de ellas.

IV.1. Corriente constitucionalista

La corriente constitucionalista considera que el instituto del agotamiento de la vía administrativa, por su carácter obligatorio, y en conjunto con el plazo de caducidad se encuentran en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución nacional y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Sostiene la necesidad de reconocer el carácter optativo o facultativo del agotamiento de la vía administrativa para que este no configure un ritualismo formal inútil.

Siguiendo la línea argumentativa constitucionalista, Cassagne afirma que "...lo que está en pugna con la Constitución y los tratados internacionales no es, en sí misma, la decisión previa o reclamación previa, o como se la llame. Lo que está en pugna es la exigencia de una vía de tránsito o decisión previa cuando esta se impone obligatoriamente al ciudadano" **(12)**.

En el mismo sentido, se ha dicho que el agotamiento de la vía administrativa es inútil, que tiene su razón de ser en la importación de institutos que no son compatibles con nuestro régimen constitucional, al mismo tiempo se traduce en un privilegio innecesario para la Administración **(13)**, hay una incompatibilidad entre esta prerrogativa de la administración con los derechos de que goza el particular **(14)**.

Por su parte Balbín, quien adhiere a esta tesis, propugna la idea de que se interprete este privilegio estatal a la luz de los derechos de las personas **(15)**.

Quienes siguen esta postura afirman también que el instituto del agotamiento de la vía administrativa acompañada del carácter obligatorio y perentorio de los plazos surgen anacrónicos luego de la reforma constitucional del 1994 y la incorporación de los textos internacionales de Derechos Humanos al texto normativo **(16)**.

Dentro de esta corriente en el ámbito jurisprudencial encontramos resoluciones en las que se le dio preponderancia al derecho a la tutela judicial efectiva por sobre la exigencia de agotamiento de la vía administrativa, ya que en dichos casos se consideró que el instituto configuraba un injustificado rigor formal.

Podemos mencionar y desarrollar algunos de estos antecedentes: La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Sacoar" **(17)**, sostuvo que, en ese caso, la administración tuvo oportunidad de rever su actuación y se había generado una etapa conciliatoria previa a raíz de los reclamos administrativos, por lo que someter al particular al instituto del agotamiento de la vía administrativa sería un ritualismo estéril e inútil **(18)**, que cercenaría la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución nacional. En la misma línea en el fallo "Gasparri", se consideró que en aras del rigorismo formal que significaría se generaría un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional **(19)**, en el mismo sentido el en el antecedente "Barrozo" **(20)** se afirmó que

(12) CASSAGNE, ob. cit., p. 4.

(13) CANOSA, Armando N., "Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina", RDA 2016-105, 499, AP/DOC/426/2016.

(14) URRUTIGOITY, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", JA 2005-IV-1383, 0003/012321.

(15) BALBIN, Carlos, ob. cit., p. 780.

(16) PRAVATO, Luis, "La tutela judicial efectiva y las viejas categorías del derecho administrativo", LLNOA 2014 (junio), 483, AR/DOC/1647/2014.

(17) CS, "Sacoar y C. c/ Provincia de Buenos Aires", 13/10/1988, JA 1988-IV-130.

(18) CNFed. Contenciosoadministrativo, en pleno, "Córdoba, Salvador y otros c. EN- Dirección General de Fabricaciones Militares s/empleo público", 18/05/2011, LA LEY 2011-E, 336, AR/JUR/43814/2011.

(19) CS, "Gasparri y Cía. S. A.", 30/07/1991, LA LEY 1991-E, 640, AR/JUR/414/1991.

(20) ", Juzg. Fed. N° 1, Salta, "Barrozo, Félix P. v. Administración Nacional de la Seguridad Social, 14/09/2007.

"...lo contrario implicaría convalidar una exigencia contraria al principio de economía y la eficacia procesal...".

En el antecedente jurisprudencial "González" **(21)** se sostuvo que rechazar la acción por un incumplimiento formal, menoscaba el derecho a la defensa en juicio y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso "Mell" **(22)**, se estableció que el reclamo en ese caso particular era facultativo para el particular, por la interpretación que realizan del decreto reglamentario, por el carácter alimentario del reclamo, y también considerando que la administración en numerosos casos similares resolvió de manera desfavorable a los reclamos de los particulares, convirtiéndose así, en el caso, el agotamiento de la vía administrativa un ritualismo formal e inútil, por lo que en función del principio *pro actione* se habilitó la instancia judicial al administrado.

IV.2. Corriente administrativista

Como contracara, la postura administrativista afirma que el instituto del agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad, no deben restringirse y mucho menos suprimirse, ya que responden a razones de interés público **(23)**.

Sostiene que el agotamiento de la vía administrativa permite producir una etapa conciliatoria previa, da la posibilidad a la administración de rever errores, respeta la división de poderes, promueve una mejor administración de justicia, facilita la tarea judicial y otorga mayor seguridad jurídica.

A su vez, dentro de esta postura, algunos autores consideran necesario tener presente que los derechos no son absolutos y admiten una modulación razonable por parte del legislador **(24)**.

Catalano sostiene que la finalidad del reclamo administrativo previo es crear una instancia de revisión del acto administrativo en la propia sede, un espacio de rectificación o resolución del conflicto de modo extrajudicial. Asimismo, opina que significa una afirmación de la importancia del procedimiento administrativo como instrumento de protección de los derechos particulares y, simultáneamente, como medio de autocontrol administrativo de la legalidad y eficacia de su accionar. Concluyendo la idea, esta autora afirma que la figura en sí misma no es lesiva del acceso a la justicia **(25)**.

Para esta doctrina, "el previo reclamo administrativo y el agotamiento de su trámite constituyen requisitos imprescindibles para la viabilidad de la demanda judicial contra el Estado" **(26)**.

Macchiavelli afirma que "el agotamiento de la vía debe preservarse en el ordenamiento vigente en el entendimiento de que ello se corresponde con una mejor administración de justicia, permitiendo que la Administración conozca en los recursos o reclamos antes de que lo haga el juez" **(27)**.

Siguiendo esta línea en el ámbito jurisprudencial se exigió el instituto de la vía administrativa como instancia previa y obligatoria, así como también la promoción de la acción judicial dentro de los plazos procesales normados en las leyes aplicables, justificando tales exigencias en el principio de la división de pode-

(21) ST La Pampa, sala A, "González, Omar Joel y otros c. Ente Provincial del Rio Colorado y otros", 19/05/2005, LLPatagonia 2005 (diciembre), 1376, AR/JUR/2966/2005.

(22) CNFed. Cont. Adm., sala V, "Mell, Lionel H. c. EN-M° Interior -PFA-Dto. 103/03", 17/07/2006, AR/JUR/5008/2006.

(23) COMADIRA, ob. cit., p. 1284.

(24) CATALANO, Mariana, "Reclamo administrativo previo y libre acceso a la justicia", LLNOA 2009 (mayo), 328, AR/DOC/1756/2009.

(25) Ibidem.

(26) PEON, Rodolfo A., "El requisito del reclamo administrativo previo en la demanda judicial contra el Estado. El art. 15, ley 24463 y los juicios contra la Anses", RDLSS 2013-17, 1802 (AR/DOC/6251/2013, p. 2).

(27) MACCHIAVELLI, María de las N., "Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos", RDA 2012-81, 777, AP/DOC/2083/2012.

res **(28)**, razones de seguridad jurídica **(29)** y de estabilidad de los actos administrativos **(30)**. Algunos fallos en este sentido "Ginestar, Jorge Luis c. Municipalidad de Caucete s/ ordinario" **(31)**, "Contardi, Alberto c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" **(32)**, y "Bolaño c. Dirección Gral. de Rentas" **(33)**.

Cabe destacar los argumentos esgrimidos en el fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional "Gorordo" **(34)** en el cual se rechazó la interposición de la demanda ante la falta del agotamiento de la vía administrativa previa dado que considero que "[l]a garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable...".

(28) CS, "Unión Obrera Metalúrgica c. Estado nacional -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", 03/04/1996, LA LEY 1996-B, 350, AR/JUR/2165/1996.

(29) CS, "Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires", 26/10/1993, LA LEY 1995-A, 401; DJ 1995-2, 1280, AR/JUR/1876/1993.

(30) CS, "Gypobras S.A. v. Ministerio de Educación y Justicia/Ministerio de Educación y Justicia s/ contrato de obra pública", 05/04/1995, La Ley, 04_318v1t071.

(31) CCivComyMineria, San Juan, sala I, "Ginestar, Jorge Luis c. Municipalidad de Caucete", 04/04/2013, LLGran Cuyo 2013 (julio), 674, AR/JUR/11845/2013.

(32) CFed. Bahía Blanca, "Contardi, Alberto c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 14/03/2017, AR/JUR/11783/2017.

(33) CNCiv., sala M, "Bolaño c. Dirección Gral. de Rentas.", 12/02/1997, LA LEY 1997-C, 848; AR/JUR/801/1997.

(34) CS, "Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c/ Ministerio de Cultura y Educación", 04/02/1999, JA 1999-III-107.

