

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

MARIO REJTMAN FARAH

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

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

I. A MODO DE BALANCE

La Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho nos invita a reflexionar sobre las recientes modificaciones introducidas por la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, conocida como Ley de Bases¹. Agradezco en la persona del Dr. Enrique Alonso Regueira tal excelente iniciativa y la oportunidad de participar en esta obra. La Asociación de Docentes constituye un privilegiado foro para analizar este tema por la pluralidad de pensamientos que caracteriza a esta Universidad, por el nivel de excelencia de sus cuadros docentes y por la libertad de ideas que en ella circula.

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

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

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

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

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

2. UN DERECHO ADMINISTRATIVO AUSENTE

Alguna vez me ocupé de poner de relieve la existencia de un Derecho Administrativo en retirada². En otras ocasiones me referí al desencuentro entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) y el actuar administrativo³. Se menciona también al fenómeno de la huida del Derecho Administrativo.

En esta oportunidad, a dichas calificaciones agregaría una más: la debilidad que en ocasiones presenta nuestra disciplina para resguardar los derechos de las personas frente a la obligación de promover la tutela administrativa y judicial de los particulares y evitar la asincronía entre el Derecho escrito y el Derecho practicado. También en lo que se refiere a la protección de aquellos en situaciones de vulnerabilidad⁴.

Me referiré solo a algunos aspectos del Capítulo III de la Ley 27.742 en relación al procedimiento administrativo regulados por la Ley 19.549, así como a otros no modificados sustancialmente, los que, a mi juicio, no impulsan ni contribuyen a hacer efectivo aquellos derechos. Esto a pesar de que la ley incorpora expresamente como un principio esencial del procedimiento el de la tutela administrativa efectiva ampliando, asimismo, esta garantía a los derechos o intereses jurídicamente tutelados.

2 Ver así entre otros trabajos, Mario REJTMAN FARAH, *¿Un derecho administrativo en retirada?* Estudios de Derecho Público, p. 251-269, Vol. 464

3 Mario REJTMAN FARAH, *Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas*, publicado originariamente en *Suplemento Derecho Administrativo*, LL 2010. Luego reproducido en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, Tomo 7, Capítulo XXVII, pp. 485 y ss.

4 Ampliar en Mario REJTMAN FARAH, *Diálogos entre el derecho administrativo y la vulnerabilidad social*, *Revista de Derecho Administrativo*, Juan C. CASSAGNE, Director, Abeledo - Perrot, marzo - abril 2022.

3. ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES DE LA REFORMA –O LAS PREVISIONES QUE NO SE REFORMARON– RESPECTO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Veamos ciertas cuestiones derivadas de la Ley 27.742 y otras que ella mantuvo, ya previstas en la Ley 19.549.

Opto por seleccionar un conjunto de ellas que, entre otras y a mi criterio, no satisfacen los derechos de los particulares cuyos derechos o intereses deben estar jurídicamente tutelados. Dada la naturaleza de este trabajo, lejos estoy de agotar el tratamiento del tema.

3.1. Las audiencias públicas

Incluyo en este breve análisis a este procedimiento administrativo previo al dictado de actos de alcance general o de algunos de particular relevancia.

Una de las previsiones de la Ley 27.742, Cap. III, que traduce a mi criterio un retroceso, es exigir la celebración de una audiencia pública previa solo cuando una norma de rango legal la imponga como obligatoria⁵.

A esta limitación –esto es, que dicho procedimiento debe venir exigido por una norma de rango legal– se le suma otra: la posibilidad discrecional que confiere la ley a la Administración de sustituir su celebración por una consulta pública u otro procedimiento similar.

La consulta pública no puede asimilarse ni reemplaza a una audiencia pública en la que existe debate, posibilidades de refutaciones, réplicas, intercambio entre los asistentes, etc.

Prever la celebración de una audiencia pública solo cuando lo exija una norma de rango legal traduce, además, una lesión a la tutela administrativa efectiva, en particular al derecho de los potencialmente afectados por un acto administrativo de alcance general o por algunos de particular relevancia. Se los priva del derecho a ser oídos en forma efectiva y adecuada atentando ello contra el principio de buen gobierno.

5 Conforme art. 25 del Cap. III de la ley que incorpora a la Ley 19.549, el art. 1 bs, apartado a) punto i: ... “Cuando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos...”.

No puede ser potestativo oír previamente a los potenciales afectados a través de una audiencia pública y reemplazar a este procedimiento por otro mecanismo consultivo⁶.

Es innegable el extraordinario desarrollo que ha tenido la potestad reglamentaria de la Administración Pública, lo que ha provocado un laberíntico sistema de disposiciones, con frecuencia de difícil acceso, que lejos está de promover la seguridad jurídica. Bien se ha dicho que este fenómeno constituye una paradoja si se tiene en cuenta que la seguridad es uno de los postulados básicos de cualquier sistema normativo.

Calificada doctrina se ha referido con insistencia al riesgoso crecimiento expansivo de la potestad normativa de la Administración Pública, incluso a alguna conferida a órganos de segundo grado⁷.

La celebración del procedimiento previo de audiencia pública fortalece los combatir lo que se ha dado en llamar *la captura regulatoria* por parte de sectores que pueden llegar a presionar para proteger sus intereses. Cuestión que, a veces, a pocos preocupa.

Por otra parte, y tal como en una oportunidad ya lo he mencionado, la audiencia pública es un procedimiento de diálogo, debate y deliberación para que la Administración someta un proyecto al debate público de los interesados... No se trata de que aquellos emitan opiniones aisladas sino que puedan, en una misma oportunidad, dialogar o replicar las demás posiciones expuestas por otras partes, refutarlas o ratificarlas, arrimar pruebas y expresarse sobre las argumentaciones desarrolladas⁸.

Reconozco que el Cap. III de la Ley 27.742, con muy buen criterio, incorpora como un deber de la Administración Pública considerar las principales cuestiones planteadas en la audiencia antes de adoptar una decisión, como parte de los antecedentes de hecho, del futuro acto administrativo. De todos modos, si

6 Conforme lo garantizan el art. 18 de la Constitución Nacional y el 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Principio además recogido por el art. 1° de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, el que no distingue, a los efectos de su obligatorio cumplimiento, entre los actos particulares y los generales, garantizando el derecho de los interesados al proceso adjetivo.

7 Como afirma Agustín GORDILLO, ... el reglamento es a la vez la más extendida y la más problemática de las fuentes del derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia sempiterna de la administración a fijar continuamente, sin demasiado estudio ni reflexión, normas generales propias para todo lo que hace. La palabra "reglamentarista" del lenguaje común es sinónimo de previsión detallada y cuasi absurda. Ver Tratado...ya cit. Tomo II, Cap. X, p. VII y ss.

8 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *El Procedimiento de Audiencias Públicas*, en *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos Especiales*, Tomo IV, Cap. X, Buenos Aires, La Ley, 2012, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Fernando Juan Lima, Armando Canosa (Directores).

ello no fuera así se vulneraría el art. 7° de la propia ley en lo referido a la causa y motivación del proyecto sometido a tal procedimiento.

3.2. *El ámbito de aplicación de la ley*

Quedan fuera del alcance del Cap. III de la ley las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias, las empresas y sociedades del Estado Nacional y sus entidades financieras o bancarias, que se prevé sean regidas en esta materia en sus relaciones con terceros por el Derecho Privado. No comparto tal exclusión. Al menos en lo vinculado a los principios generales.

Desde la perspectiva de calificados autores, en el Derecho Administrativo argentino las sociedades anónimas cuyo capital pertenece en un 100% al Estado son entes descentralizados de la Administración Pública, más allá del régimen normativo que les sea aplicable o de la forma o el ropaje externo que ellas asuman. Su calidad estatal en consecuencia determina la necesaria e imperativa aplicación de normas y/o como en este caso principios de Derecho Público administrativo, que rigen en materia de procedimiento administrativo⁹.

Calificada doctrina ha concluido que, como en apariencia la regulación de estas empresas es privada, es razonable que se las consideren sociedades comerciales comunes y ajenas a la Administración Pública. No obstante, esto es más aparente que real, en la medida en que, si leemos detenidamente el régimen jurídico que para estas formas societarias ha sido establecido, veremos que bajo un sistema aparentemente privado subyace en gran medida un interés público. Por eso la misma doctrina expresó que estos sujetos no están relevados del cumplimiento de los principios jurídicos elementales, que atañen al sector público¹⁰.

Así una sociedad anónima cuyo paquete accionario pertenece al Estado en un 100%, ejerce una actividad por parte de este, aun cuando no cumpla una función propiamente estatal. De ello, en forma inevitable se desprende que los principios generales aplicables al Derecho Administrativo en general y al

9 Ver entre otros Luis Eduardo REY VÁZQUEZ en La organización administrativa descentralizada: El caso de las empresas y sociedades estatales, core.ac.uk/reader/61910000

10 Ver Alberto B. BIANCHI, Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa, *Revista ED*, 129-266 quien sostiene que “el límite de la Administración Pública, [...] lo constituyen las Sociedades del Estado, ya que representan el último grado de la descentralización administrativa posible”. Considera así que como en apariencia la regulación de estas empresas es privada, es razonable que existan inclinaciones doctrinarias que las consideren sociedades comerciales comunes y ajenas a la Administración Pública. Lo que el citado autor no comparte.

procedimiento administrativo en particular no les pueden ser ajenos. Sea en forma directa, subsidiaria, supletoria o analógica.

A la cuestión de si las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, pertenecen o no a la Administración Pública se ha opinado que “[...*sin duda alguna las susodichas sociedades integran los cuadros de la administración...*] pues estos sujetos no están relevados del cumplimiento de los principios jurídicos elementales, que atañen al sector público”¹¹.

Coincidió con este criterio la CSJN en la causa “La Buenos Aires Cía. de Seguros”¹². Se resolvió allí que “El concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (Administración Pública nacional, provincial y municipal en los casos en que resulta autónoma). De allí que, en una primera aproximación, no cabe excluir a empresas de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal”.

En dicha causa, el dictamen del Procurador General de la Nación, que la CSJN hizo suyo, señaló que las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, y con mayor razón ello aplica a las sociedades anónimas cuyo capital accionario está en un 100% en manos del Estado, están regidas por un ordenamiento jurídico complejo presidido por disposiciones de derecho privado, en lo que hace al objeto específico de actuación, pero influido por normas de derecho público derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de su actividad.

Concluyó el dictamen del Procurador General que el Tribunal Federal hizo suyo, que “la empresa demandada ha sido constituida como una sociedad anónima, en la que los entes estatales tienen la mayoría accionaria y decisoria, creada bajo el régimen jurídico previsto en la Ley de Sociedades 19.550, Sección VI. Con esta sola mención, podría concluirse que el sistema normativo que le resulta aplicable es de naturaleza privada, [...] no obstante, la regulación jurídica aplicable a este tipo de empresas ha ido nutriéndose en el tiempo con otras normas que reflejan un panorama complejo, pone en crisis la primera afirmación. Así, la Ley 19.549, que establece las normas básicas a que deben sujetarse los procedimientos administrativos, fija su ámbito de aplicación en la Administración Pública Nacional, aclarando que se trata tanto de la centralizada como de la descentralizada”. Concluyó así que: “El concepto de descentralización [...] es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización. [...] no cabe excluir a

11 Ver cita anterior.

12 CSJN, Fallos 350-311

empresas como las que aquí se trata de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del Estado”.

3.3. *Los principios del procedimiento administrativo recogidos por el Capítulo III de la Ley 27.742*

Se consagran en la ley diversos principios vinculados al procedimiento administrativo. Así, prevé que este se rige por los de la tutela administrativa efectiva, la confianza legítima, la buena fe, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la transparencia, la simplificación administrativa y la buena administración.

Debo reconocer que es bienvenida esta consagración legal como pautas directrices a cuyo amparo debe desarrollarse el procedimiento administrativo.

No obstante, aun considerando su entidad, se producen frecuentemente violaciones al momento de su aplicación, tal como en numerosos casos lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Confío no suceda ello al momento en que los jueces deban dirimir conflictos en esta materia en los que aquellos se vean vulnerados.

Celebro la apelación e incorporación del principio de juridicidad, el que muestra una perspectiva más amplia que el de legalidad, pues a diferencia de este, centrado en la obligatoriedad de cumplir con lo que dispone la ley, el primero busca dar un sentido interpretativo más amplio no limitándose solo a la ley formal, sino a principios jurídicos, estén ellos positivizados o no.

La ley hace explícito lo que doctrina y jurisprudencia ya habían previsto desde hace tiempo. Lo que deriva, entre otras facetas, que prime en el procedimiento administrativo el principio de la verdad material, que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones que tienden también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.

La ley introduce también como principio el de proporcionalidad, el que de todos modos no es sino uno de los modos en que se traduce el de razonabilidad. La exigencia que es imprescindible su estricto acatamiento venía ya recogida por toda nuestra jurisprudencia. Incluso para la doctrina dominante, razonabilidad y proporcionalidad son sinónimos, aunque habitualmente se haga referencia al principio de razonabilidad, pero como sinónimo del de proporcionalidad. De hecho, el principio estaba ya receptado en el art. 7º, inc. f, de la anterior LNPA.

En cuanto al principio de tutela administrativa efectiva, este no es más que la garantía del debido proceso adjetivo que contenía el texto original de la LNPA. Lo que no impidió la existencia de frecuentes violaciones a aquel.

Es de destacar asimismo (como faceta de la tutela administrativa efectiva) la recepción a nivel legislativo el principio del plazo razonable, sentado por la

Corte Suprema en el caso “Losicer”¹³. Aun cuando no alcanzo a avizorar qué consecuencias jurídicas tendrá la violación a tal principio.

El principio de transparencia en todo el actuar administrativo también había sido incorporado a nuestra legislación nacional antes de esta ley. En materia de procedimiento administrativo se lo vincula también al de publicidad. Me referí a este principio aplicado al procedimiento en un trabajo anterior de hace casi 20 años¹⁴. La existencia de tal principio no ha servido para disuadir o impedir la existencia de actos violatorios de aquel.

Entre otros precedentes, puede verse que en el caso “Astorga Bracht”¹⁵, la CSJN lo vinculó a la publicidad y vista de los expedientes, del que se deriva exigencia de que los procedimientos administrativos sean públicos, teniendo, consecuentemente, carácter restrictivo el secreto del expediente. Ya habíamos señalado en sentido concordante, que la publicidad y transparencia en el marco del procedimiento administrativo suponen el leal conocimiento e información ya que sin publicidad no hay transparencia¹⁶. El principio fue también recogido por la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁷ y por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁸. De modo que, aunque ya era un principio recogido legalmente, lo que abunda no daña.

El principio de simplificación también tuvo recepción en nuestro ordenamiento administrativo a través del Decreto 891/17 y el Decreto 894/2017 promoviendo buenas prácticas en la materia. Darle jerarquía de ley no es para nada criticable. Solo me pregunto si ello será suficiente al momento de su aplicación. Una sociedad no se cambia por una norma. La Administración Pública tampoco. No pretendo ser escéptico. Solo advertir sobre estas cuestiones.

La ley incorpora también otros principios como el de buena fe, la confianza legítima, la tutela administrativa efectiva y la buena administración.

Soy un tanto escéptico acerca de la eficacia que tendrá esta mención a diversos principios generales para mejorar la protección de los particulares. Veremos qué resuelve la justicia con el paso del tiempo

Nuestra Justicia se ocupó de aplicarlos como principios generales sin necesidad de la consagración en la ley. Confiemos que la conducta de la Administración se regirá por ellos al momento de aplicarlos a cada caso concreto, para que no

13 CSJN, Fallos 247:121

14 Ver REJTMAN FARAH, Mario, El principio de transparencia en el procedimiento administrativo, en *Procedimiento y proceso administrativo*, Juan C. CASSAGNE (Director) Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 79-101.

15 CSJN, Fallos 327-4185

16 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Cap. VI, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

17 Ley 24.759

18 Ley 26.097

se conviertan en letra muerta o en mero derecho proclamado. De todos modos, y en cualquier caso los jueces tendrán, frente a la violación de alguno de ellos, una herramienta de jerarquía legal.

4. AVANCES

Existen, tal como fuera mencionado, avances diversos en ciertas normas vinculadas al procedimiento administrativo.

Así, por ejemplo, la importante previsión que, con buen criterio, admite la promoción de la demanda en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración y algunas otras soluciones vinculadas a esta institución y al silencio positivo.

También es un fundamental progreso el abandono de una categoría ajena totalmente a nuestro sistema como lo era la distinción entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. La ley, con excelente criterio, se refiere ahora a derechos o intereses jurídicamente tutelados. Un significativo avance considerando las consecuencias que de ello se derivan.

No puedo dejar de celebrar la importante previsión que, con buen criterio, admite la promoción de la demanda en cualquier momento cuando se configure el silencio de la Administración y algunas otras soluciones vinculadas a esta institución y al silencio positivo.

También es un fundamental y positivo cambio, el abandono de una categoría ajena a nuestro sistema como lo es la distinción entre derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. La ley, con excelente criterio, se refiere ahora a derechos o intereses jurídicamente tutelados. Un significativo progreso considerando las consecuencias que de ello se deriva.

Otro adelanto, aunque a mi criterio insuficiente, es la previsión respecto a la impugnación de actos contractuales. Entendí oportunamente¹⁹, junto con parte de nuestra doctrina, que los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato podían ser impugnados judicialmente después de la extinción del contrato. La ley prevé la posibilidad de hacerlo hasta 180 días después de dicha extinción, pero si hubieran sido cuestionados previamente en forma expresa en sede administrativa dentro de los 30 días de su notificación.

Por un lado, es posible que cualquiera de los actos dictados durante la ejecución contractual produzcan, en sí mismos, agravios al contratista. Nada obsta en consecuencia a que éste los impugne inmediatamente después de ser notificado de ellos, incluso llegando a la impugnación judicial.

19 Ampliar en REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000

Pero conforme lo afirmara la CSJN en la causa “Mevopal”²⁰, los actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato administrativo no pueden considerarse, en principio en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la LNPA y al sistema de impugnación de su art. 25.

De conformidad con ello, el acto administrativo dictado en relación con un contrato administrativo se encontraría prácticamente integrado a este. La CSJN señaló que la solución contraria acarrearía un dispendio jurisdiccional inusitado y un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato, al generar la carga de litigar contra cualquier acto unilateral emitido por la administración.

Es lo que ahora exige la ley, aun cuando admite la posibilidad de hacerlo hasta 180 días después de la extinción del contrato, pero solo si hubieran sido cuestionados previamente en forma expresa en sede administrativa dentro de los 30 días de su notificación.

A través del caso “Gypobras S.A.”²¹, la Corte dejó de lado la teoría de la incorporación en pos de la doctrina de la separación, siguiendo en buena medida el razonamiento expuesto por la mayoría en el fallo plenario “Petracca”²².

A nuestro criterio, en el marco de la actual ley, un contratista se encontraría obligado a cuestionar (no queda en modo alguno claro a qué se refiere la ley con el término *cuestionar*) en sede administrativa cada uno de los actos administrativos contractuales mediante la interposición de los recursos que marca la ley. Aunque permite también la impugnación judicial de ellos con posterioridad a la finalización del contrato pues la obligación de cuestionar o impugnar en sede administrativa cada acto provocaría, en palabras de la CSJN aunque referidas a la acción judicial, un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato.

Resulta también un avance que la ley establezca plazos de prescripción para demandar la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance particular. Este plazo es de diez años en caso de nulidad absoluta y de dos en caso de nulidad relativa, desde la notificación del acto.

Respecto a las legitimaciones activas para interponer una acción judicial la ley plantea una ampliación que, como fuera dicho, es de celebrar y por la que

20 CSJN, Fallos, 307: 2216

21 CSJN, Fallos, 318: 4411. Ampliar en Mario REJTMAN FARAH, *Máximos precedentes: derecho administrativo: Corte Suprema de Justicia de la Nación* Tomo II. pp. 775-793, Juan C. CASSAGNE (Director).

22 CNFed. CA, en pleno, 24/IV/1986, “Petracca e hijos SA c/ Estado Nacional - Ente Autárquico Mundial ‘78”, ED, 118: 391.

muchos veníamos bregando desde hace tiempo²³. Incorpora en diversas previsiones el concepto de *derechos o intereses jurídicamente tutelados*. Esto constituye sin duda un importantísimo avance en lo relacionado a la ampliación de las legitimaciones para acudir a la Justicia. También el Decreto Reglamentario 713/2024 recoge esta ampliación, al contemplar respecto al trámite administrativo, que este puede iniciarse a petición de cualquier persona humana o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o un interés jurídicamente tutelado, quienes serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo.

Otro avance es la ampliación de plazos que contempla la ley tanto para interponer un recurso administrativo como para promover el control judicial. Se prevé así que el plazo mínimo para presentar recursos que agotan la vía administrativa (en la actualidad, el recurso jerárquico) no podrá ser inferior a 30 días contados desde la notificación válida del acto que se impugna.

Asimismo, se amplía el plazo de caducidad para interponer la demanda judicial elevándose aquel a 180 días hábiles judiciales que comienzan a computarse a partir de la denegatoria expresa del recurso o reclamo que agote la vía administrativa. Con lo que elimina la previsión conforme la cual se contemplaba que, si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podría exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podía requerir pronto despacho y si transcurrieren otros 30 días sin producirse dicha resolución, se consideraba que hay silencio de la Administración. Con la reforma solo frente a una decisión expresa comienza el cómputo de los plazos recursivos. Interpretar al silencio como denegatoria es una facultad, no una obligación.

La gratuidad del procedimiento, en un bienvenido principio impuesto ahora por la nueva ley como una regla general, nos obliga a interpretar que aquel prevalece sobre previsiones que exigen, por ejemplo, el pago de una garantía previa para impugnar algunos actos precontractuales en materia de contratos administrativos. Nos pronunciamos en anteriores ocasiones respecto a la inconstitucionalidad de tal exigencia²⁴. El art. 3° bis de la reglamentación a la Ley de Bases²⁵ reafirma el principio de gratuidad y crea excepciones que tampoco se vinculan con el pago previo para impugnar.

La realidad nos indica que no siempre este criterio rector ha funcionado así.

23 Ampliar en Juan I. SÁENZ, Legitimación del ciudadano, el elector y el contribuyente. la legalidad objetiva como bien colectivo, en *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Agustín GORDILLO, Buenos Aires, FDA, 2012

24 Ley 26.097.

25 Decreto n° 713/2024.

Esta exigencia viola claramente el principio de legalidad al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (indistintamente mencionada como CSJN) hiciera reiterada referencia y en el que pusiera especial énfasis²⁶.

5. EL MANTENIMIENTO DEL STATU QUO

Como fuera dicho, la Ley de Bases no introduce modificaciones estructurales en el sistema recursivo. Mencionaré sólo algunas de las cuestiones que, en lo fundamental, no han sido objeto de modificación y que por su trascendencia lesionan el derecho a una tutela administrativa y judicial efectiva.

5.1. *La vista en materia recursiva*

Al regular el instituto de la vista, la Ley 27.742 mantiene la criticable solución de la LNPA. Prevé que, en caso que fuere necesario hacer uso de este derecho a fin de presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales, la solicitud de vista producirá la suspensión de todos los plazos. Más allá de ampliar los supuestos originariamente contemplados por la LNPA, incluyendo otros derechos además de la presentación de recursos, el sistema previsto y las consecuencias que de ello se derivan, no ha sido objeto de modificaciones.

Si se produce la suspensión, de ello se desprende –en una interpretación literal– que se contabiliza el tiempo cumplido con anterioridad al pedido y que aquel, después de tomada la referida vista, se reanuda por el lapso que falta. A nuestro juicio una solución protectora de una tutela administrativa efectiva sería aquella que contemple que el pedido de vista interrumpe los plazos, lo que provocaría en forma expresa que aquellos volvieran a computarse desde cero a partir del plazo para tomarla.

No podemos dejar de señalar que, en la mayoría de los casos la interposición de un recurso no suspende en principio la ejecución del acto, los mayores interesados en evitar una eventual dilación parecerían ser los afectados, con interés en que su impugnación sea resuelta con la mayor celeridad posible.

La reforma del art. 26 elimina la norma que hacía correr el plazo de prescripción durante el silencio administrativo. Esto, a la luz de la redacción del inciso (i) del nuevo art. 1° bis con respecto a la finalización de los efectos interruptivos (que sólo operan ante una decisión expresa) crea una contradicción con el nuevo texto del art. 31 que sí hace correr ese plazo ante el silencio administrativo frente a la presentación del reclamo previo y del pedido de pronto despacho. Existiría, entonces, una diferencia entre el silencio frente a la interposición de recursos

26 *Tratado*, ya cit. Tomo 7, Cap XXVII.

administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo.

Consideramos que, en estos casos no cabrá perjudicar al particular.

5.2. El carácter no suspensivo de la ejecutoriedad del acto frente a la interposición de un recurso administrativo

La ley reitera en lo sustancial lo previsto por la Ley 19.549 respecto al carácter no suspensivo de la ejecución del acto como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, salvo norma expresa que disponga lo contrario. Solo que ahora faculta –en modo alguno, obliga– a suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta.

La solución que mejor se hubiera compatibilizado con los principios de buena administración y de buena fe debiera haber sido, frente a aquella situación, la solución inversa. Como regla, la suspensión de la ejecutoriedad, salvo decisión expresa en sentido contrario que debería dictarse una vez interpuesto el respectivo recurso. Ello permitiría fortalecer la legalidad de la actividad administrativa pero además la responsabilización de los funcionarios quienes, adoptando tal resolución, deberían por decisión fundada disponer la ejecución luego de interpuesto un recurso administrativo.

Es por otra parte la solución que adoptan otras legislaciones (por ej. la ley alemana en su art. 9°). La suspensión en estos casos tan específicos –razones de interés público, alegación fundada de una nulidad o el mayor perjuicio que ocasiona la ejecución– son de carácter tan excepcional que ameritan que el funcionario que suscribió el acto impugnado insista luego de interpuesto el recurso, en su ejecución. Se invierte así el principio actual. El funcionario competente deberá en cada caso concreto justificar y fundar, luego de interponerse un recurso, por qué insiste en su ejecución. Se conserva la potestad de ejecutar el acto, sólo que desde esta perspectiva por expresa decisión fundada²⁷.

5.3. El reclamo administrativo previo. El agotamiento de la vía administrativa

La ley prevé que el reclamo administrativo previo no es necesario si mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil.

En una sustancial cantidad de casos, la mayoría de estos reclamos no tiene resultado favorable. Sólo provoca inútiles dilaciones y escollos a la tutela judicial efectiva.

27 En similar sentido, ver Agustín GORDILLO, *Tratado...* ya cit. Cap. V y Cap. XIII, Tomo 3.

Cuando gran parte de la doctrina había casi saldado la discusión sobre el reclamo administrativo previo y consensuado en su no exigibilidad cuando éste muestra ser sólo un ritualismo inútil se insiste en el sistema de la LNPA.

Dar a este trámite el carácter de optativo para el interesado hubiera significado estar en la misma sintonía que la casi totalidad de nuestra doctrina. La reforma no lo contempla así.

Debo agregar que además la ley incorpora entre otras dos causales nuevas respecto a las cuales no resulta necesario agotar la vía administrativa. Ello sucede cuando la impugnación se basa exclusivamente en la inconstitucionalidad o invalidez de la norma de jerarquía legal superior que aplica al acto que se impugna o cuando se interponga un amparo u otro proceso urgente.

La ley también mantiene, al menos como principio general, la obligación de, a través de los recursos administrativos pertinentes, agotar la vía administrativa como condición necesaria para impugnar luego judicialmente un acto administrativo.

Exigirla como recaudo previo a la interposición de una acción judicial ordinaria transforma el paso previo de la vía recursiva en una trampa o carrera de obstáculos para acceder luego a la jurisdicción, al ser impuesta como condición para abrir las puertas de los tribunales.

Para alcanzar el dictado del buscado acto administrativo definitivo que agote la vía es necesaria la interposición de un recurso administrativo, para lo cual existe un fugaz y exiguo plazo, vencido el cual el acto queda firme y consentido y no puede ya impugnarse en sede judicial aun cuando el derecho de fondo afectado tenga previsto un plazo de prescripción mucho mayor.

Es que la posibilidad de acceder o no a la justicia no se resuelve al momento de iniciar una demanda sino mucho antes cuando debe recurrirse el acto en sede administrativa dentro de los pocos días de notificado aquel.

La realidad indica que los recursos administrativos no han conllevado, en nuestro sistema procedimental, a un autocontrol de la Administración Pública ni han servido para que, como regla general, la Administración corrija sus actos, liberando de trabajo a la Justicia, en resguardo de la legalidad del obrar estatal.

La Ley 27.742, en su Cap. III, no modifica esta exigencia, la que lesiona la garantía de acceso a la justicia. Aun cuando a nuestro juicio debería haberse suprimido la exigencia del agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de un recurso o la obligación de formular un reclamo previo, la ley podría haber considerado que es una potestad del afectado presentarlo o no, esto es contar con un régimen recursivo o reclamatorio facultativo u opcional, pero no obligatorio.

El tema no es novedoso. Calificada doctrina se ha expedido respecto al debilitamiento del derecho al control judicial que se deriva del actual sistema propiciando, en el mejor de los casos, que los recursos administrativos sean

potestativos. Algunos hemos sostenido incluso que el sistema recursivo es un mero privilegio de la Administración.

La ley dispone que “la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios, incluyendo los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente”. No se exige ahora la existencia en este último caso de un “error excusable”. La norma incluye no solo a los recursos administrativos sino a los reclamos previos. Tal efecto interruptivo subsistirá hasta que culmine el procedimiento administrativo.

Atento a la eliminación en el último párrafo del anterior inciso *e*) del art. 1° de la LPA (ahora inciso *[k]* del art. 1° *bis*) que utilizaba la palabra *suspensión*, concluimos que la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales tiene el efecto interruptivo previsto en el Código Civil y Comercial por lo cual deberá tenerse por no sucedido el lapso que precedió a la interposición del remedio.

6. EL PORQUÉ DE NUESTRAS CRÍTICAS

El procedimiento administrativo es el que permite o impide el acceso a la justicia. En el balance final del Cap. III de la Ley 27.742, sea por existencia de nuevas respuestas jurídicas o por el mantenimiento de otras disvaliosas ya reguladas por la Ley 19.549, es posible afirmar que no al omitir modificarse las cuestiones sustantivas antes mencionadas, se perpetúan las soluciones de la LNPA que lesionan las tutelas administrativas y judiciales efectivas, por lo que, a nuestro criterio, la nueva ley representa un retroceso en la búsqueda de tales objetivos.

Hoy el acceso a la Justicia es desigual y no podría dejar de serlo en una sociedad intrínsecamente desigual. Porque dicho acceso es un espejo de la desigualdad. El desafío que nos cabe es ser impulsores de un cambio estructural en el procedimiento administrativo o resignarnos a mantener el actual estado de situación, lo que en definitiva constituye un retroceso.

MARIO REJTMAN FARAH

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

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

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



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Diciembre de 2024

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Celeste / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

548 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-1-6

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

Edición:

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

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

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

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

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

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

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

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

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



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FISCALISTAS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



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



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL