

Doctrina

La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos



Héctor A. Mairal

Doctor en Derecho (UBA). Master en Derecho Comparado "Cum Laude" (Southern Methodist University de Dallas, Texas). *Visiting Scholar* en las universidades de Harvard y Cambridge. Exprofesor titular de Derecho Administrativo (UBA). Miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas



Enrique V. Veramendi

Abogado (UBA), graduado con honores. Master en Derecho Administrativo (Univ. Austral) y Master en Leyes (Univ. de Nueva York). Profesor de posgrado en las Facultades de Derecho (UBA y UCA).

SUMARIO: I. Introducción. — II. Los cambios principales. — III. Interrogantes que subsisten. — IV. Nuevos interrogantes. — V. Conclusiones.

I. Introducción

La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (decreto-ley 19.549/1972), incluida como un capítulo de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742 (1) (la "Ley de Bases"), significa un avance para nuestro derecho administrativo, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que acostumbra a inspirarse. Particularmente, las modificaciones introducidas en estas últimas décadas en las legislaciones francesa, italiana y española (2), habían dejado a nuestro sistema muy rezagado en lo que concierne a la tutela efectiva de los derechos de los particulares y a la seguridad jurídica que estos, y no solo el Estado, merecen.

Para no dar sino un ejemplo: hasta la sanción de esta reforma, en nuestro país, un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, aunque fuere dictado de oficio y sin intervención previa del interesado en el respectivo procedimiento, tenía, para el particular cuyos derechos eran afectados por ese acto, la misma fuerza que una sentencia judicial si no lo impugnaba dentro de los 15 días siguientes a su notificación.

Es decir que, desde el punto de vista del particular afectado, la única diferencia entre ese acto y una sentencia dictada por un juez y luego de un proceso contradictorio, en el cual el particular ha sido debidamente citado y ha podido plantear sus argumentos y pruebas (actuando siempre con patrocinio letrado), era el plazo para impugnarlo: 5 o 10 días en el caso de una sentencia, y 15 días en

el caso de un acto administrativo. En ambos casos, la consecuencia de no impugnar en plazo era la misma: el acto administrativo podía privar al particular de sus derechos y no sólo afectar sus intereses (3).

Esta equiparación no existe, actualmente, en ninguno de los tres derechos que solíamos tomar como modelos para nuestro derecho administrativo.

La reforma introducida por la Ley de Bases remedia o mitiga muchos de los defectos del texto preexistente. Es esta la primera ley que, desde la restauración de la democracia en 1983, reforma la LPA para mejorar la situación jurídica de los particulares frente a la administración (4).

Los cambios que introduce la reforma tienen, en general, apoyo en la doctrina y, en algunos casos, en la jurisprudencia. Las modificaciones son muchas y merecerán seguramente glosas y comentarios que enriquecerán y precisarán su contenido, amén de la jurisprudencia que irá dando contornos definitivos al nuevo texto. A continuación, enumeramos someramente los cambios que consideramos más importantes, para plantear luego algunos interrogantes —y unas pocas observaciones críticas— que nos suscitan las nuevas reglas.

II. Los cambios principales

II.1. Ámbito de aplicación (art. 1) (5)

El nuevo artículo 1 de la LPA prevé su aplicación *directa* en el ámbito de la Adminis-

tración Pública nacional centralizada y descentralizada, así como a los órganos de los demás poderes del Estado en cuanto ejerzan actividad materialmente administrativa. Pero además excluye expresamente de su ámbito a las empresas controladas por el Estado cualquiera fuere su tipología jurídica (6), las cuales se regirán, en sus relaciones con terceros, por el derecho privado.

Tanto esta última regla, como la que dispone la aplicación *supletoria* de los primeros tres títulos de la LPA (es decir, excluyendo el que contiene las normas referentes a la impugnación judicial) a los entes públicos no estatales y a personas privadas, pero en ambos casos solo en cuanto ejerzan funciones públicas otorgadas por leyes nacionales, buscan impedir la actuación de "camaleones" jurídicos que operan primordialmente dentro del derecho privado pero se refugian en el derecho administrativo cuando enfrentan controversias con los particulares.

Una excepción a esa regla está dada por la facultad que se otorga al Jefe del Gabinete de Ministros para, a petición del interesado y previo dictamen de la Procuración del Tesoro, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, resulte relevante la aplicación de sus normas o principios (7).

Si bien no resulta del todo claro el alcance de esta norma, al supeditarse su aplicación a la petición del interesado, se mitiga la posibilidad de su aplicación en forma contraria a los derechos de los particulares (8).

ley 25.344, de 2000 que, en lo principal, amplió los supuestos en los que se requería el reclamo administrativo previo a la demanda judicial y estableció el deber de los jueces de controlar de oficio la habilitación de la instancia y (ii) el Decreto 1023/2001, que dispuso la aplicación directa, y no solo analógica, a los contratos del Estado, del Título III de la LPA, en cuanto fuere pertinente.

(5) Las menciones de artículos hacen referencia al nuevo texto de la LPA.

(6) La nueva norma excluye del ámbito de la LPA a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, las demás sociedades y organizaciones empresariales controladas directa o indirectamente por el Estado nacional, así como el Banco de la Nación Argentina y toda otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional.

(7) Puede ser éste el caso de la aplicación de la Ley 27.275 de Información Pública [versu art. 7, incs. g) y l].

(8) Consideramos que el término "interesado" no puede interpretarse como incluyendo también al ente o empresa estatal pues en ese caso la situación actual casi no se habría modificado.



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot
Continúa el A.I. en p. 2

¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (decreto-ley 19.549/72), incluida como un capítulo de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742, significa un avance para el derecho administrativo local, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que acostumbra inspirarse.

2. La reforma introducida por la Ley de Bases remedia o mitiga muchos de los defectos del texto preexistente. Es esta la primera ley que, desde la restauración de la democracia en 1983, reforma la Ley de Procedimientos Administrativos para mejorar la situación jurídica de los particulares frente a la administración.

3. El principal cambio de la norma es la introducción en nuestro derecho del *silencio positivo*. La reforma se entronca con los ejemplos extranjeros citados al prever que, cuando la ley exija al particular obtener una autorización administrativa para poder llevar a cabo determinada conducta, el silencio de la administración durante el plazo previsto para resolver deberá entenderse como respuesta positiva.

4. La reforma incluye reglas que refuerzan los límites a la revocabilidad de los actos administrativos resultantes de la cosa juzgada administrativa, doctrina esta creada pretorianamente por la Corte Suprema en la década de 1930 con el caso "Carman de Cantón"

Nota a fallo

Intereses aplicables a los juicios laborales

El culebrón detrás de la fijación del índice tras el pronunciamiento de la Corte Suprema



Santiago L. Sfeir

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

Continuación del A.I. de p. 1

y reconocida —con ciertos claroscuros— en el texto original de la Ley de Procedimientos Administrativos, pero que había quedado debilitada por la jurisprudencia que la consideró de aplicación restrictiva.

5. La reforma introduce dos plazos de prescripción, aplicables a la acción de nulidad del acto administrativo de alcance particular: dos años para demandar la nulidad relativa del acto administrativo y diez años cuando la nulidad es absoluta.

¿Cuál es el tema jurídico debatido?

La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos (decreto-ley 19.549/1972), incluida como un capítulo de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742, significa un avance para el derecho administrativo local, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en los que acostumbra a inspirarse. La reforma introduce cambios como la enunciación de principios generales, la incorporación del silencio positivo, la limitación de la ejecutoriedad del acto administrativo, el fortalecimiento de la cosa juzgada administrativa, la ampliación de los plazos para impugnar los actos y la supresión del *solvo et repete*. La reforma también deja algunos interrogantes sin resolver o genera otros nuevos.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Ley Bases completa: artículo por artículo, así quedó el proyecto que sancionó la Cámara de Diputados](#)

Se trata de un artículo sobre la aprobación de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos 27.742.

[Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos](#)

Se trata de un artículo sobre la publicación en el Boletín Oficial la ley 27.742 de “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”. Esta ley fue aprobada el 27 de junio de 2024 por el Congreso de la Nación y promulgada mediante el decreto 592/2024.

Por último, poniendo fin a una discusión que dio lugar a jurisprudencia contradictoria (9), se incluye en el ámbito de la LPA a los organismos militares y de defensa y seguridad, con las excepciones que fijen el legislador y el Poder Ejecutivo, en este último caso por su vinculación con la disciplina y el desenvolvimiento técnico y operativo de dichos organismos.

II.2. La enunciación de principios generales (art. 1 bis)

El nuevo texto incluye una generosa enunciación de principios generales, a los que denomina “principios fundamentales del procedimiento administrativo”. Ellos comprenden la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración.

Somos algo escépticos acerca de la eficacia de los principios generales para mejorar la protección de los particulares. Al enunciar principios en lugar de reglas, el legislador delega en el juez la construcción de la norma, dado que, frecuentemente, un principio puede oponerse a otro (por ejemplo, la tutela administrativa efectiva frente a la seguridad jurídica), exigiendo así al tribunal arbitrar entre los principios en pugna. Ello puede dar lugar al tratamiento dispar de situaciones análogas basado en la apreciación particular del magistrado.

De todos modos, más allá del margen de apreciación que supone la aplicación de estos principios, es de esperar que la Justicia tome nota de esta enfática declaración legislativa y decida en consecuencia, asegurando la efectiva vigencia general de los principios que consagra el nuevo texto.

Algunos de estos principios merecen aclaraciones. Así, el de “juridicidad”, que se presenta como más amplio que el de “legalidad”, juega en realidad un rol diferente al de este último. El principio de juridicidad exige que la actuación administrativa sea conforme a derecho no sólo en lo que hace al respeto de las leyes sino también de los reglamentos y demás fuentes del derecho. Por el contrario, el principio de legalidad requiere que toda limitación de derechos de los particulares se base en una ley, no siendo suficiente al respecto una mera reglamentación que no esté, a su vez, válidamente basada en ley (10). Como se observa, la función de estos dos principios es distinta, a menos que se les dé una acepción tan amplia que incluya los dos conceptos bajo una misma denominación.

Con respecto a los otros principios que enuncia el nuevo texto, celebramos la incorporación a nivel legislativo del de “confianza legítima”, de frecuente aplicación en el derecho de la Unión Europea y cuya recepción en nuestro país propusiera Pedro Coviello (11).

También es importante la reafirmación del principio de “proporcionalidad”, que si bien tuvo recepción expresa ya en el texto originario de la LPA (en el inciso f de su artículo 7), no hubo lugar, en nuestra jurisprudencia, a una aplicación como la que ha tenido en el ámbito de la Unión Europea (12).

En cuanto al principio de “tutela administrativa efectiva” es el nuevo nombre de la garantía del “debido proceso adjetivo” que contenía el texto original de la LPA. Él hace *pendant* con la recalificación de la tradicional garantía constitucional de la defensa en juicio como “tutela judicial efectiva”, establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos que fuera incorporada en la Carta Magna (a nuestro juicio con no menor extensión que la garantía tradicional) en la reforma constitucional de 1994.

Destacamos también la recepción a nivel legislativo (como facetas de la tutela administrativa efectiva) de los principios de plazo razonable [sentado por la Corte Suprema en el caso *Losicer* (13)] y de gratuidad del procedimiento administrativo. Este último debiera impedir, entre otras, la práctica de exigir garantías para la impugnación de decisiones adoptadas en el marco de una licitación, práctica esta que diera lugar a presentaciones que sostenían no constituir impugnaciones y que recordaban al cuadro de una

pipa de Magritte que llevaba como aclaración “esto no es una pipa”. Lo cierto es que, más allá de esos esfuerzos creativos, en los hechos este tipo de exigencias, en no pocos casos por montos exorbitantes, actúan como un importante disuasivo para el cuestionamiento de las decisiones adoptadas en procesos licitatorios, con la consecuente afectación de los intereses de los particulares afectados y, también, del control de la legalidad administrativa.

II.3. Reemplazo del “interés legítimo” por el “interés jurídicamente tutelado” (arts. 1 bis, 7, 9, 23 y 24)

Siguiendo la terminología más moderna que utilizan las normas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia homónima (14), se abandona el concepto de “interés legítimo” tomado del derecho italiano, y se pasa al de “interés jurídicamente tutelado”.

Se evitan así confusiones derivadas de las particularidades que presenta el régimen italiano que, partiendo de su sistema de doble jurisdicción basado en la posición jurídica del actor, califica como interés legítimo situaciones que, para nuestro sistema, constituyen verdaderos derechos.

Se aclara, entonces, que gozan de legitimación para impugnar judicialmente actos administrativos individuales o generales no solo quienes invocan un derecho subjetivo sino también alegan ser titulares de un interés jurídicamente tutelado, coordinando así la LPA con la ampliación de la legitimación que resultara de la reforma constitucional de 1994.

¿Y qué características deberá reunir el interés para merecer tal tutela? Serán de aplicación aquí los parámetros sentados por la jurisprudencia, principalmente el carácter “concreto, inmediato y sustancial” del interés afectado (15).

II.4. Aclaración sobre el efecto interruptivo de la prescripción de recursos y acciones (arts. 1 bis, inc. [i] y 31)

Intentando poner fin a la confusa situación creada por la contradictoria jurisprudencia relativa a los efectos sobre el plazo de prescripción por la interposición de recursos y reclamos administrativos (16), el nuevo texto dispone claramente que “la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, incluso los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificadas, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente”. Nótese, además, que en este último caso ya no se requerirá la presencia de un “error excusable” para que sea de aplicación la regla.

El efecto interruptivo subsistirá hasta que culmine el procedimiento administrativo por decisión que ponga fin a la cuestión, declare la caducidad del procedimiento o haga lugar al pedido de desistimiento de la acción o del derecho, en todos los casos una vez que esa decisión quede firme.

Como se observa, el efecto se extiende a todos los recursos administrativos, así como

al reclamo impropio y al reclamo administrativo previo y, en este último caso, sin seguir la distinción creada por la jurisprudencia de la Corte Suprema entre el reclamo necesario y el innecesario para acceder a la instancia judicial (17).

Se aclara así el efecto sobre la prescripción de la presentación del reclamo administrativo previo. De acuerdo con el nuevo texto esa presentación interrumpe la prescripción.

Agrega luego la nueva redacción que “Igual efecto producirá la interposición de recursos o acciones judiciales, aunque fueren deducidos ante tribunal incompetente”. Esta última regla debiera permitir mantener vigentes los plazos para presentar impugnaciones administrativas cuando se interpone tempestivamente una acción de amparo que es luego rechazada por motivos adjetivos, aunque no se trate de la incompetencia del tribunal. Ello porque la apreciación de las circunstancias que permiten esa vía (amplitud del debate o de la prueba, por ejemplo) es discrecional para el tribunal y no sería acorde con los principios de tutela judicial y administrativa efectivas clausurar el control de la legalidad de la actuación administrativa ante el rechazo del amparo fundado en razones que el actor no puede determinar con antelación.

Por idénticas razones cabe extender la misma solución a la interposición de acciones ordinarias juzgadas improcedentes debido a la existencia de un recurso directo ante la Justicia.

Atento a la eliminación del último párrafo del anterior inciso e) [9] del art. 1 de la LPA (hoy inciso [k] del art. 1 bis) que utilizaba el vocablo “suspensión”, no debieran caber dudas de que la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales tiene el efecto interruptivo previsto en el Código Civil y Comercial (art. 2544), por lo cual deberá tenerse por no sucedido el lapso que precedió a la interposición del remedio.

Subsiste, eso sí, alguna confusión en cuanto al curso de la prescripción en caso de falta de resolución expresa del reclamo administrativo previo, tema que se trata más adelante (18).

II.5. Consagración legal y mejora de normas del Reglamento de Procedimientos Administrativos (RPA), aprobado por el decreto reglamentario (DR) (19) de la LPA

El nuevo texto de la LPA recoge, y en algunos casos corrige, ciertas normas del Reglamento de Procedimientos Administrativos (RPA), aprobado por el decreto reglamentario (DR) (19) de la LPA.

II.5.a. Obligación de tramitar el recurso o reclamo ante el mismo órgano que debe decidirlo

El art. 90 del RPA establece que el recurso jerárquico debe interponerse ante la autoridad que ha dictado el acto impugnado, la cual debe elevarlo al Ministerio o al otro órgano que debe decidirlo. Sin embargo, se había generado la corruptela de tramitar el recurso ante la autoridad impugnada y recién elevarlo, con el proyecto de resolución, para la decisión final. Con ello, en la práctica, se transformaba el recurso jerárquico en recurso de reconsideración.

(9) El tema es extensamente tratado en la obra de COMADIRA, Julio R. - Monti, Laura, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada”, LA LEY, 2002, t. I, ps. 13-32.

(10) Este es un principio básico del Estado de Derecho común a todas las naciones civilizadas (STACK, Kevin M., “An Administrative Jurisprudence: The Rule of Law in the Administrative State”, 115 Columbia L.R. 1985 [2015]). Sobre las distintas acepciones de los principios de legalidad y juridicidad ver CASSAGNE, Juan C. “El Principio

de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa”, 2ª ed., ps. 147-155.

(11) COVIELLO, Pedro J. J., “La protección de la confianza del administrado”, Lexis Nexis, 2004. Sobre su vigencia en la Unión Europea ver LASOK, K. P. E. - MILLET, T. “Judicial Control in the EU: procedures and principles”, Richmond Law & Tax Ltd., 2004, ps. 353-364.

(12) BARAK, Aharon, “Proportionality. Constitutional rights and their limitation”, Cambridge Univ. Press, 2012, ps. 178-194.

(13) CS, “Losicer c. BCRA”, Fallos 335:1126, 2012.

(14) Cód. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 6; y Cód. Proc. Cont. Adm. de la Provincia de Buenos Aires (aprobado por Ley 12.008 y modificado por Ley 13.101), art. 13. Ver al respecto, BOTASSI, Carlos A., “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo”, en AA.VV. “El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires” (Juan C. Cassagne y A. A. Gordillo, dirs., C. A. Bottassi, coord.), 2000, p. 215. En rigor, consideramos más

correcto hablar de “interés jurídico tutelable” (MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración Pública”, 2ª ed., parág. 204).

(15) CS, “Zofracor SA c. E.N.”, Fallos 325:2394, 2002.

(16) Cfr. LUQUI, Roberto E., “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa”, Astrea, 2005, t. 2, ps. 130-131.

(17) CS, “Díaz c. Nación Argentina”, Fallos 307:187, 1985.

(18) Ver punto II.9 *infra*.

(19) Decreto 1759/1972, t.o. por Decreto 894/2017.

El nuevo texto legal viene a corregir esta corruptela al disponer que los recursos y reclamos administrativos deberán tramitar y sustanciarse íntegramente ante el órgano de grado que deba resolverlo, excepto en el caso de recursos o reclamos dirigidos al Poder Ejecutivo. Con ello se favorece una mayor independencia en el análisis de la procedencia del remedio administrativo intentado.

II.5.b. Nulidad de las notificaciones incorrectas

El texto original de los arts. 40 y 44 del RPA establecía la nulidad de las notificaciones defectuosas, entre otras razones por no incluir información sobre la vía recursiva disponible y el plazo aplicable. Como esas normas fueron juzgadas demasiado generosas para el particular, la reforma introducida por el decreto 1883/1991 estableció, en lugar de la nulidad, la ampliación a 60 días del plazo para recurrir. El nuevo texto legal vuelve a la regla original del RPA, al que aclara en el sentido de que toda notificación que no incluya tal información será inválida y carecerá de efectos sobre el plazo disponible para impugnar el acto.

Una de las consecuencias de este cambio es la proscripción de la práctica de notificar al interesado un dictamen con el agregado del conforme expedido por la autoridad con competencia para decidir, pero sin aclarar que dicha notificación constituye el acto que pone fin al procedimiento y, por ende, sin mencionar en qué plazos y por qué vías debía ser recurrido el acto para no ser consentido (20). En virtud de la reforma, de ahora en adelante en tal supuesto no habrá notificación válida y no correrá el plazo de caducidad.

II.5.c. Ampliación del efecto suspensivo del pedido de vista

La reforma establece que la presentación de un pedido de vista de las actuaciones produce la suspensión de todos los plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos, promover acciones o recursos judiciales, salvo los de prescripción. Se amplía así el ámbito de actuación del efecto suspensivo resultante del pedido de vista, puesto que en el art. 76 del actual RPA solo está previsto respecto de la presentación de recursos administrativos o de la demanda judicial, en los términos del art. 25 de la LPA.

En relación con esto último, la norma reglamentaria había sido objetada por interferir con el curso de plazos fijados por ley. Este reparo queda salvado al introducir, en el texto legal, la regla de la suspensión de plazos también respecto de recursos o acciones judiciales ante el pedido de vista. Además, la referencia genérica que utiliza la norma extiende el efecto suspensivo respecto de acciones o recursos judiciales regulados por leyes especiales, distintas de la LPA.

II.5.d. Régimen de derogación o modificación de los actos de alcance general

El nuevo art. 18 de la LPA eleva a rango legal las previsiones del actual art. 83 del RPA.

En este sentido, prevé que los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte (21).

La nueva norma también aclara que dicha derogación o reemplazo de los actos de alcance general no podrá afectar los derechos adquiridos “que pudieran haber nacido” al amparo de las normas anteriores. En concordancia con ello, se reconoce el derecho a la indemnización de los daños efectivamente sufridos por los “titulares” de dichos derechos adquiridos que resulten afectados por la modificación normativa.

II.6. Los elementos y la forma del acto administrativo (arts. 7 y 8)

En este campo las modificaciones son puntuales y existen algunas regresiones.

En relación con los elementos del acto se agrega al requisito de competencia la inexistencia de vicios de la voluntad, coordinando así el art. 7 de la LPA, que no los mencionaba, con el art. 14 que sí lo hacía.

Por otra parte, se reduce la importancia del dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico del Estado, al quitarle el carácter “esencial” que disponía el texto anterior y no incluir expresamente el supuesto de su omisión entre los vicios que producen la nulidad absoluta.

En cuanto a la forma, la nueva norma, mientras que mantiene el requisito de forma escrita en principio, aclara que esta podrá ser en forma gráfica, electrónica o digital, y remite en relación con esas dos últimas variantes a las modalidades y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria.

Asimismo se prevé que el acto que carezca de firma, al igual que el que no tenga forma escrita cuando las circunstancias no permitan utilizar una forma distinta, no producirá efectos jurídicos de ninguna especie, encuadrándose así estas situaciones en la categoría del acto inexistente (22).

II.7. Los contratos del Estado (art. 7)

El texto original del art. 7 de la LPA preveía la aplicación analógica, en cuanto fuere pertinente, de las normas sobre acto administrativo a los contratos del Estado (obsérvese que la norma refería a todos dichos contratos y no sólo a los que merecieran la calificación de “administrativos”). Esta norma fue reforzada con la modificación, introducida por el decreto 1023/2001, que dispuso que dicha aplicación debía ser “directa” y, además, amplió su campo de actuación al incluir a los contratos celebrados por las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional [concepto que, según se lo define en el artículo 8 de la ley 24.156, comprende no sólo a la Administración Pública propiamente dicha sino también a las empresas y sociedades controladas por el Estado (23)].

La reforma elimina el último párrafo del art. 7, haciendo más nítida la separación del régimen del acto unilateral del que corresponde a los contratos del Estado (24). Ello

sin perjuicio de la aplicación de la LPA a los actos administrativos dictados en relación con una contratación en la medida en que se pretendiere revocarlos afectando derechos en vías de cumplimiento.

II.8. Precisiones sobre las vías de hecho (art. 9)

El tema de las vías de hecho ha sido también alcanzado por la reforma. Se ha precisado su definición, extendiéndola a toda afectación de derechos e intereses tutelados cometida por la administración mediante conductas materiales y eliminando el requisito anterior, que hubo quienes consideramos superfluo, de que esos derechos gozaran de amparo constitucional.

Pero además se pone coto a una práctica aparecida en los últimos años que consistía en imposibilitar conductas privadas mediante el mero arbitrio de diseñar formularios de aplicación electrónica que omitían mencionarlas, o mecanismos con un efecto similar.

La reforma mantiene la prohibición de ejecutar un acto estando pendiente algún recurso administrativo cuya interposición, según lo prevea la norma aplicable, tenga efecto suspensivo. Entendemos que esta misma regla debe aplicarse en los casos en que se prevean recursos judiciales cuya presentación también produzca la suspensión de los efectos ejecutorios del acto.

II.9. El silencio (arts. 10, 26 y 31)

El problema de la falta de respuesta de la administración a los pedidos de los particulares, especialmente cuando su pronunciamiento previo es necesario para que estos puedan desarrollar alguna actividad, constituye una importante fuente de corrupción (25).

Este problema parece ser común a varios derechos administrativos además del nuestro. Tanto Francia como Italia y España lo han combatido estableciendo, en las últimas décadas, la regla del silencio positivo, bien que con excepciones (26).

La única solución que disponía la LPA ante el silencio administrativo era la facultad del particular de interpretarlo como negativa, alternativa esta que lo colocaba frente a la necesidad de promover un juicio para superar, al fin de varios años —cuando no de una década— el obstáculo creado por la pasividad de la administración.

Esta solución se mantiene, pero se ha acortado el plazo en que se produce el silencio, al no ser ya necesario pedir pronto despacho y aguardar 30 días, con lo que el silencio negativo quedará configurado —como regla general— a los 60 días de la presentación del particular.

Pero el principal cambio de la norma es la introducción en nuestro derecho del silencio positivo. La reforma se entronca con los ejemplos extranjeros citados al prever que, cuando la ley exija al particular obtener una autorización administrativa para poder llevar a cabo determinada conducta, el silencio

de la administración durante el plazo previsto para resolver deberá entenderse como respuesta positiva (27).

Para la aplicación de esta regla la norma requiere que el otorgamiento de la autorización administrativa se enmarque “en el ejercicio de una facultad reglada de la administración”, lo cual excluye la aplicación del silencio positivo en materia de las denominadas facultades discrecionales. Además, se exceptúan los temas de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o invocación de derechos sobre el dominio público, así como otros que establezca la reglamentación en los casos —cabe suponer— en que, por sus características, sería peligroso aplicar esa regla.

Al establecerse, entonces, la necesidad de que se prevean en forma expresa y puntual las excepciones adicionales al ámbito de aplicación del silencio positivo, se favorecerá el control ciudadano sobre la reducción del alcance de la nueva regla.

En respuesta a ciertas objeciones surgidas durante el tratamiento de la Ley de Bases se estableció que la regla del silencio positivo comenzará a regir una vez aprobada dicha reglamentación.

Por último, la reforma del artículo 26 elimina la norma que hacía correr el plazo de prescripción durante el silencio. Esa eliminación, —como ya lo hemos señalado— junto con la redacción del inciso (i) del nuevo artículo 1 bis con respecto a la finalización de los efectos interruptivos (que sólo ocurre ante una decisión expresa), crean una cierta contradicción con el nuevo texto del artículo 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 administrativos y del reclamo impropio, y el silencio frente a la interposición del reclamo administrativo previo.

Consideramos que, en estos casos, por aplicación del principio *pro actione*, no cabrá perjudicar al particular, por lo menos mientras no haya jurisprudencia de la Corte Suprema que aclare la cuestión, y ello con efecto para el futuro solamente. En definitiva, la administración está obligada a decidir expresamente los recursos y reclamos que se le planteen (con lo cual queda en manos de la misma administración limitar los efectos interruptivos) y no cabe premiar el incumplimiento de esa obligación perjudicando al particular.

II.10. Límites a la ejecutoriedad del acto administrativo (arts. 12 y 9)

El texto de la LPA ya reconocía la ejecutoriedad del acto administrativo, o sea la facultad de la administración de ponerlo en práctica por sus propios medios [la llamada “ejecutoriedad propia” o “autotutela” por la doctrina (28)] proscribiéndola cuando la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial. Basándose en las garantías constitucionales de que gozan los particulares, Gordillo daba a esa proscripción una

(20) Ver la crítica a esta práctica en MAIRAL, “Control Judicial”, ob. cit. *supra*, parág. 139.

(21) No se incluyó en el nuevo texto de la LPA la referencia, prevista en la norma reglamentaria, sobre la posible impugnación de los actos de alcance general “mediante recurso”, que había generado dudas sobre cuáles eran los supuestos que habilitaban su procedencia, dado que la vía impugnatoria aplicable a los reglamentos es el denominado “reclamo impropio” previsto (antes de la reforma y también ahora) en el art. 24, inciso a).

(22) Ver, sobre la categoría del acto inexistente, punto IV.1 *infra*.

(23) Nótese que, mientras el régimen de contrataciones aprobado por el decreto 1023/2001, según su art. 2, solo es de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del art. 8º de la Ley 24.156 (esto es, la Administración Pública, tanto central como descentralizada, sin incluir las empresas y sociedades comprendidas en el inciso b) de dicho art. 8 de la Ley 24.156), el art. 36 del propio decreto 1023/2001 le otorgó mayor amplitud al ámbito de aplicación supletoria del título III de la LPA al incluir a las empresas y sociedades estatales.

(24) Gordillo también fue crítico con respecto a la asi-

milación de las figuras del acto y del contrato: “Tratado”, ob. cit., t. 3, ps. IV-20-25.

(25) No sólo en Argentina: “Si la Administración cumpliera puntualmente con sus obligaciones, desaparecerían la mitad de los cohechos” ha dicho el autor español Alejandro Nieto, “La función pública y la corrupción”, en REIRIZ, María G. (coord.) “Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República”, Rev. Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 451.

(26) En Francia así lo dispuso la Ley del 12/04/2000; en Italia, la Ley 241 de 1990, art. 20; y en España la LPA, 2015, art. 24.

(27) Esta norma ya ha sido criticada antes de su sanción: ver GUSMAN, Alfredo S., “El silencio administrativo positivo ¿Oasis o espejismo?”, LA LEY del 15/02/2024. La crítica reconoce los defectos del actual sistema del silencio negativo, pero objeta las imperfecciones del silencio positivo (en algunos casos planteando situaciones en las que, en rigor, no debería jugar el silencio positivo) sin ofrecer mejores alternativas. Se le puede contestar con el aforismo de Woody Allen: “La ancianidad es horrible, hasta que se considera la alternativa”.

(28) Ver las precisiones que expone GORDILLO en su “Tratado”, ob. cit., t. 3, ps. V-24/42.

interpretación amplia, que reducía significativamente el impacto práctico de la norma.

La reforma persigue un efecto limitativo de la ejecutoriedad pero a través de un mecanismo distinto: si bien mantiene el carácter ejecutorio del acto administrativo en términos generales, limita el ejercicio de la fuerza pública contra la persona o bienes del particular a aquellos supuestos en que ella es necesaria para defender el orden público o el dominio público o privado del Estado, incautar bienes muebles peligrosos para la seguridad o salubridad de la población o, en el caso de las fuerzas policiales o de seguridad, ante la comisión de delitos flagrantes (29).

Esta regla, unida a la incorporada al artículo 9 que prohíbe expresamente a la administración imponer allanamientos o embargos u otras medidas (30) que por su naturaleza exijan la previa intervención judicial, confirmando así valiosa jurisprudencia (31), pone límites más precisos al accionar de la administración y nos acerca al nivel que rige en países modélicos como los Estados Unidos, Francia e Italia.

En cuanto a los supuestos que habilitan la suspensión de los efectos del acto por la administración (los que deben entenderse sujetos a los límites del art. 17, a los que nos referimos más abajo) se mantiene sin cambios la causal de interés público y se introducen modificaciones en las dos restantes. La referencia que hacía el texto anterior a los “perjuicios graves al interesado”, se sustituye por la regla según la cual la suspensión procede “cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión” (32). A su vez, se agrega que la nulidad absoluta alegada debe ser también “ostensible” para justificar la suspensión (33).

II.11. Régimen de las nulidades (arts. 14, 15 y 8)

El nuevo régimen de las nulidades y su correlación con los arts. 7 y 8 referentes a los elementos del acto administrativo es el más difícil de sintetizar no solo por la complejidad del tema en sí sino ante los cambios introducidos a la LPA por la Ley de Bases.

La reforma ha intentado dar mayor precisión a las causales de nulidad y, en lo que hace a la nulidad absoluta, ha reducido algunas de las causales que la provocan, pero ha agregado otras.

Así, por una parte, se caracteriza como relativa la nulidad proveniente de la incompetencia de grado cuando el acto fue dictado dentro de la misma esfera de competencias, salvo que se tratara de competencias excluyentes asignadas por ley a una determinada autoridad en virtud de una idoneidad especial.

Por otra parte, se incluyen nuevas causales expresas de nulidad absoluta, a saber: un

grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado, la falta de conformidad a derecho del objeto del acto (antes subsumido en el vicio de “violación de la ley”), la omisión de audiencia previa del interesado cuando ella es requerida y otras graves violaciones del procedimiento aplicable.

La sanción con la nulidad absoluta del acto emitido sin haberse dado al particular audiencia previa traduce una inequívoca decisión legislativa de excluir la criticada doctrina de la subsanación, que permitía considerar “purgado” este vicio con la posterior intervención del interesado en la instancia recursiva, administrativa o incluso judicial (34). La aplicación de ese criterio implicaba, en la práctica, la derogación de la exigencia —expresamente consagrada en la LPA ya desde su texto originario— de respetar el debido proceso adjetivo con anterioridad al dictado de actos que pudieran afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, ya que si el particular no impugnaba el acto emitido sin audiencia previa, este quedaba firme; y si lo hacía, el defecto se consideraba “curado” en virtud de la respuesta a su impugnación. Esa interpretación ya no resulta factible ante el nuevo texto legal, que impone la declaración de nulidad absoluta ante la existencia de este vicio, al igual que frente a otras graves violaciones del procedimiento aplicable (como podrían ser, por ejemplo, la denegación de la producción de prueba esencial o la falta de conclusión del procedimiento en un plazo razonable).

La reforma, además de mantener la desviación de poder (vicio en la finalidad) como causal de nulidad absoluta, incluye, como nueva causal de este tipo de invalidez, el “abuso de poder”. Este término, que puede comprender vicios diversos como la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad y la extralimitación en el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, es especialmente aplicable a los casos de hostigamiento de empresas privadas por el gobierno, fenómeno que se ha visto en años recientes.

En la enumeración de las causales de la nulidad absoluta se observa la eliminación de los vicios de forma. Ello se explica por la nueva redacción del artículo 8 que, como ya se ha mencionado, priva de efectos al acto que carece de firma o, en principio, de forma escrita (35). Pero, entonces, de la nueva redacción resultaría que la ausencia de motivación, si se la considera dentro de los vicios de forma (36), sólo provocará la nulidad relativa y sería subsanable (37).

También se ha buscado una mejor sistematización de las causales de cada tipo de nulidad. Así, los vicios que causan la nulidad absoluta son los enumerados en el art. 14, y se envían todos los demás al artículo 15 como determinantes de la “nulidad relativa” (38), abandonándose la mención de “vicios que no lleguen a impedir la existencia del elemento del acto” que contenía el

texto anterior. Pese a la nueva redacción, la distinción entre la existencia de uno u otro tipo de nulidad continuará dependiendo de un inevitable margen de apreciación judicial (como la requerida para determinar si existió o no una “grave” violación del procedimiento aplicable).

Se excluyen como causales de anulabilidad tanto las “irregularidades” como las omisiones no esenciales. Las primeras son aquellos vicios “de tan poca entidad que no conduce (n) a la eliminación del acto administrativo” (39). En el derecho español, de donde tomamos esta definición, se consideran tales los vicios meramente formales que no generan indefensión ni suponen “requisitos indispensables para que el acto alcance su fin”, así como los errores materiales o de hecho corregibles y las actuaciones administrativas extemporáneas cuando el plazo no es relevante para la validez del acto (como sí lo sería el rechazo de una solicitud después de transcurrido el plazo para que se opere el silencio positivo) (40). En cuanto a las omisiones no esenciales puede darse el ejemplo de la omisión de incluir un determinado motivo en la fundamentación del acto cuando en esta se mencionan otros motivos suficientes para justificar su dictado.

Por último, se precisan los efectos de la declaración judicial de nulidad, haciéndolos retroactivos a la fecha de dictado del acto tanto en la nulidad absoluta como en la relativa, pero con excepciones más amplias en este último caso. Con la nueva normativa, si procede la nulidad absoluta solo se puede evitar el efecto retroactivo cuando así lo dispone el tribunal por razones de equidad y siempre que el particular a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo. En cambio, en el caso de la nulidad relativa la falta de efecto retroactivo corresponde, de pleno derecho, cuando el acto favorece al particular y este no hubiere incurrido en dolo.

Es en este tema del régimen de las nulidades donde será más necesario que la jurisprudencia vaya clasificando las diferentes situaciones dentro de las causales y tipos de nulidad.

II.12. El fortalecimiento de la cosa juzgada administrativa (art. 17)

La reforma incluye reglas que refuerzan los límites a la revocabilidad de los actos administrativos resultantes de la cosa juzgada administrativa, doctrina ésta creada pretorianamente por la Corte Suprema en la década de 1930 con el caso *Carman de Cantón* (41) y reconocida —con ciertos claroscuros— en el texto original de la LPA, pero que había quedado debilitada por la jurisprudencia que la consideró de aplicación restrictiva (42).

Reiteramos aquí lo que dijimos en otro lugar: considerar, como principio, que cabe dar preeminencia al acto revocatorio sobre

el revocado es más un acto de sumisión a la autoridad que está en funciones que un principio jurídico razonado, pues ambos actos —tanto el revocado como el revocante— gozan de presunción de legitimidad. Por el contrario, en muchos países la revocación es mirada con disfavor cuando no prohibida o severamente limitada (43).

La reforma modifica el régimen vigente en varios aspectos importantes. En primer lugar establece la irrevocabilidad en sede administrativa, además de aquellos actos que hubiesen generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, de todo acto cuyo objeto se hubiere cumplido totalmente.

En segundo lugar se prohíbe expresamente a la administración suspender los efectos de un acto cuya revocación no le es permitida (44). De esta manera se pone coto a una conducta que, en la práctica, producía efectos similares a los de la revocación del acto aun en los casos en los que la ley proscibía esta última.

Naturalmente, si la administración considera que la suspensión de los efectos del acto resulta indispensable para evitar graves perjuicios, podrá solicitar al tribunal competente el dictado de una medida cautelar.

Además, se corrige un evidente error del texto anterior en cuanto permitía a la administración revocar un acto que había creado derechos a favor de terceros por el mero conocimiento del vicio de ilegitimidad por el beneficiario del acto, aunque él no hubiera participado en la conformación de ese vicio. Como también lo había sostenido la doctrina (45), la regla debe limitarse a los casos de dolo del beneficiario y así lo establece la nueva norma, que requiere asimismo que la existencia de dolo se encuentra acreditada. Esto último supone la necesidad de cumplir con un trámite administrativo previo que respete el debido proceso adjetivo y en el que se reúna prueba suficiente para sostener dicha conclusión.

Una última modificación, si bien mantiene la posibilidad de revocar cualquier acto por razones de oportunidad que ya estaba en el texto anterior, establece, que los perjuicios producidos por la revocación se indemnizarán de conformidad con la metodología dispuesta por la reglamentación y que dicha indemnización comprenderá el lucro cesante debidamente acreditado.

Si bien genera algunas dudas la remisión a la “metodología” que se establezca por vía reglamentaria, que se introdujo durante el tratamiento de la Ley de Bases, dicha reglamentación no podrá alterar el principio reconocido por el legislador, en cuanto a la procedencia de la indemnización del lucro cesante.

De esta manera se aclara una cuestión que había dado lugar a controversias (46) y

(29) En este aspecto, la reforma sigue, en parte, a Casagane (comparar el lenguaje del segundo párrafo del art. 12 del nuevo texto de la LPA con lo expuesto en la p. 735 del tomo I de su “Curso” cit. *supra*).

(30) Como sería el caso, por ejemplo, de cualquier medida de intervención de sociedades o asociaciones privadas que no se encuentre autorizada por ley.

(31) Entre otros ver CS, “AFIP c. Intercorp SRL”, Fallos 333:935, 2010; CNCont. Adm. Fed., Sala I, “Opal SCA”, DF XX-576.

(32) Un dictamen de la Procuración del Tesoro sostuvo esta interpretación (Dictámenes 234:66, cit. por COMADIRA - MONTI, ob. cit., p. 239).

(33) Comadira y Monti habían sostenido que el vicio debe ser manifiesto para que proceda la suspensión (ob. cit., p. 240).

(34) Ver GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, 2007, t. 3, 9ª ed., ps. IX-6 y 14/17; CANDA, Fabián O., “El debido proceso adjetivo. La llamada ‘teoría de la subsanación’”, en AA.VV., “Procedimiento Ad-

ministrativo” (Guido S. Tawil, dir.) Abeledo Perrot, 2009, ps. 153-157.

(35) Ver punto II.6 *supra*.

(36) Marienhoff consideraba a la motivación dentro del elemento forma (“Tratado”, ob. cit. *supra*, t. II, p. 534). Gordillo, pese a incluir a la motivación dentro del capítulo de “Formalidades”, la vinculaba con la arbitrariedad (“Tratado”, ob. cit. *supra*, t. 3, ps. X-13/18).

(37) Para GORDILLO (ob. cit., loc. cit.) y para COMADIRA - MONTI (ob. cit., p. 321) la ausencia de motivación debe provocar la nulidad absoluta del acto. La jurisprudencia no es uniforme al respecto: ver MAIRAL, “Control Judicial”, ob. cit., p. 727.

(38) El término “nulidad relativa” es aceptado, entre otros autores, por BALBÍN, Carlos F. “Tratado de Derecho Administrativo”, 2010, t. III, ps. 147-158) y CASSAGNE, Juan C., “Curso de Derecho Administrativo”, 2021, 13ª ed., t. I, ps. 662-673, bien que señalando ambos autores las diferencias con el régimen de nulidades del derecho privado. También MARIENHOFF, Miguel S. aceptaba la

categoría de “nulidad relativa” [“Tratado de Derecho Administrativo”, 1988, 3ª ed. t. II, p. 551].

(39) GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano “Manual Básico de Derecho Administrativo”, Madrid, 2015, 13ª ed., p. 530.

(40) LPA (2015), art. 48, incs. 2 y 3 y su comentario en GAMERO CASADO - FERNÁNDEZ RAMOS, ob. cit., ps. 539-40.

(41) CS, “Carman de Cantón, Elena v. Nación Argentina”, Fallos 175:368, 1936.

(42) Así ocurrió con la reforma de la LPA introducida por la ley 21.686 y el fallo de la CS en “Rodríguez Blanco de Serrao”, Fallos 304:898 (1982), donde se estableció el principio de la excepcionalidad de los límites impuestos a la facultad revocatoria de la administración frente a un acto irregular.

(43) En Francia solo es posible revocar el acto ilegítimo dentro de los cuatro meses siguientes a su dictado (C.E., “Ternon”, 26/10/2001, Recueil Lebon 497). Sobre la jurisprudencia de los tribunales de los países que in-

tegran la Unión Europea, y los de la Unión misma, que en general no admiten la revocación de actos legítimos y sólo permiten la revocación de actos ilegítimos dentro de un plazo razonable después de su dictado y ello sí así lo justifica la ponderación de los distintos intereses en juego, ver SCHWARZE, Jurgen, “European Administrative Law”, Sweet & Maxwell, 1992, ps. 877 y ss. y ps. 991-1010; CRAIG, Paul P. “EU Administrative Law”, Oxford Univ. Press, 2006, ps. 613-627.

(44) En contra de la facultad de la administración de suspender aquellos actos que no puede revocar se habían pronunciado varios autores, entre ellos GORDILLO, “Tratado”, ob. cit., t. 3, ps. VII-13/13; MAIRAL, “Control Judicial”, ob. cit., parág. 676.

(45) CASSAGNE, “Curso”, ob. cit., t. I, p. 768; GORDILLO, “Tratado”, ob. cit., t. 3, ps. VII-18-19; MAIRAL, “Control Judicial”, ob. cit., parág. 667.

(46) A favor de la procedencia del lucro cesante, CASAGNE, “Curso”, ob. cit. *supra*, t. I, ps. 773; en contra COMADIRA - MONTI, ob. cit. *supra*, ps. 390/96.

se acotan parcialmente los efectos perniciosos de una regla cuya constitucionalidad, por constituir una suerte de declaración genérica de utilidad pública de todo acto administrativo creador de derechos a favor de un particular, sigue siendo cuestionable en cuanto no haya una ley que declare tal utilidad pública (47).

Se hace así más costoso —pero no se impide— lo que podríamos llamar el gambito *Pustelnik*, que consiste en validar judicialmente una revocación fundada en la ilegitimidad del acto que se revoca, pese a rechazar la existencia de tal ilegitimidad, convirtiéndola —por decisión del tribunal— en revocación por razones de oportunidad (48).

De todos modos, es de esperar que, con estos cambios, retome fuerza la institución de la cosa juzgada administrativa.

II.13. La fijación de plazos de prescripción y su articulación con el reclamo de daños (arts. 22 y 26)

El texto anterior de la LPA no regulaba sobre los plazos de prescripción aplicables a las acciones contra la administración, lo que dejaba la cuestión sujeta a las reglas del derecho privado y a la interpretación jurisprudencial.

La reforma incorpora dos plazos de prescripción, aplicables a la acción de nulidad del acto administrativo de alcance particular: 2 años para demandar la nulidad relativa del acto administrativo y 10 años cuando la nulidad es absoluta.

La fijación de un plazo de prescripción para el acto viciado de nulidad absoluta evita la inseguridad jurídica que generaba la situación preexistente, en la cual, conforme la jurisprudencia que consideraba imprescriptible este tipo de nulidad (49), al menos en términos teóricos la administración podía dejar sin efecto decisiones administrativas del siglo XIX.

La nueva norma aclara también una cuestión respecto de la cual la Ley de Responsabilidad del Estado permitía interpretaciones contradictorias: ¿cuándo comienza a correr el plazo de prescripción de la acción de daños cuando la acción inicial del damnificado pretende solo la nulidad del acto? (50). La respuesta que da el nuevo texto de la LPA es elogiable: dicho plazo comienza, para el actor, a partir de que queda firme la sentencia que declara tal nulidad (51).

Esta última regla es importante porque permite sostener que —en ciertos casos— la acción de nulidad, por sí misma, no tendrá necesariamente contenido económico (52), por lo cual solo debiera tributarse, inicialmente, la tasa de justicia correspondiente a litigios sin monto, dejando la cuantificación del monto del litigio, y con ella el pago porcentual, para el momento de la iniciación de la acción de daños. El punto puede parecer baladí, pero no lo es: en la práctica es el pago de una tasa considerable lo que disuade a muchos damnificados por el Estado de reclamar por los perjuicios causados por el acto dañoso, al no tener certeza acerca de si la Justicia coincidirá en declarar ilegítimo a tal acto.

Por último, remarcamos que los plazos de prescripción introducidos en la LPA solo

aplican, como se prevé en forma expresa, respecto de los actos administrativos de alcance particular.

La impugnación de los actos de alcance general no se encuentra sujeta a plazos de prescripción. Al tratarse de actos materialmente legislativos, que tienen vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico (mientras no sean derogados), se aplican las mismas reglas que rigen el cuestionamiento de la constitucionalidad de las leyes, el que puede ser formulado —en los casos concretos que se susciten— con independencia del tiempo transcurrido desde la sanción de la norma.

Por cierto, el plazo de caducidad (ahora de 180 días) para demandar judicialmente la nulidad de un acto de alcance general se computa desde que se notifica al interesado el rechazo del reclamo impropio, para cuya interposición no se prevé plazo alguno. Así surge de los artículos 24 y 25.

II.14. Reducción de los casos en que es necesario agotar la vía administrativa (arts. 23 y 24)

La reforma aclara diversos supuestos en los que ya no será necesario agotar la vía administrativa, sin perjuicio de la procedencia optativa de los recursos que se intenten contra el acto que la ha agotado.

Así, ya no será necesario agotar la vía administrativa (i) cuando la impugnación se base exclusivamente en la inconstitucionalidad o invalidez de la norma de jerarquía legal o superior que aplica el acto que se impugna; (ii) cuando debido a la clara conducta del Estado el agotamiento constituiría un ritualismo inútil; o (iii) cuando se interponga un amparo u otro proceso urgente.

Tampoco será necesario el agotamiento frente a los actos que de por sí agotan la vía administrativa, como aquellos emanados del Poder Ejecutivo o de la autoridad superior de una entidad descentralizada, sea a pedido de parte o de oficio y con o sin previa intervención o audiencia del interesado.

También se libera del plazo de caducidad de 15 días (hoy 30) la impugnación de una vía de hecho, con lo que se elimina un claro error del texto original de la LPA que introdujo una institución innecesaria en nuestro derecho (explicable en el derecho francés como protección frente a la intervención del tribunal administrativo antiguamente sospechado de parcialidad hacia la administración) y además la sujetó a un breve plazo de caducidad que en Francia no se aplica.

Cabe destacar una nueva norma que, así como libera de la necesidad de agotar la vía administrativa contra aquellos actos dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial luego de que quede firme la sentencia definitiva, los priva de todo efecto en la medida en que contradigan o modifiquen lo dispuesto por la sentencia.

Finalmente, en forma simétrica, se elimina la necesidad del reclamo impropio como requisito para impugnar judicialmente un acto de alcance general cuando se interponga una acción de amparo u otro proceso urgente, así como cuando se impugnen decretos delegados, de necesidad o urgencia o que promulguen parcialmente leyes del

Congreso (arts. 76, 99 inc. 3, y 80, respectivamente, de la C.N.).

II.15. Ampliación del plazo para interponer el recurso jerárquico (art. 23, inc. d)

La reforma de la ley otorga jerarquía legislativa al plazo para la interposición de los recursos susceptibles de agotar la vía administrativa, en referencia al recurso jerárquico, que es la impugnación mediante la cual, por regla general, se agota la vía administrativa. Dicho plazo ha sido llevado a 30 días hábiles administrativos, duplicando así el plazo de 15 días que prevé el actual DR. De acuerdo con el texto de la nueva norma se trata de un plazo mínimo que puede ser extendido —pero no acortado— por vía reglamentaria.

II.16. Régimen de impugnación de actos contractuales (art. 23 inc. e)

El plenario *Petracca* de la Cámara del fuero (53) constituyó una importante restricción a la tutela efectiva de los derechos de los contratistas del Estado al obligarlos a interponer sucesivos recursos administrativos, y en su caso acciones judiciales, durante la ejecución del contrato para no perder sus derechos frente a decisiones de la administración que consideren ilegítimas.

La reforma introduce un cambio significativo al extender el plazo para que el contratista inicie la acción judicial hasta transcurridos 6 meses de terminado el contrato siempre que haya cuestionado en forma expresa el acto en cuestión dentro de los 30 días de notificado, sin necesidad de haber mantenido la impugnación administrativa o promovidos recursos administrativos contra el acto que rechaza tal cuestionamiento para mantener abierta la vía judicial. Se trata claramente de un plazo máximo por lo cual nada impide que dicha acción se inicie mientras esté en ejecución el contrato.

Con ello se da la opción al contratista de no iniciar el litigio durante la ejecución del contrato sino a su fin, pero dentro de un plazo breve para que continúen disponibles tanto los testimonios como las pruebas escritas que necesita la administración para su defensa.

El texto que comentamos establece que, durante la etapa de ejecución del contrato, para preservar su derecho el particular debe limitarse a “cuestionar” los actos que considere que lo afectan. ¿Este cuestionamiento debe hacerse mediante presentaciones calificadas como recursos o reclamos, según el caso? La nueva norma no lo exige, pero parecería ser lo más seguro.

En efecto, en los contratos de larga duración como las concesiones de obras o servicios públicos, frente a una decisión puntual de la administración puede vencer el plazo de prescripción antes de la terminación del contrato. Por ello, en esos casos la presentación de recursos o reclamos permitirá al contratista interrumpir el plazo de prescripción, y así no estar obligado plantear la cuestión judicial durante el término de vida del contrato, al menos mientras la administración no rechace expresamente el recurso o reclamo impropio y se mantenga así el efecto interruptivo resultante de la impugnación presentada.

los perjuicios ocasionados por sus actos ilegítimos comenzará a correr, para el actor, a partir de la fecha en que quede firme la sentencia que declara su nulidad”. En rigor, no es la “acción” sino el plazo de prescripción lo que comienza a “correr” desde el momento indicado por la norma.

(52) Véase la distinción que formulan MONTI, Laura - VIEITO FERREIRO, Mabel, “La demanda, la contestación de la demanda, la reconvencción y las excepciones en el

II.17. Efectos de la denegación de la impugnación de un acto general (art. 24)

Bajo el texto anterior de la LPA no resultaba claro qué efecto producía el rechazo de la impugnación directa del reglamento que autoriza el artículo 24 frente a futuras impugnaciones de los actos de aplicación de dicho reglamento.

La reforma aclara la independencia de los procesos. De este modo, la falta de impugnación directa del reglamento —o la desestimación de tal impugnación— no impide la posterior impugnación de los actos individuales de aplicación, y viceversa. Todo ello sin perjuicio de los efectos propios de los actos de alcance particular que se encuentren firmes.

II.18. Ampliación de plazos para ocurrir o recurrir ante la justicia (arts. 25 y 25 bis)

En materia del proceso contencioso administrativo la reforma introduce también importantes avances en lo que respecta a los plazos para ocurrir ante la justicia. Se ha extendido a 180 días hábiles judiciales el plazo para interponer la acción impugnatoria una vez que se considera agotada la vía administrativa o se ha notificado el acto frente al cual el agotamiento no es necesario. Además, se ha eliminado la calificación de dicho plazo como “perentorio” que contenía el texto anterior.

Igualmente, importante es la extensión a 30 días de todos los plazos menores que existían en las diversas leyes que otorgaban recursos directos ante la justicia contra decisiones administrativas. En realidad, esta regla pudo haber sido aplicada desde la sanción del texto originario de la LPA, si la jurisprudencia hubiera interpretado que la norma fijaba tal plazo, cosa que no ocurrió.

Con la regla expresa introducida por la reforma ya no existen más dudas: el plazo general para interponer recursos directos no podrá ser menor, de ahora en adelante, a 30 días hábiles judiciales en todos los supuestos (ello siempre que leyes posteriores no fijen plazos menores, lo que es de esperar que no ocurra). Se corrigen así plazos angustiosos de 3 o 5 días, en los que en algunos casos debía además fundarse el recurso, habiendo quedado derogadas las normas que fijaban plazos menores a 30 días (no así mayores, como el plazo de 90 días de que gozan los funcionarios públicos para impugnar las sanciones que los afectan) (54). Se evita así una grave afectación del derecho de defensa y se respeta la labor de los letrados, liberándolos de la obligación de interponer y fundar recursos directos sin contar con el tiempo necesario para un análisis adecuado del caso.

Ante la corruptela adoptada por algunas dependencias de retacear la elevación del expediente al tribunal judicial pretendiendo para sí la potestad de un tribunal de primera instancia de conceder o denegar la apelación de su sentencia, se aclara expresamente que es deber del órgano administrativo ante el cual se interpone el recurso directo elevar el expediente a la Justicia dentro de los 5 días de dicha interposición, en defecto de lo cual el recurrente podrá presentarse directamente ante el tribunal.

(47) De acuerdo con la necesidad de ley especial que declare la utilidad pública en cada caso: CASSAGNE, “Curso”, cit. *supra*, t. I, ps. 772/73; GORDILLO, “Tratado”, ob. cit. *supra*, t. 3, p. XIII-22.

(48) Así lo resolvió la CS en el caso “Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros, Fallos 293:133, 1975.

(49) CS, “SA Empresa Constructora F. H. Schmidt c. Provincia de Mendoza”, Fallos 179:249, 1937; “Ganadera Los Lagos SA c. Nación Argentina”, Fallos 190:142 (1941);

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, “Maruba SCA”, LA LEY, 1998-A-151.

(50) El art. 8 de la Ley 26.444 de Responsabilidad del Estado no aclara el punto, lo que sí hace su artículo 9 respecto de la acción de repetición del Estado contra el funcionario que causó el daño que el Estado debió indemnizar.

(51) El nuevo texto establece que “[l]a acción contra el Estado nacional y sus entidades autárquicas por

proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, J. C. [dir.], “Tratado General de Derecho Procesal Administrativo”, La Ley, 2011, 2ª ed., p. 9) según que se reclame o no el daño juntamente con la acción de nulidad.

(53) “Petracca e Hijos SA c. Gobierno nacional”, LA LEY, 1986-D, 10.

(54) Así lo dispone el art. 40 de la Ley Marco de Reglamentación del Empleo Público Nacional aprobada por la Ley 25.164.

II.19. Procedencia de la excepción de ilegitimidad frente al acto nulo (art. 25)

Un importante cambio introducido por la reforma es el de permitir expresamente la articulación de la excepción de ilegitimidad frente al acto viciado de nulidad, absoluta o relativa, aun después de haber vencido el plazo de caducidad para impugnarlo, pero ello siempre que se esté dentro del plazo de prescripción (55).

II.20. Supresión del *solve et repete* (art. 25 bis)

Como se sabe, la regla del *solve et repete* exige el pago de las sumas reclamadas por el Fisco como condición para poder cuestionar su procedencia ante la Justicia. Este sistema ha sido abandonado en muchos países por considerárselo contrario a la garantía de la tutela judicial efectiva (56). En nuestro país sigue rigiendo en materia previsional (57).

Pues bien, la reforma excluye el pago previo como condición para impugnar judicialmente las sanciones pecuniarias. Se trata de un avance muy significativo, que deja atrás uno de los principales mecanismos que en el pasado se han utilizado para hostigar a particulares, como es el caso de la imposición de multas cuyo previo pago era condición indispensable para acceder a su revisión judicial (58).

Si bien esta disposición se refiere a los recursos judiciales directos, interpretada en conjunto con los principios de gratuidad del procedimiento administrativo y de tutela administrativa efectiva, también deben considerarse derogadas las disposiciones que exigen la realización de pagos, depósitos o algún tipo de garantías como requisito para la impugnación administrativa de los actos sancionatorios.

II.21. Ampliación del ámbito de aplicación y fortalecimiento del amparo por mora (arts. 28 y 29)

Hasta ahora el amparo por mora era procedente en los casos en los que la autoridad administrativa demoraba la emisión del dictamen o la resolución requerida por el interesado.

La reforma introduce, como supuesto habilitante del amparo por mora, la dilación del órgano administrativo en expedir la “interpretación aclaratoria” solicitada, lo que supone el deber de la autoridad de brindar respuesta al interrogante planteado por el particular. Es que, frente a normas o regulaciones confusas, ambiguas o contradictorias, es imperativo que el órgano encargado de aplicarlas clarifique su alcance. Así lo imponen, entre otros, los principios de buena fe y transparencia que consagra la reforma. Y dicha interpretación aclaratoria debe ser emitida, necesariamente, dentro de un plazo razonable, según las circunstancias del caso.

Por otra parte, el incumplimiento de la resolución judicial que admitía el amparo por mora carecía de sanción efectiva ante la remisión a la sanción prevista en el art. 17 del decreto-ley 1285/1958, que implica solamente la comunicación del incumplimiento a la autoridad superior del funcionario responsable por tal omisión.

El nuevo texto, además de agregar a la sanción del texto anterior “las demás responsabilidades que pudieren corresponder por di-

cha desobediencia”, establece la posibilidad de que el juez incluya en su resolución “el apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante de no respetarse el nuevo plazo aceptado o fijado”.

Tal apercibimiento debiera constituir ahora un importante aliciente para que la administración cumpla con el plazo judicialmente fijado.

Además, la reforma establece que el recurso de apelación contra la sentencia que hace lugar al amparo por mora se concederá al solo efecto devolutivo, es decir, sin suspender la ejecutoriedad de la orden emitida a la administración. Se trata de un importante avance, que revierte la jurisprudencia que le asignaba efecto suspensivo a la apelación, lo que en la práctica desvirtuaba la celeridad inherente a este remedio.

II.22. Eliminación del requisito de congruencia en el reclamo administrativo previo (art. 30)

La reforma elimina la exigencia, prevista en el texto anterior, que la reclamación versara sobre los mismos hechos y derechos que se invocarían en la eventual demanda judicial.

Ante esta modificación quedará librada a la discreción judicial la apreciación de si la reclamación ha sido lo suficientemente clara y precisa para cumplir, de buena fe, con el aviso previo al Estado de la pretensión del particular, pero sin poder exigirse, en adelante, una total correspondencia entre los hechos y el derecho expuestos en la reclamación y en la demanda judicial.

De esta manera se elimina un requisito que debiera operar únicamente dentro del proceso judicial (al exigir la congruencia entre la pretensión del actor y lo resuelto en la sentencia) y no en el paso de la instancia administrativa a la judicial, quedando también superada la jurisprudencia que pretendía extender el requisito al agotamiento de la vía administrativa (59).

II.23. Supresión del control de oficio de los requisitos para habilitar la instancia (art. 31)

También en este punto la reforma deja de lado el cambio introducido en 2000, mediante la ley 25.344, que obligaba a los jueces a controlar si se habían reunido las condiciones para habilitar la instancia judicial.

Esta obligación daba lugar frecuentemente a un largo trámite en el cual el actor debía, en la realidad de los hechos, litigar contra el fiscal y contra el juez que abandonaban así su posición imparcial en el proceso. Y si para abrir la instancia era necesario llegar hasta la Corte Suprema solía ocurrir que el trámite demorara hasta 2 años, o sea el doble del plazo que en Francia se necesita hoy día para obtener del tribunal administrativo la decisión de primera instancia sobre el fondo (60). A ello se le agregaba la subsiguiente demora al relitigar las mismas cuestiones cuando las planteaban, en ejercicio de su deber profesional, los letrados del Estado.

Si bien la reforma introducida en 2000 no había hecho sino recoger el criterio establecido por la Corte Suprema en el caso *Gorordo* (61) (en el que se modificó la jurisprudencia que hasta entonces había considerado uniformemente que la falta de agotamiento era renunciable por el Estado), es de esperar que, ante este cambio legislativo, ni la Corte

Suprema ni los tribunales inferiores reintroduzcan *motu proprio* el kafkiano trámite de habilitación de instancia. Merced a esta modificación, en muchos casos se habrá reducido en no menos de un año el plazo para llegar a la sentencia final, cumpliendo así el principio de plazo razonable introducido por la reforma para el trámite administrativo (y vigente también en la etapa judicial) y exigido por el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos como corolario de la garantía de la tutela judicial efectiva (62).

II.24. Confirmación de la jurisprudencia *Biosystems* (art. 31)

Otro cambio introducido en la reforma introducida por la ley 25.344, que diera lugar a críticas, fue la posibilidad de que el mero silencio de la administración ante la interposición de la reclamación administrativa previa y del pedido de pronto despacho, gatillara el plazo de caducidad.

Una inteligente interpretación de la Procuración General, a la que la Corte Suprema adhirió (63), evitó este resultado sin necesidad de declarar la norma inconstitucional.

La reforma vuelve a la regla tradicional de considerar reiniciado el plazo de caducidad solo ante el rechazo expreso de la reclamación administrativa previa. Podrá continuar jugando, eso sí, el plazo de prescripción (ver puntos II.4 y 9, *supra*).

II.25. Reintroducción y ampliación de las excepciones a la reclamación administrativa previa (art. 32)

La reforma reintroduce la exención del requisito de la reclamación administrativa previa a la demanda judicial cuando su interposición constituiría un ritualismo inútil ante la firme posición de la administración contraria a la pretensión del particular, así como cuando se interpone una acción de desalojo u otra que acción que no tramite por vía ordinaria.

Pero además se agrega, a la excepción existente concerniente a la responsabilidad extracontractual del Estado, la de su responsabilidad contractual, con lo cual en ambos casos podrá dispensarse de ese trámite.

III. Interrogantes que subsisten

Además de aquellos planteados en la sección II precedente, subsisten otros interrogantes.

III.1. Revisabilidad del rechazo de la denuncia de ilegitimidad

Una de las principales sugerencias que se había hecho llegar a los encargados de redactar el proyecto de la entonces Ley Ómnibus (que también incluía el capítulo sobre reforma de la LPA) había sido la de declarar expresamente revisable por la justicia el rechazo de la denuncia de ilegitimidad permitiendo así al juez determinar si estaban dadas las condiciones que establecía la norma respectiva (LPA, art. 1 inciso [e] parágrafo [6] del texto anterior) para su procedencia.

Con el propósito de restringir el plazo indefinido que podía llevar tal solución, se propuso correlativamente limitar a 2 años el plazo máximo para considerar no renunciado el derecho y, por ende, improcedente la denuncia de ilegitimidad interpuesta después de vencido ese plazo.

Sin embargo, en el proyecto presentado al Congreso se prefirió no establecer la regla de la revisabilidad, pero sí fijar el plazo máximo de 2 años, plazo este que, en el trámite parlamentario, se abrevió a 180 días. De tal manera, en este aspecto estamos algo peor que antes de la reforma, cuando no existía tal plazo máximo.

No obstante, consideramos que bajo el nuevo texto existen argumentos para sostener, incluso con más fuerza que anteriormente, la revisabilidad del rechazo de la denuncia de ilegitimidad.

En efecto, al haberse fijado un plazo máximo para considerar procedente la denuncia, desaparece el temor de abrir la puerta a una suerte de imprescriptibilidad de la acción que impugna su rechazo.

Sostenemos por ello que el rechazo de toda denuncia de ilegitimidad presentada dentro de los 180 días de notificado el acto debe ser judicialmente revisable, a menos que existan circunstancias especiales que justifiquen lo contrario. Estas circunstancias serían, por ejemplo, la violación de la seguridad jurídica de otros interesados (piénsese en el otorgamiento —a un competidor del impugnante— de una promoción industrial con base en la cual ha comenzado a implementarse una importante inversión) o cuando la conducta del denunciante, además del transcurso del tiempo, confirme que ha renunciado a su derecho de impugnación (renuncia que no cabe presumir (64) y menos aún dentro del breve plazo de 180 días).

La respuesta al argumento de que no se puede tratar igual a quien recurre dentro del plazo de caducidad que a quien no lo hace es fácil: no se los trata igual, porque la procedencia de la denuncia de ilegitimidad estará sujeta a ese doble filtro mientras que la impugnación oportuna será siempre formalmente procedente si se dan las demás condiciones para tal procedencia, como la legitimación, por ejemplo.

El tema se vincula con la subsistencia de la posibilidad de impugnar el acto viciado de nulidad absoluta pese al vencimiento del plazo de caducidad, que tratamos seguidamente.

III.2. La subsistencia de la impugnabilidad del acto viciado de nulidad absoluta pese al vencimiento del plazo de caducidad

Nos encontramos aquí con otra regla que se ha mantenido y es la que obliga a la administración a revocar sus actos viciados de nulidad absoluta (LPA, art. 17).

Cabe preguntarse si esta obligación es jurídicamente exigible o es una declaración meramente lírica que nos permite sostener que en nuestro país rige el estado de derecho, pero sin imponerle a las autoridades la carga de respetarlo efectivamente. Al respecto, pensamos que el énfasis dado al principio de tutela administrativa efectiva en la nueva ley obliga a “tomar en serio” esa obligación de la administración dotándola de un mecanismo para controlar su incumplimiento.

Recordemos que, en el derecho español, que es de donde hemos tomado este opresivo régimen de caducidad aplicado a los derechos [caducidad que en Italia se aplica solo a los intereses legítimos y que en Francia está limitada al cuestionamiento de la validez del acto, pero no a la acción de indem-

(55) En Italia, esta regla está prevista en el nuevo *Codice del Processo Amministrativo* (decreto legislativo del 2/7/2010 y sus normas modificatorias), art. 31, inciso 4º, pero sin limitarla al plazo de prescripción.

(56) Ver la crítica a esta doctrina que formulara CASÁS, José O. “La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria”, en AA.VV., “Derecho Procesal Admi-

nistrativo” (J.C. Cassagne, dir.), t. 2, ps. 1317, 1390-1410.

(57) Así lo dispone la ley 24.463, art. 26, si bien la jurisprudencia ha admitido reemplazar el pago por un seguro de caución (CASÁS, ob. cit., p. 1408, nota 272).

(58) La Ley de Abastecimientos exigía el pago previo de la multa para permitir la apelación judicial, a menos que se hubiera constituido caución real o sobre el fondo

de comercio (ver Ley 20.680, arts. 16 y 17).

(59) Ver al respecto MAIRAL, “Control Judicial”, ob. cit., parág. 308.

(60) Así lo afirma SAUVE, J. M. “Le juge administratif au défi de l’efficacité”, *Rev. Française de Droit Administratif*, 2012, p. 616.

(61) CS, “Gorordo Allaria de Kralj c. Min. de Cultura y

Educación”, Fallos 322:73, 1999.

(62) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/11/2008, “Valle Jaramillo c. Colombia”, parág. 154.

(63) CS, “Biosystems SA c. E. N.”, Fallos 346:921, 2014.

(64) Cód. Civ. y Com., art. 948: “La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducir es restrictiva”.

nización (65)], desde hace casi 30 años rige una regla similar que obliga a la administración a revisar sus actos afectados de nulidad de pleno derecho, una categoría análoga a nuestra nulidad absoluta (66). Pues bien: la jurisprudencia española ha interpretado esta regla como abriendo el acceso al tribunal en caso de incumplimiento de tal obligación al requerirlo el interesado (67). Tal es la solución que proponemos para nuestro derecho donde rige, al igual que en la Unión Europea, un tratado sobre derechos humanos que protege con idénticos términos la tutela judicial efectiva frente a los actos de las autoridades.

III.3. Efecto del plazo de caducidad ante un hecho administrativo

Si bien la reforma ha eliminado el plazo de caducidad para las vías de hecho, lo mantiene para impugnar los hechos administrativos, plazo que corre desde el conocimiento del hecho por el interesado.

Cabe preguntarse qué efectos tiene ese plazo de caducidad, hoy de 180 días: ¿afecta a la acción judicial que demanda el cese del hecho, a la acción que impugna el acto tácito que subyace respecto de la conducta material, o a la acción de daños y perjuicios?

Las respuestas a estas preguntas, y el análisis de las soluciones posibles, excede el alcance del presente trabajo, por lo cual nos remitimos a su tratamiento en otra obra nuestra (68).

Baste aquí con señalar que (i) si el hecho es continuado, los vicios en que ha incurrido la administración al ejecutarlo no quedan saneados por el transcurso del plazo de caducidad, por lo cual la acción pidiendo su cese seguirá estando disponible (69); y si el hecho ha cesado, la acción pidiendo su cese no tendrá sentido; (ii) parece absurdo fijar un plazo de caducidad para impugnar un acto tácito, que por ende no ha sido notificado, cuando una notificación imperfecta de ese acto expreso no tendría validez para disparar el plazo de caducidad; y (iii) no hay plazo de caducidad (sino de prescripción) para los casos en que no se impugna un acto, sino que se reclama una indemnización por los daños causados por un hecho atribuible a la administración.

III.4. Subsistencia de la acción indemnizatoria vencido el plazo de caducidad

El mensaje de elevación del proyecto de la entonces llamada “Ley Ómnibus” al Congreso, en diciembre de 2023, refería a la adopción del sistema francés que permite —en principio y con alguna excepción— mantener la acción de indemnización pese a no haberse impugnado dentro del plazo de caducidad el acto ilegítimo causante del daño (70). Sin embargo, el texto que se presentó al Congreso y que fue sancionado en la Ley de Bases finalmente sancionada, no incluyó dicha regla.

Corresponde preguntarse, entonces, si a partir de la reforma esa posibilidad existe en nuestro derecho. Recordamos que no ha sido proscripta por ninguna norma expresa, sino que resultó una solución jurispruden-

cial basada en el argumento de vincular la acción de nulidad como presupuesto lógico de la pretensión indemnizatoria (71), como si los franceses —que tienen el régimen opuesto— no conocieran la lógica.

La pregunta entonces puede formularse así: ¿es compatible con las garantías de tutela judicial y administrativa efectivas un sistema que —frente a un acto administrativo viciado— extingue la acción indemnizatoria por el mero transcurso de 30 días?

Nos parece que la respuesta negativa se impone. Por eso consideramos que debe modificarse la jurisprudencia *Díaz Colodrero* y admitir la subsistencia de la acción indemnizatoria basada en la ilegitimidad de un acto administrativo, pese a no haberse impugnado dentro del plazo de caducidad aplicable. Como bien se ha dicho en Francia, el vencimiento de dicho plazo no da patente de legitimidad al acto viciado (72).

III.5. Exigibilidad de la participación pública antes de la emisión de un reglamento que afecta a derechos o intereses particulares

En el nuevo texto del art. 7 de la LPA se aclara que el requisito del respeto de la tutela administrativa efectiva solo se considera implícito en el dictado de actos de alcance particular.

En relación con los actos de alcance general, la audiencia pública solo sería requerida en los casos puntuales en los cuales la ley así lo exige, pudiendo además ser reemplazada 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” (nuevo texto del inciso [a] (i) del artículo 1 bis).

Sin embargo, el inciso a) del nuevo artículo 1 bis reconoce el derecho a ser oído “antes de la emisión de actos” (sin precisar “de alcance particular”) de todos aquellos cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tales “actos”.

Dado que en la LPA el concepto de acto administrativo incluye tanto a los actos individuales como los generales (ver por ejemplo su artículo 11), puede argumentarse que el dictado de reglamentos también debería respetar el derecho a ser oídos de quienes puedan resultar afectados por la nueva norma general.

Cabría así distinguir entre la tutela administrativa efectiva, respecto de los actos de alcance particular, que comprendería todas las garantías que dan forma al debido proceso adjetivo (incluyendo el derecho de ofrecer y producir pruebas), y la garantía de la consulta previa, que implicaría la posibilidad de ser oído, pero no de producir pruebas.

El derecho a ser oído de los posibles afectados por una nueva regulación se encuentra ampliamente reconocido en los Estados Unidos donde, salvo casos excepcionales, debe publicarse la intención de dictar el reglamento, explicando sucintamente el contenido de la regulación que se contempla, aguardar un plazo para que los interesados

puedan hacer llegar sus observaciones, y tomar en cuenta aquellas que fueran pertinentes al redactar el texto final del reglamento (73). Por cierto, los principales litigios del derecho administrativo federal norteamericano en las últimas décadas han involucrado reglamentos y no actos individuales (74).

Cabe recordar, además, que existen calificadas opiniones que consideran que el requisito de participación previa en la emisión de reglamentos está implícito en nuestra Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos (75).

Naturalmente, esa participación debe ser efectiva y no una mera formalidad. En este sentido, el nuevo artículo 8 bis de la LPA introduce algunas previsiones tendientes a que la participación previa de los interesados sea efectiva, aunque la norma tiene un alcance doblemente acotado, ya que regula los casos (i) en que la ley exige la participación y (ii) se trata de la participación de usuarios y consumidores en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos.

Al respecto, se establece que deberá realizarse un procedimiento de consulta pública (o, en su caso, de audiencia pública no vinculante) que permita a los interesados (i) acceder a información adecuada, veraz e imparcial y (ii) exponer sus opiniones con amplitud y dentro de plazos razonables, a la vez que se requiere a la autoridad regulatoria considerar fundadamente las opiniones vertidas.

Sería deseable que el recaudo de la participación previa de los interesados y la aplicación de estas previsiones tendientes a que sea efectiva y útil se extienda respecto de la emisión de reglamentos relativos a otras actividades reguladas, aun cuando no se trate estrictamente de servicios públicos.

Las razones que justifican promover la participación previa, con carácter general, en el procedimiento de elaboración de reglamentos, son de diverso orden: (i) desde un punto de vista *instrumental*, porque al acercar más elementos de juicio a la administración, permite una mejor reglamentación; (ii) desde un punto de vista ético, porque respeta la dignidad de aquellos cuyos derechos e intereses serán afectados, oyéndoles antes de imponerles tal afectación; (iii) desde el punto de vista de la *transparencia* de las decisiones públicas, porque da ocasión para opinar a todos los interesados y no solo a quienes gozan del favor de los funcionarios de turno; (iv) desde el punto de vista *político* porque, al permitir la participación ciudadana en la adopción de decisiones públicas, se fortalece la legitimidad de las autoridades; y (v) desde el punto de vista *jurídico* porque, al obligar a la administración a volcar el expediente las razones que la llevan a dictar al reglamento y las respuestas a las objeciones pertinentes planteadas por los interesados, se facilita el control judicial (76).

Además, en nuestro país, la práctica administrativa evidencia que, en plazos de dos o tres días y basándose en expedientes desprovistos de análisis serios, se dictaron reglamentos que alteraron sustancialmente las reglas de juego de una industria, favore-

ciendo a uno de sus sectores y perjudicando a otro.

Por ello, si no hay un control efectivo y profundo en materia de reglamentos, exigiendo la participación previa y profundizando el escrutinio judicial, continuará siendo válida en nuestro país la observación que uno de los Médici formuló hace más de 500 años: “En Florencia no se puede conservar la riqueza sin el apoyo del Gobierno”. Los negativos efectos cívicos de esta situación no necesitan ser explicados.

IV. Nuevos interrogantes

IV.1. ¿Siguiendo siendo necesaria la figura del acto inexistente?

En varios trabajos anteriores a la reforma habíamos sostenido, siguiendo a Linares y a Gordillo (77), que la figura del acto inexistente era necesaria en derechos como el nuestro en el cual el acto viciado de nulidad absoluta aún produce ciertos efectos. A este respecto, traíamos a colación la figura del acto *nul et non avenu* (nulo y no sucedido) del derecho francés, que tiene por no acaecido, o sea inexistente, al acto groseramente viciado como aquel en el cual la administración ejerce potestades de otros poderes del Estado o ejerce una facultad que no le ha sido atribuida en absoluto (78). Sobre este tema se registraban opiniones discordantes en nuestra doctrina (79).

La reforma incluye varios casos de actos inexistentes. Así, el artículo 8 del nuevo texto de la LPA priva ahora de todo efecto al acto que carece de firma o de forma escrita (salvo, en este último caso, cuando las circunstancias permitieren utilizar una forma distinta) y, en su artículo 23 niega todo efecto jurídico a un acto administrativo en la medida que contraríe o modifique lo dispuesto por una sentencia judicial.

Si bien la reforma amplía la defensa del particular frente al acto viciado de nulidad, puede ser aún necesaria una aplicación más general de la figura del acto inexistente frente a un acto administrativo que adolece de un grosero defecto como el ya señalado del pretendido ejercicio por la administración de potestades legislativas o judiciales, o de atribuciones que limitan los derechos de los particulares y que ninguna ley le ha conferido. En Francia se considera inexistente al acto que no pueden fundarse en ninguna potestad administrativa (80).

Frente a este tipo de situaciones, como sería por ejemplo la decisión de un Registro de Propiedad de cancelar *motu proprio* una hipoteca que se encuentra vigente, las acciones tendientes a revertir el estado de cosas resultante de la actuación administrativa no deben estar sujetas a ningún plazo de caducidad o de prescripción. Sería así aplicable la regla de imprescriptibilidad del art. 387 del Cód. Civ. y Com., y no el plazo de prescripción de 10 años que ahora prevé la LPA para los actos nulos. Naturalmente, las actuaciones administrativas que queden incluidas en la categoría de actos inexistentes no gozarían de los caracteres clásicos del acto administrativo (presunción de legitimidad, ejecutoriedad).

(65) Ver punto III.4 *infra*.

(66) LPA (2015), arts. 47, inc. 1, y 106, inc. 1.

(67) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R. “Curso de Derecho Administrativo”, 2022, t. II, 20ª ed., ps. 669-670; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho Administrativo, Parte General”, 2021, 17ª ed., ps. 577/579.

(68) “Control Judicial...”, ob. cit., parágs. 352 y 353.

(69) En este sentido ver CS, “Tartaroglu de Neto c. IOS”, Fallos 324:3074 (2001) y demás jurisprudencia citada en nuestro “Control Judicial”, ob. cit., parág. 360.

(70) DEBBASCH, Charles, *Contentieux Administratif*, 1981, 3ª ed., p. 375.

(71) CS, “Alcántara Díaz Colodrero c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 319:1476, 1996.

(72) CHAPUS, René, *Droit du Contentieux Administratif*, 1982, p. 251.

(73) 5 USC 553.

(74) Ver los casos reseñados por diversos autores en el libro editado por STRAUSS, Peter L. *Administrative Law Stories*, 2006.

(75) En este sentido, PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Elaboración participativa de normas: mecanismos de control”, en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, RAP (2006), ps. 577-585.

(76) Tomamos estos argumentos de SHAPIRO, Martin,

“The Giving Reasons requirement”, Univ. Chicago Legal Forum, 1992, # 8, p. 179, y de CRAIG, Paul P., *EU Administrative Law*, Oxford Univ. Press, 2006, ps. 316-322 y 477-481.

(77) LINARES, Juan F., “Vía de hecho administrativa y acto inexistente”, LA LEY, 1982-C, 889; GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, ob. cit., t. 3, ps. XI-22/27. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ admiten la categoría de acto inexistente (“Curso...”, ob. cit., t. I, p. 668).

(78) C.E. “Rosan Girard”, 31/05/1957, Recueil Lebon 355; AUBY, Jean-Marie - DRAGO, Roland, *Traité de Contentieux Administratif*, 1984, 3ª ed., t. I, ps. 901-902,

ROUQUETTE, Rémi, *Petit Traité du Procès Administratif*, 2016, 7ª ed., ps. 544-545.

(79) En contra de la admisibilidad de la noción en derecho administrativo se habían pronunciado, entre otros, MARIENHOFF (“Tratado de Derecho Administrativo”, [1988], 3ª ed., t. II, ps. 492-496) y CASSAGNE (“Curso de Derecho Administrativo”, [2021], 13ª ed., t. I, ps. 683-686).

(80) AUBY, J. M. - DRAGO, R. *Traité de Contentieux Administratif*, 1984, 3ª ed., t. II, p. 439 (“decisiones manifiestamente no susceptibles de vincularse el ejercicio de un poder perteneciente a la administración” en la terminología del Consejo de Estado).

IV.2. La eliminación del instituto de la "revisión"

El texto original de la LPA contenía un artículo (el 22), extraído de la ley 50 (sobre Procedimiento ante los Tribunales Nacionales), que establecía una suerte de pedido o recurso de revisión ante la misma administración.

Las causales más relevantes eran la aparición de documentos desconocidos; la declaración de falsedad de documentos en los que se había basado el acto; o la comprobación de una grave irregularidad que lo afectara, como cohecho, prevaricato, violencia o fraude, todo ello tiempo después de su dictado (y, se supone, incluso después de vencidos los plazos limitativos aplicables).

Ante la desaparición del instituto de la revisión, la solución para los casos que ella contemplaba, y en los que sería injusto privar de acción al afectado (recuérdese que los procesos penales, en nuestro país, duran más de una década), la solución puede estar en el art. 2550 del Cód. Civ. y Com., que permite al juez dispensar de la prescripción cuando dificultades de hecho o maniobras

(81) Ver BIANCHI, Alberto, "Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública", TR LALEY AR/JUR/5244/2010. Por su parte, Gordillo hablaba

dolosas le han obstaculizado temporalmente el ejercicio de la acción a su titular.

V. Conclusiones

La reforma incluye muchos cambios, entre ellos algunos que — pese a parecer menores — seguramente requerirán un análisis minucioso para precisar sus alcances.

De todas maneras, la presente reseña preliminar evidencia una clara y firme decisión del legislador en pos de la protección efectiva de los derechos e intereses de los particulares, y ello tanto en sede administrativa como judicial. La jurisprudencia y la doctrina que han defendido el principio *pro actione* y el mayor control de la actuación administrativa reciben así un espaldarazo, mientras que los fallos y las opiniones que limitaban el acceso a la justicia o que acotaban garantías de los particulares han sido puestos en cuestión, si no directamente superados.

Como señalaran calificados autores (81), en las últimas décadas el Estado argentino fue erigiendo barreras formales para obstaculizar el acceso a la justicia de los particulares afectados por su conducta. Las dificul-

del "creciente deterioro del derecho público argentino" ("Tratado...", ob. cit., t. 3, p. VI-15).

(82) Ver Héctor MAIRAL, Héctor, "Análisis crítico de la

tades del erario justificaban a los ojos de los defensores del Estado las crecientes cortapisas a la tutela efectiva, sea administrativa o judicial. La reforma corrige esta tendencia, incorpora cambios que pocos años atrás parecían ciertamente utópicos (82) y, al hacerlo, mejora significativamente la situación existente, permitiendo un salto cualitativo respecto de estado de cosas anterior.

No hay nada antipatriótico en ello: la Patria somos todos, y no solo el Estado. Lo que cabe buscar, entonces, es el justo equilibrio entre los intereses del Estado y el de los particulares, entre las prerrogativas de la administración y las garantías de los administrados.

Es difícil concordar acerca del punto en el cual se alcanza tal equilibrio, pero para ello es útil el recurso al derecho comparado. No podrán criticarse las nuevas normas como excesivamente favorables a los particulares cuando no hacen sino aplicar, en nuestro país, algunas de las consecuencias que la garantía de la tutela judicial (y administrativa) efectiva trajo aparejadas, ya hace décadas, en los sistemas jurídicos en los que solemos inspirarnos.

legislación nacional de procedimientos administrativos", en *Procedimiento Administrativo*, POZO GOWLAND, Héctor y otros (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 307.

Por eso, apoyemos el cambio de tendencia y sigamos bregando para que nuestro derecho administrativo alcance el nivel de protección y seguridad jurídica que rige en los países que acostumbramos a tomar de modelo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1777/2024

Más información

[Suárez, Roberto C.](#), "Una mirada al procedimiento como elemento esencial del acto administrativo", RDA 2024-153, 82, TR LALEY AR/DOC/1112/2024

[Oby, Cristian Gustavo](#), "El plazo razonable. Sus implicancias en el procedimiento administrativo disciplinario de acuerdo con las directivas constitucionales y convencionales", RDA 2024-152, 208, TR LALEY AR/DOC/364/2024

Libro recomendado

[El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico](#)

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Nota a fallo

Intereses

Tasa de interés aplicable. Fijación del índice tras el pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso.

1. - La aplicación de los intereses establecidos por el Acta CNT 2783 no arroja resultados desproporcionados, irrazonables o, de modo evidente, que exceden las que pudieran considerarse pautas de "ponderación razonable", para adecuar la decisión a los lineamientos fijados por la Corte Suprema en el caso; se debe aplicar sobre el monto nominal de condena

el índice RIPTE más un interés puro del 7% anual desde que cada crédito se ha hecho exigible hasta su efectivo pago.

2. - Al capital de condena fijado en el caso se debe aplicar lo sugerido mediante las Actas CNT 2783 y 2784 y "adecuar los créditos laborales sin tasa legal, de acuerdo a la tasa CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia) reglamentada por el BCRA más una tasa pura del 6% anual, en ambos casos, desde la fecha de exigibilidad del crédito hasta la fecha del efectivo pago; y disponer que la única capitalización del art. 770 inc. b Cód. Civ. y Com. se produce a la fecha de

notificación de la demanda exclusivamente sobre la tasa pura del 6% anual (del voto en disidencia del juez Sudera).

CNTrab., sala II, 17/05/2024. - Oliva, Fabio Omar c. Coma S.A. s/Despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/59743/2024]

Jurisprudencia vinculada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/02/2024, "Oliva, Fabio Omar

c. COMA SA s/despido", TR LALEY AR/JUR/12869/2024

Costas

En 1ra y 2da instancia, a la demandada.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 26/06/2024, p. 5, Atención al Cliente, <https://www.laleynext.com.ar/> o en Proview]

Intereses aplicables a los juicios laborales

El culebrón detrás de la fijación del índice tras el pronunciamiento de la Corte Suprema



Santiago L. Sfeir

Abogado (UBA). Socio en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. Posgrado en Asesoramiento Legal para Empresas (UBA). Diplomado en Derecho Ambiental (UBA). Diplomado en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Univ. Austral). Magister en Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales (Univ. Austral). Premio Diploma de Honor y Medalla de Oro por promedio distinguido de la Cohorte 2021 - 2022 de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Univ. Austral). Docente titular de las asignaturas Derecho Civil, Penal y Laboral, y Ética y Deontología en la carrera de Guardavidas en Cruz Roja Argentina Filial San Fernando. Miembro del Comité de Dirección de Trabajo Final de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Univ. Austral).

SUMARIO: I. Antecedentes fácticos del caso y solución adoptada por el tribunal. — II. Consideraciones acerca de la tasa aplicada.

I. Antecedentes fácticos del caso y solución adoptada por el tribunal

A fecha de hoy, nadie ha quedado ajeno al decisorio de nuestro tribunal cimero en el paradigmático fallo "Oliva c. Coma" —y sus sucesivas réplicas en "Cicorella, Nicolás Pablo c. Caja de Ahorro y Seguros SA s/Despido", "López, José Hernán c. Delta Compresión SRL s/Despido", "Villaverde, María Eva c. YPF SA y otro s/Diferencias de Salarios", y "Tessarolo, Christian Damián Flavio c. Automóviles San Jorge SA s/Despido"— donde los Ministros de la Corte se inclinaron por sellar la suerte del Acta 2764 de la Cámara

laboral respecto de la capitalización de intereses, declarando su inconstitucionalidad y la necesidad de adoptar un nuevo criterio para el cálculo de intereses laborales.

A raíz de la doctrina que veda el anatocismo, la Corte optó por descalificar el pronunciamiento de la Sala IX Cámara Nac. de Apel. del Trabajo y remitir las actuaciones nuevamente a la Alzada para modificar el criterio de cálculo de los intereses.

Es entonces que vio la Luz el Acta 2783 y la resolución 3/2024 del 14 de marzo de 2024 de la Cámara que propuso como alternativa en cuanto al criterio anterior que tantas polémicas despertó lo siguiente: "1) Reemplazar lo dispuesto por el Acta 2764 del

07/09/2022 y disponer, como recomendación, que se adecuen los créditos laborales sin tasa legal, de acuerdo a la tasa CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia) reglamentada por el BCRA más una tasa pura del 6% anual, en ambos casos, desde la fecha de exigibilidad del crédito hasta la fecha del efectivo pago; 2) Disponer que la única capitalización del art. 770 inc. b del Cód. Civ. y Com. se produce a la fecha de notificación de la demanda exclusivamente sobre la tasa pura del 6% anual".

Este criterio despertó ciertas dudas en cuanto la forma de instrumentación del Acta 2783, y por ello, es que se procedió a dictar el 20 de marzo de 2024 el Acta 2784, aclaratoria de la anteriormente enunciada, disponien-

do que habrá de ser la oficina de informática del fuero la que deberá diseñar un aplicativo para la liquidación conforme el nuevo criterio adoptado, y luego remarcar que: "Se adecuarán los créditos desde que cada suma es debida y hasta la fecha de la liquidación mediante el CER. A este monto se le adiciona una tasa anual del 6% desde la fecha del crédito y hasta la fecha de la notificación de la demanda, cuyo resultado se capitaliza. Al monto resultante se le aplica una tasa del 6% anual desde la fecha de la notificación de la demanda hasta la de la liquidación, para así obtener el resultado final"

Es en este contexto que arribaron las actuaciones a la Sala II de la Cámara para dictar un nuevo pronunciamiento adecuado

a los lineamientos proporcionados por la Corte, sentencia que viera la luz el día 17 de mayo de 2024.

Así, la Dra. Andrea García Vior, en su voto propuso adoptar el criterio de las Actas 2783 y 2784 CNTrab. para la actualización del crédito a favor del accionante Oliva, más considera que, a tenor de no haber sido recurrido por la vía extraordinaria el tope fijado por el Dr. Balestrini en su voto en la sentencia de fecha 6 de julio de 2023 en virtud del art. 771 del Cód. Civ. y Com., el crédito debería ser actualizado con arreglo a lo previsto por las Actas. 2783 y 2784, más el resultado no podría ser superior a la actualización de la condena por el índice RIPTE, con más una tasa de interés anual del 7%.

Dicha solución propuesta despertó la disidencia del Dr. Sudera, quien, consideró abiertamente que “ese tope era accesorio de aquello a lo que le ponía límite, y no tenía —por ende— existencia autónoma. No puedo evitar preguntarme: ¿qué es un tope si desaparece aquello sobre lo que estaba destinado a operar? Y contestarme: nada; lo mismo que el techo de una casa si esta desaparece. Entiendo que la resolución de la Corte, que desestimó la validez de la interpretación realizada en el Acta CNAT 2764 no solo dejó sin efecto su aplicación en estos actuados, sino —aun cuando no haya existido agravio ni análisis ni resolución expresa al respecto— también, indefectible e ineludiblemente, el tope al resultado de la aplicación de aquella” (1).

En esta inteligencia, el Dr. Sudera propone, en caso de prosperar su voto, la actualización de acuerdo con los parámetros de las Actas. 2783 y 2784 CNAT.

En este reñido escenario, fue el Dr. Manuel Diez Selva quien puso fin a la controversia adhiriendo al voto de la Dra. García Vior por ser la solución adoptada que más se adecúa a los estándares propuestos por el máximo tribunal en el resolutorio de fecha 29 de fe-

brero de 2024, criterio que compartimos y que, incluso, ya ha sido adoptado por la Sala IX en los autos “Maraschiello Mario Héctor c. Orosen SRL y otros s/Despido” al considerar que: “No obstante, si dicho cálculo arroja resultados desproporcionados, cabe aplicar el art. 771 del Cód. Civ. y Com. que faculta a los jueces reducir los intereses calculados. El criterio objetivo para determinar si el resultado es desproporcionado consiste en establecer si el monto que resulta de aplicar el criterio del Acta 2784 es superior al valor del capital actualizado con el índice RIPTE más una tasa de interés anual del 7%. En caso de que así sea, cabe reducir los intereses a este último resultado (capital actualizado con RIPTE + 7% anual)” (2).

II. Consideraciones acerca de la tasa aplicada

Ahora bien, resulta claro que el culebrón detrás de las tasas de interés aplicables a la actualización de los créditos laborales lejos está de cesar.

Lo cierto es que, si bien la solución adoptada resulta ser aquella más adecuada al criterio propuesto por la Corte Suprema, y ello se encuentra motivado en la propia naturaleza del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER).

En un impecable trabajo, Ricardo Foglia ha abordado esta problemática en torno a si el coeficiente adoptado se trata, legítimamente, de una tasa de interés.

En tal sentido, ha sostenido, al realizar un acabado estudio de la figura del CER, que: “El CER en lo absoluto constituye una tasa de interés, sino que es un índice de actualización basado en otro índice de ajuste, el índice de precios al consumidor (IPC)... Pero también, y esto se omitió considerar en los instrumentos analizados, el CER tiene una génesis y un marco de aplicación muy específico y temporal, pues fue instituido frente a una situación particular: la

crisis de los contratos pactados en dólares que quedarán afectados por la crisis de la convertibilidad que motivara la sanción de la ley 25.561 y el decreto 214/2002 en el año 2002” (3).

He aquí el meollo de la cuestión; nos encontramos ante la aplicación de un instrumento total y completamente inidóneo a los fines dispuestos.

El CER fue creado a los fines de resolver controversias suscitadas en las relaciones contractuales como consecuencia de la turbulencia inflacionaria y cambiaria del año 2002 en el marco de una de las peores crisis económicas por las que atravesara nuestro país, por tanto, su aplicación como tasa de interés en la actualidad importaría desvirtuar el propósito de este.

Como bien prevé el DNU 214/2002, a través del CER y su llegada mesiánica era evitar el enriquecimiento ilícito y desmedido por parte de los acreedores, el empobrecimiento de los deudores, y que todo ello sea motivado en la crisis cambiaria como consecuencia de la salida de la convertibilidad.

A partir de estas piedras angulares, Foglia considera que “Por eso el CER no es una tasa de interés ni su finalidad de creación es genérica, sino específica, como se viera; y tan así es que la ley 25.713 se refiere a las obligaciones que en origen hubieren sido expresadas en dólares estadounidenses y “...transformadas en pesos a partir de la sanción de la ley 25.561 o bien posteriormente”. ... De allí que no se ajusta al sistema normativa atribuir al CER una condición que no tiene, de tasa de interés, ya que, en realidad y conforme se expresara, se trata de un índice de actualización monetaria o indexación vedado y específico para una situación determinada” (4).

Entonces hemos de preguntarnos, ¿las Actas 2783 y 2784 CNAT son adecuadas a los fines pretendidos?

Lo cierto es que, a nuestro criterio, no lo son.

A pesar de alejarse la capitalización de intereses del Acta 2764, aún arrojan resultados total y completamente irrazonables cuando se lo aplica para actualizar los montos de condena y ello no puede ni debe ser convalidado por los juzgadores.

En este sentido, hemos de remarcar que este entuerto podría haber encontrado su solución a partir de la reforma del art. 276 de la LCT propuesto en el DNU 70/2023, el cual proponía la modificación del articulado con una novedosa redacción que reza: “Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados y/o repotenciados y/o devengarán intereses... La suma que resulte de dicha actualización y/o repotenciación y/o aplicación de intereses en ningún caso podrá ser superior a la que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual... La presente disposición es de orden público federal y será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra”.

Consideramos que esta solución sería la más salomónica, propiciando una actualización para nada despreciable a favor de los trabajadores, como asimismo resultados lógicos soportados por pequeñas y medianas empresas.

No obstante, ello, el tiempo lo dirá. Ya se alzan la voz las diferentes asociaciones y uniones empresarias en contra de las tasas de interés actuales, como asimismo las impugnaciones de los operadores jurídicos, por tanto, resulta claro que este drama aún cuenta con varias temporadas por rodar.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1753/2024

(1) CNTrab., Sala II, “Oliva, Fabio Omar c. Coma SA s/Despido”, 17/05/2024, TR LALEY AR/JUR/59743/2024.

(2) CNTrab., Sala IX, “Maraschiello, Mario Héctor c. Orosen SRL y otros s/Despido”, 12/04/2024, TR LALEY AR/JUR/35611/2024.

(3) FOGLIA, Ricardo, “El acta CNAT 2783 y la resolución CNAT 3/2024. El Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) ¿es una tasa de interés?”, Diario

LA LEY 24/04/2024.

(4) *Ibidem*.

Jurisprudencia

Infracción tributaria

Multa por omisión. Alcances de la instrucción general n° 4/97. Inaplicabilidad del precedente “Alpha Shipping”.

1. - Debe revocarse la sentencia del Tribunal Fiscal y confirmar la sanción de multa por infracción del art. 45 de la ley 11.683, puesto que quedó probado el elemento objetivo de la infracción y la firma contribuyente no demostró la existencia de una causal que lo eximiera de responsabilidad.
2. - Si bien este tribunal no desconoce que aun cuando las instrucciones generales son internas para la AFIP, pueden ser válidamente utilizadas como criterios de interpretación a efectos de resolver la cuestión planteada —en el caso, la instrucción general n° 4/97—, ello no implica que deba aplicarse sin una debida ponderación del contexto, máxime si, como ocurre en el caso, el Tribunal Fiscal aplicó directamente y sin tamiz ni justificación alguna un criterio que la propia instrucción reconoce como optativo.
3. - El planteo que introduce la firma del contribuyente tendiente a que se declare la prescripción de la sanción de multa en virtud de lo resuelto por la Cor-

te Suprema en el caso “Alpha Shipping S.A.” —07/03/2023, TR LALEY AR/JUR/15604/2023—, donde se ratificó el carácter penal de las multas tributarias y la aplicación de la prescripción bial del Código Penal, no puede ser admitido. Esta causa versa sobre el régimen sancionatorio previsto en la ley 11.683 y la firma actora no explica de qué manera esa decisión puede proyectar sus efectos al caso en examen.

4. - Los agravios que ofrece la AFIP para rebatir el pronunciamiento apelado en cuanto excluyó del ajuste fiscal a las operaciones detalladas en el punto ‘c’, anexo IV, del informe contable no pueden ser admitidos, pues soslaya el medio probatorio que fue ponderado por el Tribunal Fiscal y propone una interpretación diferente que no logra invalidar sus conclusiones. Además, ninguna de las partes impugnó el informe. Por tanto, el examen efectuado por el Tribunal Fiscal en la apreciación de los hechos y de las pruebas no permite advertir que haya mediado un error.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 25/06/2024. - Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G (TF 31293-I) c. Dirección General Impositiva s/Recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/83881/2024]

Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, 13/09/2016, “HSBC Bank Argentina S.A. c. Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo”, TR LALEY AR/JUR/61909/2016

Costas

En ambas instancias quedan a cargo de la firma actora que resultó sustancialmente vencida (art. 184, quinto párrafo, de la ley 11.683, y art. 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial).

2ª Instancia. - Buenos Aires, 25 de junio de 2024.

Considerando:

I. La firma actora interpuso recurso de apelación contra la resolución n° 72/2007 (DV DEOB) de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI), que determinó de oficio la obligación tributaria en

el impuesto al valor agregado-percepciones resolución general n° 3337 (períodos fiscales 01/2002 a 10/2002), liquidó los intereses resarcitorios y aplicó una sanción de multa por infracción al artículo 45 de la ley 11.683.

II. El Tribunal Fiscal de la Nación, por mayoría, resolvió: “1) Confirmar parcialmente el ajuste remanente [...] con más los respectivos intereses, costas conforme los respectivos vencimientos. 2) Revocar la multa [...] con costas. 3) Ordenar a la AFIP-DGI que en el plazo de treinta (30) días practique la correspondiente reliquidación”.

Para decidir de ese modo, efectuó las siguientes consideraciones:

(a) El origen del ajuste se basó en que la Administración Federal de Ingresos Públicos detectó que la firma actora incumplió con los deberes de agente de percepción al omitir aplicar a sus clientes-distribuidores la alícuota prevista en la resolución general n° 3337.

(b) Delineó el marco teórico correspondiente a los agentes de percepción:

(i) “[U]n agente de percepción de IVA, es aquél sujeto que por expresa disposición legal debe adicionar, en los casos que correspondan, al precio de su venta, prestación o lo-

cación, el importe establecido [en la norma] e ingresarlo al Fisco, a manera de adelanto del tributo que corresponde al contribuyente incidido”.

(ii) “[S]i bien expresamente no lo decía la norma vigente al momento de los hechos —aunque posteriormente fue subsanado—, los agentes de percepción —al igual que los de retención—, [...] cesan en su responsabilidad, si la obligación ha sido extinguida respecto del deudor principal”.

(iii) Existe “una diferencia no menor entre la retención y la percepción del IVA, dado que en esta última el hecho imponible en cabeza del sujeto pasible-contribuyente aún no se ha verificado al momento de practicarse aquella, a diferencia de lo que sucede en la retención”.

(c) En relación con el plano sustancial sostuvo:

(i) “Teniendo en cuenta el informe pericial [...] no impugnado por las partes [...] corresponde excluir del ajuste practicado a los sujetos y en su caso los porcentajes, según corresponda, que estuvieran incluidos en los anexos I (sujetos incluidos en el anexo I de la RG AFIP N° 18, por ser agentes de retención), II (sujetos con exclusiones) y III (sujetos exentos de IVA y monotributistas)”.

(ii) “Respecto a los sujetos del anexo IV de la pericia [denominados] de ‘identificación dudosa’ aun cuando se observa que no se incluyó el número de factura se pudo verificar que eran las mismas operaciones según se constató de los registros contables (fechas, montos, etc.) por lo cual corresponde excluirlas del ajuste”.

(iii) La lectura de las certificaciones contables de “los clientes remanentes respecto de los cuales subsiste el ajuste” permitió que el experto contable haya llegado “a la conclusión de que [...] los contribuyentes a los cuales se omitió practicar la percepción han ingresado el IVA correspondiente”.

(iv) “En consecuencia corresponde confirmar parcialmente el ajuste que continúa en discusión, luego del desistimiento efectuado por la parte actora, revocando la parte que corresponde a los sujetos que se mencionan en los anexos I, II, III y IV de la pericia producida y respecto de aquellos por los cuales se aportó certificación profesional contable”.

(v) Corresponde confirmar los intereses calculados por la AFIP “cuando la recurrente no ha podido demostrar que los sujetos a los que debió percibir el gravamen efectivamente lo hayan ingresado. En los casos donde se reconoció que los contribuyentes ingresaron el gravamen y por ende se revocó el ajuste [...] corresponde el cálculo de los intereses desde la fecha en que correspondía el ingreso de las percepciones omitidas y la presentación y en su caso pago del IVA correspondiente por parte de los contribuyentes”.

(vi) “[T]eniendo en cuenta las circunstancias de la causa y que el impuesto adeudado, objeto de sanción, tomado como base para su cálculo no supera el 20% del impuesto declarado (vide punto d) de la pericial contable agregada a fs. 568/570 de las presentes actuaciones) entendemos que resulta de aplicación al caso [el principio de bagatela], como eximiente de sanción”.

(vii) “[S]i bien el juez administrativo analiza el planteo efectuado por la parte respecto de la aplicación del principio de bagatela [previsto en el párrafo 4° del artículo 5° de la instrucción (AFIP) N° 4/97] no esgrime los fundamentos por los cuales decidió no aplicar la pauta objetiva establecida en dicha norma”.

III. Contra dicho pronunciamiento la firma actora interpuso recurso de apelación.

El Tribunal Fiscal resolvió “[t]ener por desistida a la parte actora del recurso de apelación interpuesto” (fs. 722 y 724).

IV. La AFIP interpuso recurso de apelación y expresó agravios que fueron replicados.

Dado el desistimiento parcial de su recurso (ver el informe de fs. 726 y lo manifestado a fs. 728) los agravios se limitan a cuestionar la decisión del Tribunal Fiscal en tanto revocó:

a) el “ajuste vinculado con el ‘Anexo IV: identificación defectuosa’ [y] la imposición de costas conforme a los respectivos vencimientos” y,

b) “la multa [...] con costas”.

Expone las siguientes críticas:

(i) El anexo IV, punto ‘c’, del informe pericial contable “versó sobre la procedencia de excluir del ajuste a determinados sujetos en función de la falta de identificación de la operación o identificación defectuosa que impedía el análisis de la procedencia o no del ajuste fiscal”.

El experto contador de la firma actora sostuvo “que atento no constar en el detalle de operaciones efectuados por el fisco el N° de factura correspondería eliminar los importes de dichas operaciones del ajuste efectuado”.

La experta contadora por parte del Fisco alegó que “si bien en el detalle de operaciones efectuado por el fisco no consta el n° de factura existe coincidencia entre lo expuesto en dicho detalle y la registración en el libro IVA respecto de la fecha, cliente, n° de CUIT e importe neto gravado de la operación, lo cual permite concluir que se trata de las mismas operaciones”.

Sostiene que “[d]e ello surgiría una posición contrapuesta entre los profesionales que intervinieron, lo que no aparece zanjado en la sentencia pues, decidió igualmente la exclusión de las operaciones de dichos sujetos del ajuste”.

(ii) En relación a la porción del ajuste que fue efectivamente ingresada por los clientes debía aplicarse el quinto párrafo del artículo 37 de la ley 11.683 “lo que no fue aclarado en la sentencia, solicitándose a V.E. así lo aclare y resuelva”.

(iii) “Al tiempo de los hechos, al Fisco le estaba vedado normativamente aplicar analogía alguna relacionada con los agentes de retención, por lo tanto no resulta procedente la imposición de costas a su cargo”.

(iv) En relación con la decisión de revocar la multa recoge el argumento del voto en disidencia que gira en torno a que “el parámetro matemático o porcentual resulta un indicio que ‘en principio’ habilita a considerar la posibilidad de existencia de error exculpante, pero no se trata de un elemento que de por sí resulte determinante ni absolutamente vinculante para el juez administrativo encargado de aplicar la sanción”.

V. Esta Cámara, por sus diversas salas, ha dicho invariablemente que no corresponde apartarse de la apreciación efectuada por el Tribunal Fiscal de las circunstancias fácticas de la causa, dado los límites del recurso que prevé el artículo 86, inciso ‘b’, de la ley 11.683, a menos que se pruebe que aquel tribunal haya incurrido en un error en la apreciación de los hechos (esta sala, causa “ABC Maderas SA (TF 16870-I) c/ DGI” y “Junquera, Marta Aurora”, pronunciamientos del 6 de diciembre de 2011 y del 4 de agosto de 2015, respectivamente; en igual sentido, Sala III, causa “Ambulancias Privadas Argentinas SA”, pronunciamiento del 23 de febrero de 2011, Sala IV, causa “Banco de

Italia y Río de La Plata SA”, pronunciamiento del 24 de septiembre de 1996, y Sala V, causas “Devez, Manuel Rodolfo” y “Del Buono, Jorge”, pronunciamientos del 13 de febrero de 2002 y del 15 de marzo de 2007, respectivamente).

VI. Los agravios que ofrece la AFIP para rebatir el pronunciamiento apelado en cuanto excluyó del ajuste a las operaciones detalladas en el punto ‘c’, anexo IV, del informe contable no pueden ser admitidos.

Ello es así, pues soslaya el medio probatorio que fue ponderado por el Tribunal Fiscal y propone una interpretación diferente que no logra invalidar sus conclusiones.

Ciertamente, el pronunciamiento ponderó que los expertos confeccionaron en el punto ‘c’ del informe contable un listado compuesto de cuatro anexos que detalló “las diferentes causas por las cuales los montos expuestos, que ascienden a \$ 164.137,31 no deberían incluirse en el ajuste propuesto por el Fisco” (ver fs. 569 de estas actuaciones).

Si bien cada uno de los expertos expuso su propia descripción de las operaciones incluidas en el anexo IV, ambos fueron concordes en proponer su exclusión del ajuste al incluirlas en el punto ‘c’ del informe.

Debe agregarse que, como también manifestó el Tribunal Fiscal, ninguna de las partes impugnó el informe.

Por tanto, el examen efectuado por el Tribunal Fiscal en la apreciación de los hechos y de las pruebas no permite advertir que haya mediado un error para apartarse de la aplicación del principio legal reseñado, de modo que cabe tener por válidas sus conclusiones.

VII. Corresponde examinar, seguidamente, las críticas formuladas por la AFIP, atinentes a la inaplicabilidad de la instrucción general n° 4/97 con relación a la sanción de multa por infracción al artículo 45 de la ley 11.683.

Esta sala tiene dicho que “es posible colegir que las instrucciones generales instituyen normas de procedimiento o trámite de cumplimiento obligatorio por parte de las dependencias para ser aplicadas al desarrollo de las tareas o funciones asignadas por su competencia” (causa “Hidalgo, Fernando c/ Dirección General Impositiva”, pronunciamiento del 2 de junio de 2015).

La instrucción general n° 4/97 decía: “En principio podrá admitirse la existencia de error excusable, cuando la diferencia de impuesto no represente más del veinte por ciento (20%) del impuesto que hubiera correspondido declarar”.

De allí “se desprende que la instrucción otorga la facultad de admitir la existencia de un error excusable en casos en que la diferencia de impuesto sea menor al 20%, mas no lo impone como única posibilidad” (esta sala, causa n° 26.668/2015 “HSBC Bank Argentina SA c/ Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo”, pronunciamiento del 13 de septiembre de 2016).

Si bien este tribunal no desconoce que aun cuando las instrucciones generales son internas para la AFIP, pueden ser válidamente utilizadas como criterios de interpretación a efectos de resolver la cuestión planteada (Sala V, causa “Exos S.A. (TF 34178-I) c/ DGI”, pronunciamiento del 10 de septiembre de 2013 y esta sala, causa “Hidalgo”), ello no implica que deba aplicarse sin una debida ponderación del contexto, máxime si, como aquí ocurre, el Tribunal Fiscal aplicó directamente y sin tamiz ni justificación alguna un criterio que la propia instrucción reconoce

como optativo (esta sala, causa “HSBC Bank Argentina SA”, citada).

En este caso, la AFIP consideró inconveniente la aplicación del criterio propiciado por dicha instrucción en virtud de la entidad de la diferencia de los montos ingresados.

No puede pasar inadvertido para este tribunal “que la idea que subyace a las instrucciones generales n° 4/97 y 6/07, es el de fijar pautas para la aplicación del principio de la bagatela. Ello es así pues en ambas instrucciones se requiere, para la eximición de pena de aquel contribuyente que ha ingresado un impuesto en menos a raíz de una declaración inexacta, que el impuesto no ingresado represente un monto de menor entidad” (esta sala, causa “HSBC Bank Argentina SA”, citada).

En ese contexto, debe revocarse la sentencia del Tribunal Fiscal y confirmar la sanción de multa, puesto que quedó probado el elemento objetivo de la infracción y la firma actora no demostró la existencia de una causal que lo eximiera de responsabilidad.

VIII. El planteo que introduce la firma actora en esta instancia —en la réplica del memorial— tendiente a que se declare la “prescripción de la sanción de multa en virtud de lo resuelto el día 7 de marzo de 2023 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso: ‘Alpha Shipping S.A. c/ Provincia de T.D.F. A. E I.A.S. s /contencioso administrativo-medida cautelar’ donde la Corte Nacional ratificó el carácter penal de las multas tributarias y la aplicación de la prescripción bienal del Código Penal” no puede ser admitido.

Ciertamente, como ella misma expresa en su presentación, “la CSJN ratifica que la prescripción de multas locales se rige por las normas del Código Penal de la Nación, por aplicación de los arts. 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional” (ver fs. 759 vta.).

Sin embargo, esta causa versa sobre el régimen sancionatorio previsto en la ley 11.683 y la firma actora no explica de qué manera esa decisión puede proyectar sus efectos al caso en examen.

IX. En función del resultado alcanzado, las costas de ambas instancias quedan a cargo de la firma actora que resultó sustancialmente vencida (artículo 184, quinto párrafo, de la ley 11.683, y artículo 68, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

X. En atención a la forma en que se decide, toda vez que la AFIP practicó la liquidación del impuesto y de los intereses adeudados —que fue aprobada a fs. 724—, no corresponde realizar ninguna aclaración acerca de la previsión que contiene el quinto párrafo del artículo 37 de la ley 11.683.

En mérito de las razones expuestas, el tribunal *resuelve*: 1. Admitir parcialmente los agravios de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) y revocar la sentencia con el alcance del considerando VIII. 2. Distribuir las costas de ambas instancias con arreglo al considerando IX.

Regístrese, notifíquese y remítase al Tribunal Fiscal. — Clara M. Do Pico. — Liliana M. L. Heiland. — Rodolfo E. Facio.

Cobertura médica

Acuerdo transaccional con una empresa de medicina prepaga a fin de cubrir un tratamiento con una institución no prestadora de su cartilla

La empresa de medicina prepaga demandada no ha cumplido con lo pactado

en un Acuerdo Transaccional en el cual decidieron la cobertura que le prestaría al hijo menor de edad de los actores y debe por lo tanto reintegrar a la actora el 100 % de lo abonado, ya que pesaba sobre la demandada acreditar que, efectivamente, la institución que se encontraba en su cartilla estaba en condiciones de brindar el mismo tratamiento y con igual método que el indicado a su asociado en otra institución que no era prestadora, lo que no ha sucedido en la especie, máxime cuando se le requirió al prestador que especificara si brindaba el tratamiento intensivo y el establecimiento informó que no se encontraba en condiciones de llevarlo adelante.

CFed. Salta, Sala II, 30/05/2024. - B., C. M. y otro c. OSDE Sede Orán s/amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73668/2024]

Jurisprudencia vinculada

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 27/05/2024, "R., L. E., en representación de R. E. M. c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) s/Acción de amparo", TR LALEY AR/JUR/68332/2024

2ª Instancia.- Salta, mayo 30 de 2024.

Considerando: 1) Que dicha impugnación fue deducida en contra de la resolución del 17/04/2024 por la que el juez de grado no hizo lugar a la solicitud de la actora y dio por finalizado el presente proceso, ordenando su archivo.

1.1) Para así decidir, dijo que de las constancias agregadas a la causa surgía que el 25/09/2019 se presentaron las partes acompañando un Acuerdo Transaccional con el objeto de poner fin al presente proceso, en el cual decidieron la cobertura que OSDE le prestaría al menor F.C.B, el cual fue homologado después de analizar que no hayan obstáculos legales y que los interesados tengan las facultades suficientes para ello, como lo exige el art. 308 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Luego se refirió a la pretensión de la actora tendiente a obtener la cobertura o reintegro del tratamiento del niño a desarrollarse en el instituto Fonakids, fundamentando su pedido en el pto. 11 del acuerdo transaccional y la respuesta de OSDE que considera que el tratamiento en "Fonakids" —el cual es un Centro de Evaluación Diagnóstica, Estimulación Neurolingüística, Apraxia del Habla y Aprendizaje ubicado en la Ciudad de Buenos Aires— no se encuentra contemplado en el Acuerdo Transaccional, toda vez que no se trata de la prestación de dos sesiones semanales de "Neurolingüística" cuya cobertura la prepaga asumió.

Indicó que en la cláusula 11 de dicho acuerdo las partes convinieron que: "En caso de que se modifiquen las condiciones de las terapias que recibe el menor o cuando su neurólogo tratante prescriba otro tratamiento nuevo, alternativo o complementario, y que los mismos sean autorizados por la asesora médica de OSDE, las partes se comprometen a buscar dentro de la cartilla de prestadores de OSDE un profesional que pueda brindarlas y sólo acudir a uno ajeno a la institución en caso de que esta no cuente con profesionales idóneos para ello."

En ese marco, el *a quo* entendió que la solicitud de la actora para que OSDE le brinde una nueva cobertura para el tratamiento de su hijo en Fonakids no se encuentra dentro de las condiciones que las partes acordaron

en el convenio homologado, toda vez que la demandada informó que el tratamiento reclamado puede realizarse en la institución Fleni que sí está dentro de su red de prestadores, por lo que concluyó que no había mediado ningún incumplimiento por parte de OSDE a las cláusulas del acuerdo suscripto por ambas partes.

2) Que la Defensora de Menores apeló el fallo en su condición de representante de los intereses de F. C. B., actualmente de 9 años edad. Luego de referirse a los antecedentes del caso y a los fundamentos de su intervención, sostuvo que la sentencia se olvidó del "niño con discapacidad" cuyos intereses están aquí en juego y se limitó a hacer una interpretación formalista y contraria a la propia voluntad de las partes plasmadas en el acuerdo que la prepaga está incumpliendo.

Expresó que es claramente visible el incumplimiento de la cláusula 11, ya que las terapias que venía realizando su pupilo no fueron eficaces para el trastorno del habla que padece, por lo que los profesionales tratantes prescribieron su derivación al Instituto Fonakids, considerado como el único centro en Latinoamérica especializado en el apraxia del habla.

Añadió que no hay discusión respecto a que el niño debe modificar la terapia que viene realizando, pues los tratamientos ejecutados no dieron resultados en el tema del habla, por lo que lo dirimente es decidir si su progenitora puede acudir a Fonakids por no contar OSDE con profesionales idóneos para las necesidades del niño.

Manifestó que es conocida la trayectoria y reconocimiento del Instituto Fleni ofrecido por OSDE, sin embargo la madre del menor insiste con Fonakids, recomendado por su médicos tratantes, ya que el mismo aplica un método único con comprobados resultados, conforme la documentación aportada en el expediente.

Alegó que el juez, paradójicamente, desoyó lo expresado por la actora y por ese Ministerio Público de la Defensa y prefirió escuchar a la demandada, quien no acompañó ningún elemento científico que respalde su ofrecimiento y que examinar los derechos de un niño con discapacidad partiendo de la base de un acuerdo presentado en el marco de una acción de amparo por salud implica interpretar sus cláusulas bajo la óptica de los derechos en juego, en este caso, los derechos de un niño con discapacidad, protegidos por el ordenamiento jurídico de manera particular, debiéndose tomar las decisiones jurisdiccionales bajo los estándares especialmente fijados por los Instrumentos Internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño —arts. 3, 6, 7, 12, 23, 24, 26, 27, 28, 29—; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —arts. 3, 7, 10, 17, 19, 24, 25, DUDH—).

Señaló que la decisión atacada va contra el interés superior, definido por la ley 26.061 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías", pues está limitándole la posibilidad de mejorar su calidad de vida mediante el acceso a las prestaciones necesarias para garantizar su derecho a la salud.

Cuestionó que el *a quo* tampoco haya valorado el fallo citado por la progenitora de su pupilo —dictado por la Cámara Federal de San Martín en la causa FSM 20987/2021/1/CA1 "Incidente de Apelación: Arnao, Gonzalo y Ortiz, María Eugenia en rep. de su hija menor A.S. c. OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios c. Prestaciones Médicas", de fecha 14/09/2022— el cual es totalmente aplicable al caso, ya que se trata de una niña de 8 años, afiliada a OSDE, a quien también le

THOMSON REUTERS

LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

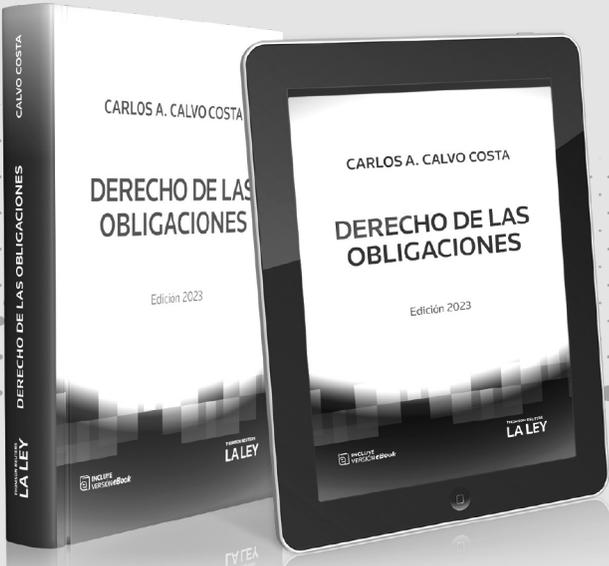
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Edición 2023

Autor: **Carlos A. Calvo Costa**



EDICIÓN
2023



1 Tomo
disponible en
papel y eBook.

La obra es **didáctica y práctica**, por ello se citan ejemplos y se incluyen cuadros y gráficos que facilitan al lector la comprensión de los temas tratados. Es una obra instalada desde hace muchos años, con gran aceptación por parte de alumnos, docentes y operadores jurídicos en general. En esta nueva edición se han actualizado algunos de los temas comprendidos en el vasto ámbito de la teoría general de la obligación y de la responsabilidad civil.



Obtené más información sobre la obra escaneando el código QR

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey 

@TRLaLey 

Thomson Reuters Argentina | LEGAL 

Thomsonreuters_ar 

recomendaron tratamiento en Fonakids, donde se reconoce que Fleni no puede brindar las prestaciones que tiene Fonakids, considerando que dicha información que surge de un expediente judicial debe ser valorada en autos, más aún cuando no existe informe realizado por la prepaga sino sólo los dichos del abogado.

Citó jurisprudencia acerca de que las obras sociales no pueden sustituir eficazmente el criterio del médico a cargo del tratamiento de un paciente, dado que el profesional no solo realiza su seguimiento, sino que también es responsable del diagnóstico y tratamiento indicado; añadiendo que en los conflictos de esta naturaleza —entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud— corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza en él.

Solicitó que se revoque la resolución apelada y se haga lugar al pedido de la madre de F. quien solo busca el bienestar y el reconocimiento de los derechos fundamentales de su hijo.

3) Que en fecha 25/04/2024 el apoderado de OSDE contestó el traslado que se le corrió, solicitando el rechazo del recurso.

Sostuvo que el escrito no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia, pues no ataca el argumento principal que es que OSDE no incumplió con su acuerdo transaccional, razón por la que se debe archivar el expediente.

Añadió que, en cambio, el recurso se centra en pedir que su mandante cubra el tratamiento en Fonakids, pretensión que no estaba incluida ni en la demanda ni en el acuerdo transaccional.

Remarcó que OSDE no incumplió con lo acordado porque se trata de una nueva terapia o un nuevo abordaje dentro de la fonoaudiología.

4) Que ingresados los autos a esta Alzada, se corrieron las vistas pertinentes al Fiscal y al Asesor de Menores, quienes, a su turno, dictaminaron en el sentido de que debe hacerse lugar al recurso de apelación planteado.

5) Que surge de las constancias de la causa que en fecha 14/11/2023 la actora solicitó el cumplimiento de la referida cláusula del acuerdo homologado 4 años atrás, mediante la cobertura o reintegro del tratamiento en el Instituto Fonakids, explicando que se trata de un centro —único en Latinoamérica—

que desarrolla un método de neuroplasticidad especializado en niños con autismo con apraxia o dispraxia verbal con enfoque Prompt, ya que había conseguido turno para la evaluación del niño del 27/11 al 1/12 de 2023 en Buenos Aires, luego de lo cual se establecería el tratamiento específico a realizarse en abril de 2024.

Contó que envió el pedido formal por mail a OSDE con la correspondiente documentación, ya que en la cartilla de la empresa en Orán no hay nadie especializado en habla ni en discapacidad —solo fonoaudiólogos con el tratamiento tradicional— la que fue respondida el 06/11/2023 expresando dilatoriamente que harían una evaluación interdisciplinaria sin precisar cuándo ni con quién.

Corrido el pertinente traslado a la demandada, lo contestó el 06/12/2023 diciéndole que el proceso concluyó por el acuerdo transaccional homologado el 04/10/2019 y que no hubo incumplimiento de su parte, pues la prestación reclamada no estaba incluida en dicho acuerdo, en el que se contemplaban dos sesiones semanales de “Neurolingüística”.

Recordó que en virtud de lo previsto en el punto 11 del acuerdo, la actora debía buscar dentro de la cartilla de prestadores junto con OSDE alguna alternativa y solo acudir a un profesional ajeno si no hubiera allí ninguno idóneo, en cuyo caso se reintegraría a valor nomenclador.

Señaló que la empresa no negó la cobertura del tratamiento sino que por mail solicitó documentación para evaluar el pedido, como la inscripción del centro en la SSSa para homologar un eventual valor de cobertura según el Nomenclador Básico de Prestaciones para la Discapacidad, a fin de ser analizado con la intervención del equipo interdisciplinario.

Luego, el 19/02/2004, informó que OSDE cuenta dentro de su red de prestadores con la prestigiosa Institución Fleni, en la localidad de Escobar, provincia de Buenos Aires, con tratamientos de rehabilitación intensiva como los que tiene Fonakids.

5.1) En ese marco, corresponde a esta Alzada resolver si, como sostiene la recurrente, OSDE ha incumplido la cláusula 11 del

acuerdo transaccional homologado en el presente amparo.

Cabe recordar que allí las partes convinieron que en caso de que se modifiquen las condiciones de las terapias que recibe el menor o cuando su neurólogo tratante prescriba nuevas, alternativas o complementarias, y que las mismas sean autorizadas por la asesoría médica de OSDE, las partes se comprometen a buscar dentro de la cartilla de prestadores de OSDE un profesional que pueda brindarlas y sólo acudir a uno ajeno a la institución en caso de que esta no cuente con profesionales idóneos para ello, en cuyo caso, el valor de reintegro se efectuará según lo indicado en el Nomenclador.

Asimismo, que la cobertura pactada fue: Neurolingüística (fonoaudiología) dos sesiones por semana; psicomotricidad dos sesiones por semana; terapia ocupacional dos sesiones por semana; maestra de apoyo y psicopedagogía dos sesiones por semana.

De lo expuesto se sigue que el tratamiento en Fonakids solicitado en fecha 05/10/2023 por la Dra. Silvina Sánchez, neuróloga del niño, se trata de una terapia nueva, surgiendo además de los informes de las fonoaudiólogas que lo atendieron que los métodos utilizados como los SAAC (Sistemas Alternativos Aumentativos de Comunicación) no resultaron efectivos como herramientas de comunicación para el niño, habiendo sido su dificultad en la capacidad para comunicarse un obstáculo evidente y significativo tanto para el menor como para su entorno (ver informes de las Licenciadas Isaac y Lagoria Portales), por lo que constituye un supuesto contemplado en la cláusula 11 del acuerdo.

Ello sentado, y continuando con el análisis de la misma, correspondía que las partes busquen un prestador de OSDE que pueda brindar el tratamiento, habiendo ofrecido la prepaga a tal fin el Instituto Fleni en la provincia de Buenos Aires, mientras que la actora manifestó que el mismo no realiza dicha práctica específica.

En este punto, pesaba sobre la demandada acreditar que, efectivamente, aquella institución —más allá de su indiscutible prestigio— se encontraba en condiciones de brindar el mismo tratamiento y con igual

método que el indicado a su asociado en Fonakids, lo que no ha sucedido en la especie.

No puede soslayarse al respecto lo resuelto por la Cámara Federal de San Martín, Sala II en los autos “Incidente de Apelación: Arnao, Gonzalo y Ortiz, María Eugenia en rep. de su hija menor A.S. c. OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios c. Prestaciones Médicas”, de fecha 14/09/2022 y más recientemente en “Incidente de Apelación: Basavilbaso, Santiago Luis y otro c. OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios c. Prestaciones Médicas”, de fecha 18/03/2024, en los que los actores reclamaban idéntica prestación que en autos y el Tribunal hizo lugar al reclamo —en carácter de medida cautelar— destacando que en una causa análoga (conf. Sala I causa 24991/2022/1/CA1, rta. del 04/08/2022) se le requirió al Instituto Fleni que especificara si brindaba el tratamiento intensivo con enfoque Fonakids, a lo que el establecimiento informó que no se encontraba en condiciones de llevarlo adelante.

A ello se añade que la demandada, teniendo conocimiento de al menos el primer precedente por haber sido citado por la recurrente, no dijo nada acerca de lo manifestado por su prestador en la mencionada causa judicial.

En consecuencia, no cabe más que concluir que OSDE no ha cumplido con lo pactado en la cláusula 11 del acuerdo homologado, debiendo por lo tanto reintegrar a la actora el 100 % de lo abonado por el tratamiento cumplido en Fonakids.

Es que una solución contraria atentaría contra el doble régimen especial de resguardo otorgado a F. por las normas de protección de la discapacidad y por los derechos explicitados en la Convención de los Derechos del Niño, incorporada con rango constitucional en el art. 75, inc. 23 de la CN, en cuanto dispone que los derechos por ella reconocidos —entre los que se encuentra la salud— “están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...”

Cabe precisar que la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413 y esta

CFAS —Sala I— en “B., T. A. en rep. de su hijo F.L.B.V. c. Swiss Medical y otro s/amparo ley 16.986”, sent. del 22/08/2023, y en similar sentido esta Sala II en autos “Araoz Martínez, Johana del Rosario en rep. de sus hijos menores c. Avalian Aca Salud y otro s/Amparo Ley 16.986” resol. de fecha 14 de octubre de 2021).

En efecto, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las prestaciones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (del dictamen del Procurador General, al que la CSJN remite en Fallos: 342:1367).

Es decir, que el niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto, tal como se lo contempla en el art. 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto dispone que la decisión que se dicte en procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta su interés superior (Fallos: 341:1733).

6) Sin costas, atento a que la intervención de la Defensora Oficial fue en su carácter de Asesora de Menores e Incapaces (art. 68, 2º párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En virtud de lo expuesto, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Defensora Oficial el 19/04/2024 y, en consecuencia, Dejar sin efecto la resolución dictada en fecha 17/04/2019, Ordenando a OSDE a reintegrar a la actora el 100 % de lo abonado en concepto de tratamiento del menor F. C. B. en el centro Fonakids. Sin costas. II. Regístrese, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas 15 y 23 de 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No firma el Dr. Alejandro Augusto Castellanos por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN). — *Guillermo F. Elías.* — *Mariana I. Catalano.*

Edictos

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que JOE ALBERT GÓMEZ RÍOS, cuyo DNI es el Nº 95.714.992, nacida en Municipio Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 3 de junio de 2024
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 21, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que ALENA SIDOROVA, cuyo DNI es el Nº 96.181.231, nacida en Ciudad de

Novosibirsk - Rusia, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 13 de junio de 2024
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

20079/2023. ESPINOZA QUINTERO, ZORAINY CAROLINA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 2, Secretaría Nº 4 a mi cargo, de Capital Federal, informa que ESPINOZA QUINTERO, ZORAINY CAROLINA, DNI Nº 95.831.193, venezolana, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedi-

mento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 9 de junio de 2024
Constanza Belén Francingues, sec.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría Nº 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6º de CABA, comunica que el Sr. GUEYE BAYE MAME DNI Nº 96.210.828 nacido el 3 de enero de 1998, en Región Diourbel, Departamento de Mbake, República de Senegal, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar dicha concesión,

deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 7 de mayo de 2024
Fernando Gabriel Galati, sec.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

3150/2024. GONZÁLEZ BRAYO, DHAMELHYS TERESA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 2, Secretaría Nº 4 a mi cargo, de Capital Federal, informa que GONZÁLEZ BRAYO, DHAMELHYS TERESA, DNI Nº 95.975.569, venezolana, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Públi-

co. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 9 de junio de 2024
Constanza Belén Francingues, sec.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría Nº 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6º de CABA, comunica que la Sra. KHADIKOV ALAN Pasaporte Nº 753407771 nacida el 27 de noviembre de 1981 en Dusambé, Distrito Octiabrsky, RRS de Tayikistán ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese

por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 18 de junio de 2024
Fernando Gabriel Galati, sec.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que ALEJANDRO JOSÉ FERNÁNDEZ, cuyo DNI es el Nº 95.955.700, nacido en Distrito Federal, Departamento Libertador, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 25 de junio de 2024
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

co. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 18 de junio de 2024
Fernando Gabriel Galati, sec.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que ALEJANDRO JOSÉ FERNÁNDEZ, cuyo DNI es el Nº 95.955.700, nacido en Distrito Federal, Departamento Libertador, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 25 de junio de 2024
Alejandro J. Nóbili, juez fed.
LA LEY: I. 12/07/24 V. 12/07/24

co. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero
Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Ana Novello
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.
Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444