V. Conclusiones

Conforme los argumentos desarrollados en el presente trabajo y a la luz de los nuevos tiempos, por el avance de la tecnología, los nuevos requerimientos de los administrados y las nuevas disposiciones que trajo la reforma constitucional de 1994 **(35)** es necesario que el proceso administrativo se adapte a esta nueva realidad.

Por lo tanto, nos enrolamos en la tesis que afirma que el instituto del agotamiento de la vía administrativa en su configuración actual, con plazos breves y perentorios, como requisito previo y obligatorio para recurrir a la justicia entra en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente y en numerosos tratados internacionales.

Reforzamos dichas ideas con lo argumentado por la Suprema Corte de Buenos Aires, que en el año 2011 sostuvo que debe rechazarse toda hermenéutica que limite el acceso a la justicia y cierre el camino a la jurisdicción, por ser esta una garantía que se erige en uno de los pilares básicos del estado de derecho. La existencia de las formas y su severidad hacen a la seguridad jurídica; sin embargo, cuando ese rigor excede el marco de razonabilidad y frustra el sentido de justicia en la relación jurídica, las normas procesales deben ser armonizadas con las fondales para alcanzar la correcta composición del objeto litigioso **(36)**.

Creemos acertado reemplazar el sistema recursivo obligatorio por un sistema de recursos optativo o facultativo para el particular, respetando los plazos de prescripción para acceder a la justicia.

(35) CANOSA, op. cit., p. 1.

(36) SC, Buenos Aires, "Astilleros Neptuno S.C.A. c. Municipalidad de Florencio Varela. s/ demanda contencioso-administrativa", 05/10/2011, LA LEY 2011-F, 160, AR/JUR/62265/2011.

La gestión de medidas no estructurales frente a las inundaciones

El caso de la ciudad de La Plata

Guillermo F. Rizzi (*)

Sumario: I. Introducción: municipios y modelos de planificación urbana.— II. Fundación de la capital de la provincia de Buenos Aires. La cuestión del cambio climático y su impacto en la ciudad de La Plata.— III. Precisiones sobre las medidas no estructurales.— IV. Organismos y actividades esperadas frente a hechos como los del 2 y 3 de abril de 2013.— V. Las primeras recomendaciones.— VI. Conclusión: el plan de reducción de riesgos ante inundaciones o "Plan RRI - Región La Plata".

I. Introducción: municipios y modelos de planificación urbana

Una breve síntesis histórica de los modelos de planificación urbana distingue los siguientes "momentos" en un análisis esquemático de la historia de la planificación urbana en occidente **(1)**: un primer momento es el período de la crisis capitalista entre los años de las décadas 30 y 50; luego el segundo momento surge en la década de los años 60, como consecuencia del acelerado proceso de urbanización y de la convicción acerca de un sostenido crecimiento económico; el tercer momento corresponde a la crisis económica mundial de los años 70, con la situación creada por los países exportadores de petróleo y la toma de conciencia sobre la agotabilidad de los recursos planetarios, denunciados por el Club de Roma; y el cuarto momento es la actualidad, con los profundos impactos producidos por la globalización de la economía mundial y la tendencia a la aplicación de tecnologías vinculadas al *software* **(2)**.

No hay uniformidad entre los autores con respecto a la época de nacimiento de la institución municipal. Salvador Antonio Leal Osorio sitúa su aparición en el Antiguo Egipto, expresando que igual proceso tuvo lugar en Grecia y Roma. Munro y Carmona Romay sostienen que ello ocurrió con la creación de los *demos* en Atenas, por obra de Clístenes. Estos autores consideran a la *polis* griega como Estado-ciudad, mientras que los *demos* eran los municipios.

Posada, Bielsa y la mayoría de los autores **(3)** opinan que se originó en el momento de la ex-

(*) Prevenimos que quien suscribe ha participado en la elaboración del "Estudio sobre la inundación ocurrida los días 2 y 3 de abril de 2013 en las ciudades de La Plata, Berisso y Ensenada", fuente web http://www.ing.unlp.edu.ar/institucional/difusion/2013/inundacion_informe, de donde tomamos gran parte de sus consideraciones y conclusiones.

(1) Seguimos en esta cuestión al pensamiento de Patricio Gross Fuentes, destacado investigador chileno, mencionado en web http://biblioteca.municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/Derecho_Municipal_Parte_General_AMHernandez_UNAM_PDF.pdf

(2) HERNÁNDEZ, Antonio María, "Derecho Municipal", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

(3) Ibidem.

pansión de Roma, la que, tras ser una ciudad, se amplió a los pueblos del Lacio, luego a toda Italia, después dominó a Grecia, España y las Galias y más tarde a todo el mundo conocido. Los caracteres del municipio romano serían: 1) un *territorium* determinado; 2) un pueblo que se manifestaba en su asamblea general; 3) una organización especializada en un cuerpo deliberante, *curia*, con sus magistraturas; y 4) el culto a los dioses.

La invasión de los bárbaros produjo un decaimiento de la vida urbana y, correlativamente, de las instituciones municipales. En el largo periodo de cinco siglos desde el comienzo de la Edad Media hasta el resurgimiento de las ciudades después del siglo X, comenzó otra estructuración política distinta: la propia del feudalismo y del Estado estamental, caracterizada por la poliarquía que importa la coexistencia de distintos centros de poder, sumándose a los mencionados la Iglesia, los reyes y la nobleza. Pero también debemos señalar que las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional a fines de la Edad Media se acercaban más a la *polis* antigua y, por tanto, eran ciudades-Estados y no municipios. Por eso se ubica el nacimiento de la palabra Estado y de dicho fenómeno precisamente en esas ciudades, en la época del Renacimiento.

Para la doctrina española, el municipio es un organismo esencial que proporciona expresión jurídica a una colectividad local asentada sobre un núcleo de población territorial diferenciado, a la que representa y respecto de la que asume la gestión de sus intereses propios **(4)**.

Existe una tendencia en Argentina que señala que es posible inferir que la autonomía de las provincias es de diferente carácter que la de las comunas. Puede decirse que, mientras las provincias tienen una "autonomía de primer grado, los municipios tienen una de segundo grado" **(5)** y este razonamiento ha sido seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, al abocarse al estudio del alcance y límites de las facultades municipales —con especial referencia al sistema económico-financiero del municipio— expresó: "estas surgen de la Constitución y las leyes provinciales", "la Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias (art. 5), pero en manera alguna les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización comunal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias locales..." **(6)**.

Pero cualquier precisión que fuera menester elaborar en torno al grado de independencia comunal, debe realizarse en el seno de un ordenamiento concreto. En nuestro caso, Lamoglia **(7)** cree que el "ordenamiento" debe surgir de las normas provinciales que regulan la cuestión y, al realizar una lectura a la carta estadual de la provincia, puede advertirse que luego de la reforma constitucional de 1994**,** no se incorporó ninguna norma referente a la autonomía municipal **(8)**.

El profesor Botassi tiene dicho que "[n]ingún ámbito oficial está mejor dotado para prestar directamente los servicios esenciales y fiscalizar la manera en que lo hace el sector privado que las municipalidades. La razón es sencilla: ninguna repartición pública posee una inmediación tan

(4) HOGAÑO, Luis Morell, "El régimen Local español", Civitas, Madrid, 1988, p. 271.

(5) BAISTROCCHI, Eduardo, "La Autonomía de los Municipios de provincia: sus posibles consecuencias tributarias" (primera parte) LA LEY 23/08/96.

(6) CS, "Municipalidad de la Ciudad de Rosario c/Provincia de Santa Fe", Consid. 4º, Fallos 314:495.

(7) LAMOGLIA, C. Marcelo, en la ponencia presentada en la reunión para Abogados Jóvenes del año 2000, organizada por el Colegio de Abogados de la Provincia y desarrollada en Zárate—Campana.

(8) La Constitución Provincial, en su Sección Séptima, Capitulo Único, establece los lineamientos "Del Régimen Municipal", a saber: Composición (art. 190), atribuciones, responsabilidades de cada departamento (art. 191 y 192), y limitaciones (art. 193). Nada expresa sobre la naturaleza jurídica del instituto en estudio. Tampoco resulta alentadora para la autonomía municipal la legislación que las regula, esto es "La Ley Orgánica de las Municipalidades" que lo acerca a la figura de la autarquía, aunque, como lo destaca Morello, "con fundamentales previsiones que superan o desborda el concepto técnico de Autarquía". Estima el autor que el régimen municipal del primer estado argentino tiene notas que lo particularizan, entre ellas, no poder dictar su propia carta orgánica y ser la legislatura provincial la que deslinda las responsabilidades y atribuciones de cada órgano que compone el gobierno.

absoluta con la gente y ningún organismo estatal encuentra depositadas en él tantas expectativas. Algunos servicios públicos no pueden ser gestionados sino por las municipalidades o un conglomerado de ellas jurídicamente agrupadas (recolección de residuos domiciliarios, barrido de calles, disposición final de desechos, mantenimiento de espacios verdes, alumbrado público urbano)" **(9)**.

Es en este contexto legal **(10)** que el municipio debe organizarse junto a su población para enfrentar las consecuencias de las tragedias provocadas por el clima o por cualquier otro evento.

II. Fundación de la capital de la provincia de Buenos Aires. La cuestión del cambio climático y su impacto en la ciudad de La Plata

Se ha escrito mucho sobre la idea de los planos de La Plata, incluso se habla de mitos, pero la ordenanza número 9159/2000 **(11)** reconoció al arquitecto Juan Martín Burgos como uno de los que aportaron las más importantes ideas para confluir en el actual trazado de la ciudad, que a su vez reconoce antecedentes en el plano de la "Nueva Capital del Reino de Italia" en 1870.

Fue fundada a fines del siglo XIX, en 1882, pero en aquella época no podía preverse que cien años después, a raíz del cambio climático, el clima en la zona viraría hacia un sistema casi subtropical. No fue una decisión abrupta; todo lo contrario, hubo debates legislativos y se estudiaron opciones que incluían ciudades pobladas para designar la capital de la provincia, pero también había una decisión política de fundar esta ciudad.

En lo que a nuestro tema interesa, se trata de una ciudad implantada en tierras bajas y por eso vulnerable a las inundaciones; sobre ello hay datos desde 1911 con el antecedente de una gran inundación en 1930. Son 12 cuencas y ocho de ellas ocupan el sesenta y ocho por ciento del terreno, desaguando en el Río de la Plata, mientras que las otras cuatro lo hacen en la bahía de Samborombón.

En tal inteligencia, la decisión política de los gobernantes de este siglo deberá contener un estudio pormenorizado, barrio por barrio, que involucre no solo el mapa de vulnerabilidad física, social, económica y ambiental, sino también la elaboración de un protocolo de actuación para cada sector de la ciudad y el compromiso de urbanizaciones responsables. Así como el sistema circulatorio humano necesita por igual de arterias y vasos capilares para funcionar correctamente, el escurrimiento pluvial de una ciudad requiere de entubamientos troncales e innumerables conductos auxiliares, reservorios y alcantarillas para ser eficaz. Desde la gran inundación de 2013 se ejecutaron más de 45 km de obras generales **(12)** y ahora la ciudad debería afrontar la construcción de más aliviadores, puentes, prolongaciones y reservorios en las cuencas de los arroyos Maldonado y El Gato.

Para ello deberá tomarse en consideración la llamada PMP, que es la "precipitación máxima probable", es decir el peor escenario estimado matemáticamente en base a la progresión histórica que, para La Plata, se estableció en 500 mm de agua caída en un día **(13)**.

(9) BOTASSI, Carlos A., "Competencia municipal en la regulación de servicios públicos", fuente web http://campus.jursoc.unlp.edu.ar/

(10) "Técnicamente, las municipalidades no son autónomas, sino simplemente autárquicas, pues ninguna de ellas tiene, como inexcusablemente lo requiere el concepto de autonomía, poderes originarios y propios, inherentes a las mismas, nacidos simultanea y concomitantemente con ellas. Los poderes que poseen las municipalidades de nuestro país les fueron otorgados o delegados por órganos superiores de las provincias...", este criterio, en mayor o menor grado, era el sostenido por la jurisprudencia relevada.

(11) Fuente web http://www.concejodeliberante.laplata.gov.ar/digesto/buscanumero.asp?NORMA=ORDENANZA&Numero=9159&B1=Enviar Reconoce al Arquitecto Juan Martin Burgos como uno de los inspiradores de la traza de la Ciudad. A través de la Comisión del Sitio CODESI se procederá a materializar el reconocimiento citado previamente. Promulgada: 14/07/2000 Firmada por: ALAK – GRAZIANO.

(12) Por ejemplo, se construyeron conductos y canales, además de diez puentes y 500 sumideros y bocas de tormenta.

(13) Por ejemplo, en 2002 representó el 24 por ciento (120 mm), en 2008 fue del 48 por ciento (240 mm) y en 2013 fue del 78 por ciento (392 mm).

III. Precisiones sobre las medidas no estructurales

Las medidas para el control de inundaciones pueden ser del tipo estructural y no estructural **(14)**.

Las medidas estructurales se conciben para modificar el sistema fluvial a través de obras en la cuenca [medidas extensivas **(15)**] o en el río [medidas intensivas **(16)**]. Son obras de ingeniería implementadas para reducir el riesgo de crecidas. Para observar un ejemplo típico de estas medidas, costosas, a título ilustrativo para el lector, pueden señalarse las medidas tomadas en la ciudad de Praga, luego de la gran inundación de 2002, donde pasaron 5.300 metros cúbicos por segundo cuando normalmente pasan por esa hermosa ciudad unos 150 metros cúbicos por segundo. Entonces se construyeron las barreras contra inundaciones que se colocan en minutos y apenas comienza a subir el agua frente a la costa, todo ello de manera manual.

Ahora bien, no se han quedado solo en eso. Como medidas no estructurales, el alcalde de Praga asegura a todos los habitantes que la capital está preparada y que los grupos de ejército, de bomberos, de policía y de los voluntarios han hecho el máximo para garantizar la seguridad de la ciudad, mejorando las medidas de precaución. Así, frente a la tormenta cierran todas las estaciones del metro en el centro de Praga, permanecen cerradas varias escuelas (tanto las de primaria como las de secundaria), se cierran los parques en el centro de la ciudad por el peligro de la caída de los árboles, se prohíbe la entrada en el histórico Puente de Carlos y permanecen cerrados varios teatros, la Biblioteca Nacional, las salas de concierto, el Teatro Nacional, el Senado y otras instituciones **(17)**.

Otro esquema más conocido es la construcción de diques, por ejemplo, en el río Arkansas, que dan protección a Tulsa contra las recurrentes inundaciones **(18)**. Mientras tanto, en Viena construyeron una isla artificial en medio del río Danubio que se inunda para evitar que las aguas lleguen a los centros urbanos más importantes; cuando no se producen lluvias extremas, la isla funciona como un gran parque de recreación que disfrutan los habitantes de la ciudad capital de Austria. O el caso propio de La Plata, donde se propone construir en el barrio Los Hornos un enorme reservorio (al estilo Viena), para mitigar el impacto de las lluvias extremas **(19)**, que tendrá la doble funcionalidad de parque recreativo y retardador de crecidas de agua de lluvia.

Las medidas no estructurales, por su parte, apuntan a la reducción de los perjuicios ocasionados por el evento natural mediante la búsqueda de una mejor convivencia de la población con las crecidas **(20)**. Si ellas existen se transforman rápidamente en herramientas de organización y trabajo. Para ello es importante diagnosticar si durante los eventos que describimos se puso en práctica algún plan de emergencia, con su res-

(14) MORELLI-TUCCI, Carlos Eduardo, "Curso de Gestión de Inundaciones Urbanas", WMO — OMM, 1. Drenaje Urbano. 2. Inundaciones. 3. Urbanización, 2007, 2.4 Medidas de control de las inundaciones ribereñas, p. 52 ss.

(15) Actúan en la cuenca, intentando modificar las relaciones entre precipitación y caudal, como la alteración de la cobertura vegetal del suelo, que reduce y retarda los picos de crecidas y controla la erosión de la cuenca, MORELLI-TUCCI, ob. cit.

(16) Reaccionan en el río y pueden ser de tres tipos (Simons et al., 1977): (a) aceleran el escurrimiento: construcción de diques y pólderes, aumento de la capacidad de descarga de los ríos y corte de meandros; (b) retardan el escurrimiento: reservorios y cuencas de amortiguamiento; c) desvío del escurrimiento: obras como canales de desvíos, Tucci, cit.

(17) Fuente web https://www.lavanguardia.com/lectores-corresponsales/20130604/54375336992/praga-inundaciones-catatrofe.html más mi propia visita a Praga en 2019, donde pude observar no sólo las barreras sino también medidas de tipo no estructural como tótems (frente al muro de John Lennon) que marcan hasta donde subió el agua en cada una de las inundaciones más importantes que afectaron la zona.

(18) Fuente web http://ladiferentetulsa.com/2018/08/09/militares-resivan-los-diques-del-ria-arkansas-que-dan-proteccion-a-tulsa-contra-inundaciones/

(19) Fuente web https://www.eldia.com/nota/2019-7-26-4-28-59-construiran-en-los-hornos-un-reservorio-para-mitigar-el-impacto-de-las-lluvias-extremas-la-ciudad

(20) Por ejemplo, mediante la implementación de sistemas de alerta temprana o la zonificación de las áreas de riesgo; un seguro contra inundaciones o diferentes medidas de protección individual.

pectivo plan de contingencia **(21)**. Tucci señala que es "ingenuidad del hombre imaginar que podrá controlar totalmente las inundaciones; las medidas siempre objetivan minimizar sus consecuencias, aún las estructurales".

Desde 1966 el gobierno norteamericano puso énfasis en las medidas no estructurales, que permitían a la población convivir con la crecida **(22)**. En tal sentido parecería dirigirse ahora la municipalidad de La Plata **(23)** junto a la universidad al informar que se trabajará en un plan que no solo integre la posibilidad de readecuaciones ambientales, que deben incluir cambios urbanos en pos de mitigar los riesgos **(24)**, sino también un completo plan de reducción del riesgo frente a las inundaciones apoyado sobre la generación de medidas no estructurales.

Ahora bien, todo plan de prevención y/o protección ciudadana debe poseer al menos tres fases distintas, que son prevención, alerta y mitigación **(25)**.

La actividad de prevención implica el entrenamiento de los equipos de defensa civil y de la población en general, incluyendo la gestión de mapas de alerta que identifiquen las áreas inundadas durante su ocurrencia junto a las áreas destinadas a contener y recibir a la población afectada.

El alerta es la fase de acompañamiento de la ocurrencia de los eventos lluviosos divididos a su vez en diversos niveles (de acompañamiento; de alerta; de emergencia) **(26)**.

Y, según Tucci, la fase de mitigación trata de las acciones que deben ser realizadas para disminuir el perjuicio de la población cuando la inundación ocurre. Incluye acciones tales como aislar calles y áreas de riesgo, remoción de la población, de animales y la protección de lugares de interés público.

(21) Son instrumentos que permiten en general la evacuación ordenada de las personas potencialmente afectadas mediante la implementación de acciones que propendan a una mitigación en cuanto a los tiempos de desarrollo de los acontecimientos, conllevando un pronóstico hidrológico de la crecida, todo ello con anticipación mínima suficiente como para permitir todas estas acciones.

(22) Según el US Army Corps of Engineers (1976), los perjuicios por inundación pueden ser clasificados en tangibles e intangibles. Los perjuicios tangibles son clasificados en daños físicos, costos de emergencia y perjuicios financieros. Los daños físicos incluyen los costos de separación y limpieza de los edificios, las pérdidas de objetos, muebles, equipos, elementos decorativos, material almacenado y material en elaboración. Los costos de emergencia se refieren a la evacuación, reocupación, habitación provisoria como campamentos, alertas, entre otros. Los costos financieros son aquellos debidos a la interrupción del comercio, de la fabricación de productos industriales y las ganancias cesantes. Los costos intangibles se refieren a los daños de crecida que no tienen valor de mercado o valor monetario, como la pérdida de vidas u obras y edificios históricos. Los métodos utilizados para la evaluación de los daños causados por las crecidas son (Simons et al., 1977): a) curva nivel perjuicio; b) método de la curva de perjuicio histórico; c) ecuación de daño-agregado, Tucci, cit.

(23) Fuente web http://www.eldia.com.ar/edis/20130428/Proyectan-medidas-para-mitigar-riesgos-inundaciones-laciudad0.htm última entrada el día 28/04/2013. Ahora superado por el nuevo "Plan RRI", en desarrollo.

(24) Aquel plan contemplaba la creación de reservorios de agua de lluvia en los espacios verdes urbanos, el incremento de la superficie de absorción en el casco urbano, mediante la definición de espacios libres de concreto en las veredas; y la declaración como zonas de protección ambiental a las márgenes de los arroyos del partido y sus planicies de inundación como corredores de biodiversidad. Se trataba de un plan que tomaba recomendaciones elaboradas por Naciones Unidas y la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres. Además, se tomó como base la experiencia recogida en la ciudad de Santa Fe. Entre otras medidas, el plan propone el requerimiento de instalación de dispositivos obligatorios en las nuevas edificaciones para retener agua y retardar su vuelco en la vía pública (experiencia tomada de la CABA, donde la reacción frente a los temporales también es muy diferente al caso de La Plata, más "estructural" podríamos señalar); la creación de reservorios de agua de lluvia en los espacios verdes urbanos (se hizo más que nada en la zona norte de la región, cerca del cauce natural de los arroyos); relocalización de viviendas y asentamientos instalados sobre las márgenes de los arroyos y zonas inundables (que atiende básicamente a las medidas estructurales); la creación de un sistema de alerta temprana, proporcionada por una estación meteorológica propia (nunca se llevó a cabo en esos términos); y el estudio de la evolución del sector productivo, con medidas para que el cinturón frutihortícola no modifique el caudal de escurrimiento, principalmente a través de los invernáculos (nunca se llevó a cabo en esos términos).

(25) Para que ello funcione además se recomienda coordinar estas acciones con unidades de Defensa Civil, Policías, Ejército y Cruz Roja, también pueden intervenir desde cuerpos de Boy Scouts hasta organizaciones sociales no gubernamentales.

(26) Ampliar en TUCCI, ob. cit.

La zonificación **(27)** de las áreas de inundación engloba las siguientes etapas: a) determinación del riesgo de las crecidas; b) mapeamiento de las áreas de inundación; c) zoneamiento, todo ello debe llevarse a cabo teniendo en consideración que la población de menor poder adquisitivo y marginada es la que ocupa las áreas ribereñas de mayor riesgo **(28)**.

En tal sentido puede observarse que el trabajo que lleva adelante la Facultad de Ingeniería, a través de su Departamento de Hidráulica en la Universidad Nacional de La Plata, ha permitido identificar que el cuarenta por ciento de las urbanizaciones gestionadas ante el municipio y aprobadas por el Concejo Deliberante en diciembre de 2018, podrían inundarse. De las 35 aprobadas, cinco tienen un nivel de alto riesgo, dos con nivel medio y siete con nivel bajo, en caso de repetirse un evento como el de 2013 **(29)**.

IV. Organismos y actividades esperadas frente a hechos como los del 2 y 3 de abril de 2013

Entendemos que hay que darle gran importancia a la defensa civil (o "protección civil") tanto en el ámbito nacional como provincial y municipal **(30)**.

Defensa civil es "un sistema de protección de la población, cuyo concepto más moderno consiste en la coordinación de los medios públicos y privados para la atención de emergencias". Su objetivo es evitar, mitigar y atender los efectos que producen los desastres a la comunidad. Estos desastres pueden ser de origen natural o antropogénicos.

Atendiendo a la necesidad de desarrollar en la provincia de Buenos Aires una acción de Defensa, se crean por dec. 5473 (27/05/1960), en el ámbito provincial, una junta provincial de defensa antiaérea pasiva y una junta de asistencia y lucha contra las inundaciones **(31)**. Esta es

(27) La zonificación es la definición de un conjunto de reglas para la ocupación de las áreas de mayor riesgo de inundación, previendo la minimización futura de las pérdidas materiales y humanas en función de las grandes crecidas. El Water Resources Council (1971) definió a la zonificación como "aquella que involucra la división de unidades gubernamentales en distritos y la reglamentación dentro de estos distritos de: a) usos de estructuras y de la tierra; b) altura y volumen de las estructuras; c) el tamaño de los terrenos y la densidad de uso".

(28) Esto último es digno de destacar si se toma en consideración que cualquiera de estas medidas conlleva un alto costo de tipo económico y la protección no debería quedar dependiente totalmente de la capacidad económica del propietario para realizarlas. Sólo como ejemplo, con la implementación de un plan, el distrito podrá permitir las construcciones en estas áreas, desde que atiendan las siguientes condiciones, de acuerdo al lugar en que puedan desarrollarse los eventos climatológicos como el del 2 y 3 de abril de 2013 (esto según Tucci y Simões Lopes, 1985): a. establecimiento de, por lo menos, un piso con nivel superior a la crecida que limita la zona de bajo riesgo; b. uso de materiales resistentes a la sumersión o contacto con el agua; c. prohibiciones de almacenamiento o manipulación y procesamiento de materiales inflamables, que puedan poner en riesgo la vida humana o animal durante las crecidas. Los aparatos eléctricos deben quedar en lugares seguros; d. protección de los rellenos contra erosiones a través de cobertura vegetal, gaviones u otros dispositivos; e. prever los efectos de las crecidas en los proyectos de sistemas pluvial y cloacal; f. estructuralmente, las construcciones deben ser proyectadas para resistir la presión hidrostática, que puede causar problemas de derrames, entre otros, a los empujes y momentos que pueden exigir anclaje, bien como las erosiones que pueden destruir las fundaciones; g. cierre de aperturas como puertas, ventanas y dispositivos de ventilación; h. estanqueidad y refuerzo de las paredes de los sótanos; i. refuerzo o drenaje de la losa del piso; j. válvulas en conducto; k. protección de equipos fijos; l. anclaje de paredes contra deslizamientos. La decisión sobre la obligatoriedad de protección de las nuevas construcciones en la zona de inundación es un proceso que debe pasar por una discusión amplia de la comunidad involucrada.

(29) Fuente web https://www.eldia.com/nota/2019-5-5-2-19-34-advierten-que-el-40-de-las-urbanizaciones-que-aprobo-el-concejo-podrian-inundarse-la-ciudad, donde además se recordó que tras 80 mm de agua caída sin parar el sistema de desagües ya deja de funcionar, poniendo en peligro a la población.

(30) Fuente web http://www.mseg.gba.gov.ar/defensacivil/resena.htm.

(31) Las que por atender sólo en parte las necesidades de la Defensa y ante la autorización conferida por el Decreto Nacional 7498/63 se da origen al Decreto-Ley Provincial 11.001/63 el cual es modificado por Ley Provincial 7738/71 y por su Decreto reglamentario 3567/73 que crea la Junta Provincial de Defensa Civil la que tuvo a su cargo la Planificación, Organización y Coordinación Superior de la Defensa Civil en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y cuyo organismo de trabajo permanente la Dirección de Defensa Civil. Dependiente de la Gobernación, en 1977 debido a un reordenamiento estructural pasa a ser Dirección Provincial de Defensa civil, en 1983 se transfiere al Ministerio de Gobierno en 1984 se cambia su denominación pasando a llamarse Coordinación General de De-

una función que realiza el Gobierno de la provincia de Buenos Aires a través de la Dirección General de Defensa Civil.

Por medio de la defensa civil las personas aprenden a identificar los riesgos y proteger sus vidas y sus bienes frente a emergencias o eventos adversos de origen natural (provocadas por la naturaleza) o por las de origen antrópico (provocadas por las actividades del hombre).

La base de la defensa civil es la organización municipal, por ello se destaca la importancia de la preparación local para emergencias, ya que son los municipios los que dan a su comunidad la primera respuesta ante una situación adversa que afecte a la población o sus bienes.

¿Cómo y cuándo actúa la defensa civil? Sus actividades se pueden dividir en 3 fases: antes, durante y después de la ocurrencia de un evento adverso. En la fase "antes" se realizan las actividades de prevención, mitigación y preparación. En la fase "durante" se realizan las acciones de respuesta, y en la fase "después" se desarrollan las tareas de rehabilitación y reconstrucción. Durante la emergencia ella pone en marcha las acciones de respuesta de acuerdo con lo planificado y a las necesidades que surjan de la propia emergencia, utilizando para ello los recursos humanos y materiales disponibles a nivel local y, una vez superado el momento más crítico, se comienza a trabajar en la rehabilitación de los servicios esenciales y la reconstrucción **(32)**.

V. Las primeras recomendaciones

Todo lo que ha sucedido entre los días 2 y 3 de abril de 2013 en La Plata y sus alrededores implica una lectura que, a más de seria y comprometida, no se limite solamente a la descripción de hechos dañosos.

Nada induce a pensar que se haya tratado de un evento recurrente en términos comparativos **(33)**; sin embargo, no podemos dejar de señalar que existen registros de eventos climáticos preocupantes al respecto **(34)**; así, por ejemplo, en el caso de la inundación de 2008 se estableció una recurrencia de 800 años mientras que para el 2013 fue de alrededor de los 10.000 años, sin embargo obsérvese que entre una y la otra solo hubo una diferencia de 5 años.

El trabajo debe ser encarado en el menor tiempo posible y ante el costo —en insumos de tiempo y dinero— de las medidas de fondo, podemos hacer hincapié en la necesidad de avanzar de forma urgente con las alternativas vinculadas a las medidas no estructurales.

El impacto que toda esta serie de medidas conlleva a nivel local es absoluto, porque cuando los hechos comienzan a sucederse, las actividades de los organismos encargados de dar respuesta se producen en el orden inverso a lo aquí observado, ya que la organización administrativa se define a través de estructuras de tipo piramidal, con funciones de mando verticalizadas, mientras que los acontecimientos aparecen en la base de la pirámide con necesidades de intervención desde abajo hacia arriba de las entidades estatales.

Entendemos que debe adoptarse el "Manual para el diseño de planes maestros para la mejora de la infraestructura y la gestión del drenaje urbano", que en su anexo C, "Los aspectos normativos y las soluciones no estructurales", dispone: "Es de hacer notar que la implemen-

fensa Civil de la Provincia de Buenos Aires, manteniendo su nivel de Dirección Provincial. En esta Ley también se detalla la organización municipal. Decreto-Ley 11.001/63: Art. 5: "Compete a la Junta Provincial de Defensa Civil, adoptar las previsiones y medidas de carácter general tendientes a prevenir, evitar, reducir y reparar los efectos de la posible acción enemiga o estragos resultantes de agentes naturales o no (tectónicos, meteorológicos, inundaciones, incendios, plagas, pestes, etc.) y que por sus características y naturaleza escapen al control de la organización normal de los servicios públicos y privados".

(32) Cabe destacar a modo ejemplificativo que en cuanto a las actividades operativas la provincia cuenta con tres Federaciones de Bomberos: Federación Bomberos Voluntarios de la Provincia de Buenos Aires; Federación Bonaerense de Asociaciones de Bomberos Voluntarios de la Provincia de Buenos Aires; Federación Centro Sur de Bomberos Voluntarios de la Provincia de Buenos Aires.

(33) Ampliar en BASTONS, Jorge Luis donde explica que "(a)quel día cayó una descomunal cantidad de lluvia en muy poco tiempo, produciéndose lo que los economistas y matemáticos especializados en estudiar el azar, llaman "cisne negro" (...)", fuente web http://www.eldia.com.ar/edis/20130602/Lluvia-cisnes-negros-opinion7.htm.

(34) Ver nota 1.

tación jurídico-institucional de las medidas no estructurales es de competencia provincial y/o municipal, confluyendo por lo general en razón de competencia territorial varios municipios y, en razón de la materia, tanto las legislaturas provinciales como los órganos de la administración provincial centralizada y descentralizada".

Cada una de las autoridades competentes ejerce atribuciones de regulación y fiscalización en las materias que le atañen y tienen a su cargo la ejecución de obras de distinta naturaleza. De tal modo, la formalización institucional de una "autoridad del área", conformada interjurisdiccionalmente por todos los "sujetos" involucrados (municipios) y con un nivel de gerenciamiento o ejecutivo, aparece como una medida no estructural tendiente a viabilizar decisiones coordinadas, armonización de disposiciones normativas sectoriales, la complementación de infraestructuras y prestación de servicios, ejecución de obras en forma consorciada, etc. **(35)**.

Desde el punto de vista jurídico, se requiere el diseño de instrumentos normativos basados en pautas y criterios de ocupación del territorio, en la descentralización de la gestión territorial y en la concepción de la ordenación del territorio como un proceso participativo que si bien excede la realidad local no la exonera de responsabilidad eminente.

Asumimos, junto a los profesionales que trabajaron en la elaboración del "Estudio sobre la inundación ocurrida los días 2 y 3 de abril de 2013 en las ciudades de La Plata, Berisso y Ensenada" **(36)**, que "una vez registradas las primeras evidencias de la magnitud del evento, las acciones desplegadas a nivel local en pos de su mitigación fueron tardías, caóticas e insuficientes; en los niveles normativos se observa abundante legislación que establecería una distribución de responsabilidades ante eventos como el ocurrido. Sin embargo, el déficit de la acción institucional se ha visto reflejado en la ausencia de articulación y coordinación de recursos en tiempo y forma (...).

"La existencia de zonas altamente urbanizadas emplazadas sobre los propios cauces y zonas aledañas. En esta *ocupación de los valles de inundación* debe centrarse el origen de los mayores daños registrados durante el evento.

"La *inexistencia de una gestión integral del riesgo de inundaciones* debe señalarse como una causa trascendente al momento de analizar las consecuencias del evento, principalmente en lo referente a la pérdida de vidas humanas. Se considera que la falta de gestión del riesgo de inundaciones fue determinante en la falta de implementación de acciones preventivas, correctivas y de acción durante la emergencia" **(37)**.

Consideramos que el manejo ordenado y eficiente de la gestión municipal de la emergencia permite acciones que pueden ser definidas a través de la implementación de programas de políticas públicas focalizadas, como el presupuesto participativo frente a la erogación de gastos en medidas no estructurales, promoviendo mecanismos de participación ciudadana tendientes a evitar los grados importantes de desconocimiento por parte de la población de la ubicación de las zonas de mayor o menor riesgo de inundación, y apuntando a la necesaria objetivación de la reacción del municipio frente a este tipo de eventos.

VI. Conclusión: el plan de reducción de riesgos ante inundaciones o "Plan RRI - Región La Plata" (38)

Se trata de un proyecto de reducción del riesgo frente a inundaciones, que ha ido avanzando hacia su consolidación definitiva desde fines del año 2019 y propone capacitar por ejemplo a vecinos, escuelas, hospitales, clubes y transporte público. Está siendo desarrollado institucionalmente en conjunto por la municipalidad y la Universidad Nacional de La Plata, a través del Departamento de Hidráulica de la Facultad de Ingeniería.

(35) Ampliar en "II.- resumen ejecutivo", fuente citada en nota 1.

(36) Ampliar en "II.- resumen ejecutivo", fuente citada en nota 1.

(37) Ampliar en "II.- resumen ejecutivo", fuente citada en nota 1.

(38) Fuente web https://www.eldia.com/nota/2019-3-4-2-41-43-anuncian-otra-etapa-de-obras-para-darle-batalla-a-las-inundaciones-la-ciudad e investigaciones realizadas por el Ingeniero Pablo Romanazzi y por la Facultad de Ingeniería, departamento de hidráulica, antes y después de la gran inundación del 02/04/2013.

Aún hoy, a más de ocho años desde la peor inundación de la historia de la ciudad, es innegable que cada vez que llueve los platenses tienden a pensar que algo malo puede ocurrir. De inmediato nos preguntamos si son suficientes las obras hidráulicas realizadas para poder evitarlas, cuáles son las zonas más vulnerables o qué medidas pueden tomarse para disminuir el riesgo **(39)**.

Si bien hubo avances en materia de obras estructurales, en el monitoreo de variables hidrometeorológicas y en la gestión de la respuesta ante emergencias, no podríamos negar que la ciudad sigue siendo muy vulnerable a las tormentas severas y a otros fenómenos naturales, de hecho, en 2019 hemos soportado un sismo que, si bien casi imperceptible, nos ha alertado sobre la situación de "zona sísmica" en la que se encuentra enclavado nuestro partido.

El plan tiene por objetivo elaborar un protocolo de actuación para cada barrio ante eventuales tormentas severas, es que sabemos que las habrá **(40)**. Lo primero que se hizo en tal sentido es establecer para la ciudad un mapa de riesgo hídrico urbano y rural **(41)**, evaluando la vulnerabilidad y peligrosidad en 350 barrios esperando que cada uno tenga su propio protocolo de actuación. Al mes de agosto de 2019 ya se contaba con 211 de ellos y el mapa en cuestión se elaboró con base en una eventual lluvia constante de seis horas, lo que arroja un total de 365 mm de agua caída. Allí se señalan las zonas que deben evitar los vecinos, cuáles son las mejores vías de circulación y cuáles, los lugares de encuentro. Ello se complementa con el COM (Centro de Orientación Comunal) que permite conocer en tiempo real el estado del clima y los arroyos, para anticiparse a las tormentas fuertes y así poder actuar preventivamente **(42)**.

Se debe generar un sistema de comunicación universal con directivas muy claras, con un logo simple y claro, una frecuencia de radio AM, internet, *app*, sirenas y también debe haber un tótem, que es una señal que se instala en cada cuadra con información, marcas y/o colores que indiquen la peligrosidad frente a la subida del agua **(43)**. Por ejemplo, todas las personas deben saber que una vez superados los 20 minutos de lluvia fuerte un área verde responde como el pavimento; o que con una profundidad de 40 a 50 centímetros de agua y una velocidad de uno a dos metros por segundo, la correntada arrastra a personas de cualquier peso y altura (según pruebas realizadas en España).

Internacionalmente se sabe que, en materia de daños materiales, cada dólar invertido en prevención ahorra alrededor de 7 dólares en costos de reconstrucción. Este dato debe coadyuvar en las discordancias que surgen a raíz del ingreso en esta discusión del factor inmobiliario, que involucra datos de tipo exclusivamente económicos en cuestiones en las que no podemos negar que se va la vida de las personas.

El ciclo de riesgo se compone de preparación, respuesta y reconstrucción, así que es preciso capacitar a la población en todos sus niveles e institucionalizar el programa, para que se convierta en una actividad permanente que trascienda las gestiones político partidarias locales.

También es muy importante sumar a la tecnología la posibilidad de caracterizar las tormentas por observación directa. No puede dejar de analizarse que las tormentas que inundaron la ciudad de La Plata tuvieron un comportamiento que ofrece la posibilidad de reconocerlas mientras suceden. Así, tanto en la del 27 de enero de 2002 como la del 28 de febrero de 2008, la intensidad de la lluvia (medida en milímetros por hora) fue elevada, constante y no se detuvo hasta transcurridos unos 80 minutos desde su inicio. La del 2 de abril de 2013, por su parte, tuvo una intensidad que se mantuvo sin merma durante 3 horas y ese tipo de descargas atmosféricas no pueden ser atendidas por el desagüe sin evitar que grandes masas de agua circulen en

(39) Ing. Pablo Romanazzi, especialista en la materia y coordinador del Plan RRI.

(40) Los avances del plan pueden seguirse a través de su página web en https://quehacerlaplata.org/

(41) Fuente web https://www.eldia.com/nota/2019-7-26-4-30-59-la-ciudad-ya-tiene-su-primer-mapa-de-riesgo-hidrico-para-enfrentar-posibles-inundaciones-la-ciudad#ath

(42) Fuente web https://www.laplata.gov.ar/#/gobierno/programa/ejes?categoria=monitoreoHidrometeorologico

(43) Por ejemplo, a raíz de mi última visita a Italia en 2019 pude ver en Piazza Navona, Roma, un tótem que señala la altura de la inundación del 23/12/1873.

superficie en su derrotero, que no es otro que su antiguo cauce, aunque a la ciudad se la haya plantado encima.

Solo para imaginar a qué nos enfrentamos si no actuamos con prontitud deberíamos recordar que aquel día —que dejó 89 muertos— era feriado; podríamos entonces comenzar a imaginar qué hubiera pasado si ese día hubiera sido laborable: los padres —por ejemplo— hubieran corrido a buscar a sus niños a los colegios; la dimensión de la tragedia entonces se torna inimaginable. Una ciudad como Miami, en alerta por huracanes, ha logrado que, mediante el apagado automático de las pantallas de los celulares de la zona, inmediatamente se informe que deben aprovisionarse todas las personas de agua potable y concurrir a un determinado sitio seguro, que también está señalizado en los mensajes.

Es cierto también que en la provincia de Buenos Aires se ha creado recientemente, en el ámbito de la Autoridad del Agua y de la Subsecretaría de Recursos Hídricos del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, el Sistema Inteligente de Monitoreo para la Prevención y Análisis del Riesgo Hidrometeorológico (SIMPARH), el que tendrá por objeto recabar y examinar información relevante para la toma de decisiones en materia de prevención y análisis de los riesgos de origen meteorológico e hidrológico **(44)**.

Lo que no se puede desconocer es que la planificación de cualquier ciudad, no se debe llevar adelante sin el conocimiento de todas las variables socioambientales y climáticas. Y que ese 2 de abril cayó la mayor lluvia de la historia, los arroyos recuperaron su huella hídrica, se inundaron 2.100 hectáreas de la cuenca del arroyo El Gato, 1.000 hectáreas de la cuenca del arroyo Maldonado, 190.000 personas fueron afectadas y murieron más de 80 en las calles.

Si pretendemos vivir en una ciudad viable, esto último es exactamente lo que no podemos permitir que vuelva a pasar.

(44) Ver dec. 81/2021 en BOPA del jueves 25/02/2021.

El caso "Ferrocarriles Argentinos SE", una técnica de participación pública diferente

Florencia M. Palacio

Sumario: I. Introducción.— II. La importancia de la participación pública en Argentina.— III. Formas de participación pública. La audiencia pública.— IV. El caso "Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado".— V. Audiencia pública vs. representante del usuario en el directorio.— VI. Conclusión.

I. Introducción

La búsqueda de una ciudadanía más activa y participativa es una meta que ha puesto la Argentina a los fines de alcanzar el completo goce del derecho de los usuarios, con quienes se ha comprometido a través de los tratados internacionales incorporados en el texto constitucional y mediante el art. 42, CN.

El repliegue del Estado en el ámbito de la prestación de los servicios públicos ha sido acompañado con una mayor actividad de los particulares. Ello con la creación de mecanismos alternativos de participación que intentan soslayar las desigualdades existentes entre las empresas prestatarias de servicios y los usuarios.

El caso de Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (FASE) resulta novedoso en tanto emplea una forma alternativa de participación pública. Se trata de la representación de los usuarios del servicio de tren dentro del propio directorio de la SE (conf. art. 9°, ley 27.132).

Este mecanismo, pareciera ser, el más efectivo o, al menos, el que aproxima a la incorporación de la ciudadanía en la toma de decisiones dentro de las empresas de servicios públicos.

¿Cómo funciona el método elegido por FASE? ¿Qué diferencias se encuentran con la técnica de participación pública más popular en la Argentina, la audiencia pública?

II. La importancia de la participación pública en Argentina

La participación pública es un tema nuevo en nuestra legislación; en este sentido, "[n]uestra Constitución histórica 1853/60 no solo no contenía una norma expresa que contuviese la garantía de participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, sino que daba pie a interpretaciones restrictivas merced al contenido de su artículo 22" **(1)**. Por este motivo, la prohibición incluida en el art. 22 de la CN que establece: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución..." hoy debiera interpretarse, "y de los canales institucionales que las leyes y reglamentos establezcan al efecto". En este sentido, "[t]al como quedo redactada la norma, el sistema democrático es representativo aun cuando esa característica ha sido atemperada por la inclusión de formas semi- directas democracia" **(2)**. Al menos en este sentido se

(1) SCHEIBLER, Guillermo "Participación, una ciudadanía activa para una administración transparente", en D'ARGENIO, Inés (dir.) "Transparencia en el ejercicio de la función administrativa", Homenaje a Bartolomé Fiorini, LEP, La Plata, 2007, p. 259.

(2) GELLI, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", La Ley, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 218.

pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al rechazar en 1984 la declaración de inconstitucionalidad del Decreto 2272/84 que convocaba a consulta popular respecto de los términos del arreglo con Chile en la zona del Canal de Beagle **(3)**.

Por su parte, y aunque primero fue incorporándose en normativas con rango inferior al constitucional, "todo lo expuesto resulta confirmado con la incorporación expresa en la Constitución de 1994 de algunos mecanismos de democracia semidirecta y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos que prevén el derecho de participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos" **(4)**.

En ese orden de ideas, la Constitución Nacional garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del art. 1º de los arts. 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo —que establece nuevos derechos y garantías— y del art. 75, inc. 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales **(5)**. Es así como se encuentra incorporado en el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 23.1; en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 21.1; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 25; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus arts. XIX y XX y en la Convención Interamericana contra la Corrupción en sus arts. III y XIV.

En efecto, cabe recordar que la participación, además de los derechos electorales, viene reconocida como obligación de los Estados **(6)**. Mas allá de que sea una deber constitucional e internacional del Estado asegurar la partición de la ciudadanía en la toma de las decisiones, debemos recordar que es una garantía de primordial importancia para asegurar la transparencia de los gobiernos, en este sentido, "la palabra transparencia viene a ocupar un lugar entre esas palabras que son deseadas por políticos y ciudadanos. Una bandera que se enarbola como ocurrió con la libertad, igualdad, fraternidad o solidaridad. No se trata de una mera transparencia administrativa, sino que va más allá, englobando el derecho a acceder a la información pública y vinculándose con el concepto de buen gobierno. Algo que parece esencial y necesario en nuestro futuro" **(7)**.

III. Formas de participación pública. La audiencia pública

En nuestro sistema normativo encontramos diversas formas de participación pública; estas son el derecho de acceso a la información pública, el presupuesto participativo, la acción de amparo y las acciones declarativas de inconstitucionalidad, el procedimiento de "doble lectura" y las más común en lo que respecta a servicios públicos y de las que hablaremos a continuación: las audiencias públicas de requisitoria ciudadana.

El dec. 1172/2003 estableció diferentes mecanismos tendientes a la transparencia de la gestión administrativa de los actos de gobierno, procurando facilitar el acceso a toda información en poder de la administración pública, y a incluir a los ciudadanos en el proceso de formación de decisiones **(8)**.

De esta forma, en su art. 3° expresa que "la Audiencia Pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisiones, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión". En el mismo sentido, establece en el art. 4° que "la finalidad de la audiencia pública es permitir y promover una efectiva participación ciudada-

(3) CS, "Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina", Fallos: 306:1125.

(4) SCHEIBLER, Guillermo, ob. cit.

(5) Considerando primero del dec. 1172/2003 - Acceso a la información pública.

(6) GORDILLO Agustín, "Tratado de derecho administrativo", Buenos Aires, 2014, t. II, cap. XI, p. 451.

(7) SÁNCHEZ de DIEGO FERNÁNDEZ de LA RIVA, Manuel, "31 Visiones actuales de la Transparencia", Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. Edic. DMK Consultores. ISBN: 978-84-697-6138-0, p. 5.

(8) ELIADES, Analía Graciela, "Las Audiencias Públicas como mecanismo institucional para la transparencia y la Participación Ciudadana", Revista digital Pensamiento Civil, 02/03/2020.

na y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta".

La audiencia pública se encuentra contemplada expresamente en diversas leyes. Así, en la ley 24.076 (BO. del 12/06/1992) regulatoria del servicio público de gas, en la ley 24.065 (BO. del 19/12/1991), regulatoria del régimen de la energía eléctrica, en la ley 25.675 (BO. del 28/11/2002), General del Ambiente, reglamentaria del art. 41 de la Constitución Nacional, en la ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, en la ley 27.275, para la designación del titular de la Agencia de Acceso a la Información Pública, en la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, etc. Por este motivo, es que me atrevo a decir que la audiencia pública es la técnica más incorporada en el sistema normativo argentino para cumplir con la obligación constitucional de asegurar la participación pública en las empresas de servicios públicos.

Corresponde señalar que las presentes normativas no establecen la obligatoriedad de la celebración de audiencias públicas con anterioridad a la emisión de decisiones de la Administración. Sin embargo, sí el derecho de los particulares a solicitar la celebración de una audiencia pública ante el organismo correspondiente. Por lo tanto, si no es obligatoria la celebración de la audiencia y tampoco es obligatorio obedecer a las exigencias y pedidos de los usuarios de servicios públicos, solicitados al momento de la celebración de la audiencia, ¿qué tan eficaz es este sistema de participación pública para los usuarios?

IV. El caso "Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado"

Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado es una empresa de servicios públicos creada en el año 2015 por la ley 27.132. Su objeto social consiste en integrar y articular las distintas funciones y competencias que tienen asignadas las sociedades creadas por la ley 26.352 y por el decreto 566 del 21 de mayo de 2013 y la articulación de todo el sector ferroviario nacional (conf. art. 5°, ley 27132). Es decir, será quien proponga las prácticas y líneas de acción coordinadas entre la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado y la Sociedad Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima supervisando su implementación, como así también, aprueba las políticas, planes, programas y proyectos tendientes a la mejora constante del transporte ferroviario que lleven adelante las sociedades ya mencionadas (conf. art. 6°, ley 27132).

Esta sociedad es supervisada por el Ministerio del Interior y Transporte (conf. art. 8°, ley 27132), hoy Ministerio de Transporte.

Para el cumplimiento de su objeto social, "la dirección y administración de la sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado estará a cargo de un [1] directorio integrado por un [1] representante de la Secretaría de Transporte del Ministerio del Interior y Transporte designado por dicho ministerio, el señor presidente del directorio de la Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado o de la sociedad que la reemplace en el futuro, el señor presidente del directorio de la sociedad Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado o de la sociedad que la reemplace en el futuro, el señor presidente del directorio de Belgrano Cargas y Logística Sociedad Anónima o de la sociedad que la reemplace en el futuro, dos [2] representantes designados por el Ministerio del Interior y Transporte a propuesta de las asociaciones sindicales con personería gremial representativas del sector ferroviario *y un [1] representante de los usuarios designados por el Ministerio del Interior y Transporte"* **(9)** (el subrayado me pertenece).

Por este motivo, mediante res. 2112/2015 del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación, se ha establecido el método de designación del representante de los usuarios, poniendo de resalto la obligación de cumplir con la tutela de los derechos de los usuarios del transporte ferroviario de pasajeros ante el directorio la FASE. **(10)** Es así como, en su art. 1° (Anexo) se establece: "*El representante de las asociaciones*

(9) Art. 9°, ley 27.132.

(10) Conf. art. 1° del anexo I de la res. 2112/2015 del - Reglamento de Selección del Representante de los Usuarios ante el Directorio de la sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado.

de usuarios y consumidores que tengan dentro de su objeto la tutela de los derechos de los usuarios del transporte ferroviario de pasajeros ante el directorio de la sociedad Ferrocarriles Argentinos Sociedad Del Estado, constituida por el artículo 5° de la ley 27.132, *será designado por el Ministerio del Interior y Transporte*, en la forma indicada por este reglamento.

"Todo aquello que no esté regulado en el presente, se regirá por lo dispuesto en el reglamento de funcionamiento del Consejo Consultivo de los Usuarios aprobado por la res. 339 del 08/04/2015 de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, organismo descentralizado actuante en la órbita de la Secretaria de Transporte del Ministerio del Interior y Transporte".

Continúa el art. 2° (Anexo) con lo siguiente: "El Consejo Consultivo de los Usuarios, organismo actuante en la órbita de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, llevará adelante el procedimiento de selección del *representante de las asociaciones de usuarios y consumidores que tengan dentro de su objeto la tutela de los derechos de los usuarios del transporte ferroviario de pasajeros"* (el subrayado me pertenece).

En este orden de ideas, y tal como mencionamos anteriormente, en el art. 9° *in fine*, es donde emerge lo destacable del caso de FASE. Y esto es, la decisión del Poder legislativo, de incluir dentro del directorio de esta joven sociedad, a un representante de los usuarios del tren.

Mas allá de que pueda criticarse el hecho de que sea solo uno [1] el representante de los usuarios dentro del directorio, como así también que tanto los representantes de las Sociedades hermanas SOFSE, ADIFSE y BCyL como el representante del Ministerio del Interior y Transporte obedecen a una misma línea política **(11)**, totalizando cuatro [4] votos de los siete [7] que constituyen el directorio, sin embargo, y en una mirada optimista, podemos destacar la conquista del usuario, quien solo parecía estar mencionado en el art. 42 de la CN y Tratados Internacionales, y hoy se ha operativizado, asignándole a aquel un voto dentro del directorio de esta Sociedad.

V. Audiencia pública vs. representante del usuario en el directorio

Como dijimos anteriormente, con el sistema de las audiencias públicas se denota una clara flaqueza. Esta se halla en que las manifestaciones vertidas en la audiencia no resultan vinculantes para quien deben tomar las decisiones. Sin embargo, por más del carácter no vinculante de las participantes de estas audiencias, la CS dejo bien en claro en el caso "CEPIS" **(12)**, que la obligación del Estado de llamar a audiencias públicas previas, antes de establecer o modificar las tarifas de servicios públicos, tenía su fuente constitucional en los arts. 42 y 43 CN e interpretó que la participación en esas audiencias constituía un derecho operativo de los usuarios.

Asimismo, en un importante fallo de la Cámara de Apelaciones Contenciosa, se continuó con este criterio al considerar que "...en el art. 42 de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada" a través del procedimiento de la audiencia pública **(13)**.

Por otra parte, a diferencia de la situación de FASE, el sistema de audiencias públicas suma un punto a favor y es su carácter de "público", estas se presentan en un doble sentido. En primer lugar, por la publicidad y transparencia que conlleva todo el procedimiento, y en segundo término, por la posibilidad de acceso y participación a través de la oralidad que lo caracteriza, del público en general y de todos los

(11) Según el art. 13 de la ley orgánica de FASE (Ley 27.132), esta S.E. es propietaria del 100% de las acciones de ADIFSE, SOFSE y BCyL (también del 16% de NCA, FERROSUR Y FEPSA). Que, a su vez, se encuentra bajo la órbita y control del Ministerio de Transporte de la Nación. Por lo tanto, los directores de estas Sociedades del Estado son designados en línea con la política Nacional.

(12) CS, "Centro de Estudios. para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016.

(13) CNFed. Contenciosoadministrativo, "Youssefian, Martín c/ Sec. de Comunicaciones s/ Amparo Ley 16.986", 06/11/1997, Consid. V.

sectores interesados que sean reconocidos como parte **(14)**.

Por el contrario, en FASE, el representante de los usuarios del servicio de tren, cuentan con voz y con un voto, siendo de esta manera parte de la decisión asumida por la Sociedad.

En este sentido ha dicho Gordillo: "una forma de participación no excluye la otra, aunque la participación decisoria en los cuerpos colegiados de la administración, con voz y voto, es posiblemente de mayor entidad que la audiencia pública, pues en ella el público se limita a defender sus derechos, pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse" **(15)**.

Entiendo que, por más que la obligatoriedad de la audiencia previa al aumento de las tarifas no resulta ser eficaz, en tanto, por más que el proyecto sea rechazado en la audiencia, "eso no implica que los mismos no puedan efectivizarse, aunque le pueden sugerir al Gobierno distintas alternativas para aumentar las tarifas" **(16)**.

Con respecto al sistema FASE, una crítica que advierto es el hecho de no estar representados dentro del directorio a los usuarios de los trenes de cargas. Siendo que el transporte ferroviario de mercaderías se encuentra en aumento y la merma transportada cada vez más diversa **(17)**, es que correspondería que estos puedan ser parte del directorio, procurando hacer oír sus reclamos, en tanto, muchas veces resulta ser inaccesible para el pequeño productor, acceder a este medio de transporte.

VI. Conclusión

En conclusión y habiendo finalizado con el análisis respecto a la situación del usuario frente a las distintas técnicas de participación pública dentro de las empresas de servicios públicos, podría afirmarse que el sistema que ha seleccionado el legislador al momento de redactar la ley orgánica de FASE se ha realizado procurando una representación general de los distintos sectores de la sociedad.

En este sentido, y más allá que el voto del representante de los usuarios signifique 1/7 (uno de siete) de los votos del directorio, el hecho que exista un representante de los particulares que pueda manifestar sus ideas, proponer líneas de acción, votar, etc. significa una conquista en los derechos del usuario.

Sin ánimo de críticas, considero que el sistema de la audiencia pública, hoy, tal como está planteado, ha quedado endeble en tanto la falta de obligación de cumplimiento de las decisiones tomadas en la audiencia.

A estos efectos y con el objeto de darle un cierre a este trabajo es que propongo comenzar a pensar la posibilidad de los usuarios votando dentro de estas audiencias y que dicha votación pueda ser registrada y tomada en cuenta para establecer los lineamientos a tomar.

Por su parte, con respecto al sistema FASE, entiendo que, con la incorporación de un miembro en el directorio que participe en nombre de los usuarios de los trenes de carga, la representación sería completa y, a mi gusto, la favorita.

(14) FONROUGE, Máximo, "Las audiencias públicas", Revista de Derecho Administrativo N° 24/26, Lexis Nexis, p. 183.

(15) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", ob. cit., p. 452.

(16) Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicación "Novedades sobre los aumentos en las tarifas de los servicios públicos".

(17) "Trenes Argentinos Cargas (TAC), organismo dependiente del Ministerio de Transporte, encargado de la gestión de las tres líneas estatales de cargas -Belgrano, San Martín y Urquiza-, cerró el 2020 con un total de 6.146.039 toneladas frente a las 5.347.411 contabilizadas el año anterior, número que significó el mejor registro de TAC en los últimos 10 años...". Trenes Argentinos Cargas, Bs. As. (18/01/2021), "Trenes Argentinos Cargas transportó un 15% más durante el 2020".

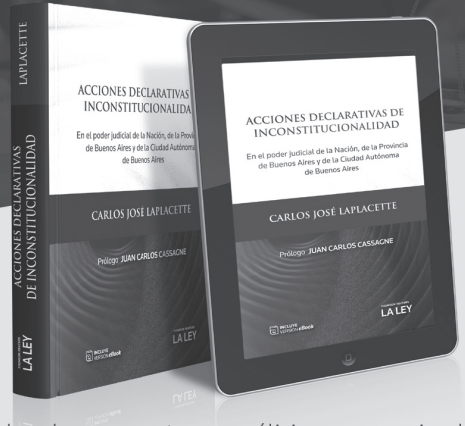
THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

ACCIONES DECLARATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el poder judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Carlos José
Laplacette

1 Tomo + *eBook*

La obra presenta un análisis pormenorizado de los fundamentos constitucionales, procesales e históricos de las acciones declarativas de inconstitucionalidad. En esta publicación, se abordan las implicancias concretas que las bases y fundamentos tienen en el funcionamiento diario de estos procesos. Se estudian los problemas usuales en estos juicios, como los distintos tipos de procedimientos y su relación con el amparo, entre otros.

Se incluye también una gran cantidad de aspectos estrictamente prácticos, como la regulación procesal de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en CABA y en la Provincia de Buenos Aires, o la relación entre aquellas y otras vías procesales previstas tanto en el ámbito nacional como en las jurisdicciones locales.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

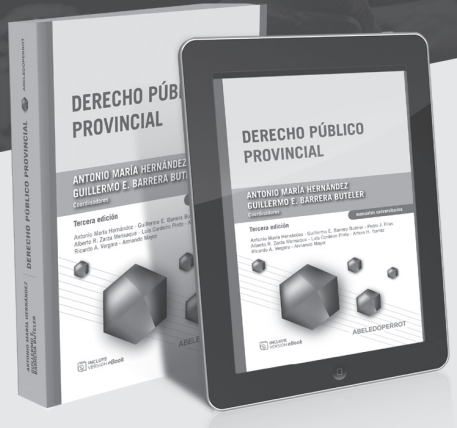
ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

3.ª edición



Coordinadores:
Antonio María **Hernández** •
Guillermo E. **Barrera Buteler**

1 Tomo + *eBook*

Esta es la tercera edición de la obra Derecho público provincial, que se utiliza desde su primera edición en varias cátedras de Derecho Público del país, pero sobre todo, en la cátedra de Derecho Público Provincial en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

La nueva actualización de este manual viene a **renovar la doctrina y jurisprudencia sobre la materia**, ya que han pasado varios años desde su última edición. De la misma manera, la publicación también busca acompañar el proceso de modificación de los planes de estudio de las facultades de Derecho del país.

ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la obra.
Comience a leer la introducción.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

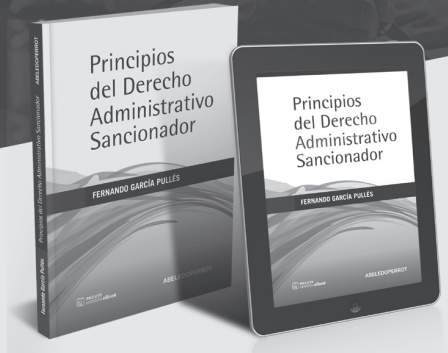
ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR



Fernando
García Pullés

1 Tomo + *eBook*

El Derecho Sancionador es la rama del Derecho Administrativo que prevé y regula la potestad de imponer castigos por parte de la Administración Pública.

A lo largo de los años, esta potestad se convirtió en un instrumento de las técnicas regulatorias y disciplinarias, muy vinculadas a quienes ejercen el poder, convirtiendo a veces más peligrosos a los que sancionan que a los propios infractores.

El autor considera preciso hacer un análisis transparente y eficaz de la política infraccional y sancionatoria, en cada uno de sus territorios, lo que da como resultado, una obra con contenido sumamente actual, y poco tratado por la doctrina. Su tratamiento, fue pensado no solo para el ámbito académico, sino también como herramienta de trabajo para los profesionales del Derecho.

ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la obra.
Comience a leer la introducción.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam