

Título: **Los medios alternativos de solución de disputas con la Administración Pública Nacional. Breve comentario sobre el régimen legal norteamericano y argentino**

Autor: Tate, Mariano

País:  Argentina

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica - Número 29 - Abril 2023

Fecha: 27-04-2023

## **Los medios alternativos de solución de disputas con la Administración Pública Nacional**

### **Breve comentario sobre el régimen legal norteamericano y argentino**

Dr. Mariano Tate  
mat@cassagne.com.ar

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 de febrero de 2023

#### **I. La demora en la resolución de los conflictos contencioso administrativos [\[arriba\]](#)**

Una estimación extremadamente conservadora e hipotética que contemple solamente los plazos de las actuaciones previstas en el código procesal para obtener una sentencia de primera instancia en una acción de nulidad contencioso-administrativa ante los tribunales federales da como resultado que, en un proceso judicial en el que se respete *a pies juntillas* cada uno de los términos que tiene el Tribunal para actuar y los plazos para producir prueba, lo que en los hechos nunca sucede, se insumiría como mínimo poco más de 24 meses y medio (735 días). Ello sin computar, por cierto, las demoras propias de nuestros tribunales, como tampoco el plazo adicional de 180 días hábiles administrativos que puede insumir el trámite de un reclamo administrativo previo, ni los plazos de apelación posteriores. Es decir, solo si se computase el plazo adicional para agotar la vía administrativa (180 días hábiles administrativos, es decir nueve meses aproximadamente)[1], la demora para obtener una sentencia de nulidad en primera instancia se extiende a aproximadamente 33 meses, es decir, 990 días calendarios[2].

Ahora bien, a quien se le presente con habitualidad conflictos con la Administración Pública, litigue o tenga práctica en demandar al Estado Nacional o alguna de sus dependencias en un proceso judicial en el fuero federal contencioso administrativo tiene presente que, en rigor, un proceso de nulidad de mediana complejidad contra el Estado Nacional tienen una duración muy superior, por cierto, mucho más de lo que podría suponerse computando plazos a partir del CPCCN, especialmente considerando la gran demora de los juzgados para dictar sentencia y/o de los tribunales de alzada para resolver acerca de las apelaciones contra las decisiones de los jueces de grado. En los hechos y en base a la experiencia, un proceso judicial por una acción de nulidad de un acto estatal insume presumiblemente desde su presentación (es decir, sin contar el tiempo necesario para agotar la vía administrativa) un término no menor de 5 años. A su vez las instancias de apelación ante la Cámara de Apelaciones y el recurso ordinario ante la Corte Suprema podrían llegar a insumir un período adicional equivalente al anterior (otros cinco años). Es decir, de seguro una aventura semejante comprenderá diez años para transitar todas las instancias, desde el procedimiento administrativo previo y, luego, todas las instancias judiciales hasta obtener una sentencia firme, si se accede a la Corte Suprema[3].

Desde luego, estas aseveraciones dependerán en gran medida de la envergadura de las cuestiones litigiosas involucradas, la carga probatoria que puedan insumir, entre otras incidencias y complejidades procesales que se presenten. Aun cuando se tome el término menor considerado —cinco años—, la demora puede ser suficientemente gravosa para la economía del ciudadano u organización empresarial involucrada, mientras está a la espera de despejar el estado de incertidumbre que pesa sobre su derecho.

A todo evento, si bien es cierto que no es posible incluir dentro de esta generalización todos los procesos contenciosos administrativos, es evidente que la tardanza en resolver los conflictos suscitados con la administración es una constante. Tampoco se desconoce que en muchas ocasiones la demora no se debe a factores imputables al accionar del órgano judicial o a las condiciones de las normas procedimentales, sino a factores que le son ajenos, como puede ser la falta de impulso procesal de la parte, la utilización de maniobras procesales dilatorias o la formulación de planteos deficientes con la participación de las partes que los provocan.

Desgraciadamente no existen en Argentina informes de instituciones de reconocido prestigio, menos aún del Consejo de la Magistratura de la Nación o auditoría de la CSJN que analice la duración de las reclamaciones administrativas ni del trámite de las actuaciones en el Fuero Contencioso Administrativo Federal que permitan valorar estadísticamente estas afirmaciones, sin embargo, existen numerosas causas que admiten esta caracterización. Las únicas estadísticas publicadas por el Consejo de la Magistratura de la Nación se centran en auditar las causas de corrupción que pesan sobre juzgados y tribunales federales con competencia penal en todo el país en las cuales esté imputado un funcionario público nacional[4], o alcanzan al trámite de causas en el fuero nacional criminal y correccional entre los años 2017 y 2018[5], de las que tampoco se desprenden resultados muy alentadores.

Puede reputarse —con razón— poco científico concluir de estas observaciones que la resolución de las controversias con la Administración Pública Nacional es excesivamente tardía. Pero, del mismo modo, sería ilusorio negar la evidencia y el sentir general de los profesionales y de los justiciables. En este contexto, la tardanza en resolver las disputas que puedan acontecer con la Administración es una cuestión trascendental a considerar por un administrado, no solo para evaluar la celebración de una relación jurídica con el Estado, sino para, luego de acontecido algún desacuerdo, incluso valorar la conveniencia de controvertir en sede administrativa y judicial la obtención de un reconocimiento, solicitar la nulidad de un acto, entre otras pretensiones que puedan tener interés económico o moral.

Es reconocido ampliamente que la prolongación o dilación de los conflictos en sede administrativa y una justicia demorada con posterioridad se asemejan a la denegación de justicia[6]. También la jurisprudencia ha considerado violatoria de las garantías constitucionales la privación o el retardo innecesario de la revisión judicial[7].

En otras ocasiones incluso se ha calificado la futilidad de la instancia en sede administrativa *“cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento”*[8], *“pues son inadmisibles las conclusiones que conducen a un injustificado rigor formal y que importan un ilógico dispendio administrativo y jurisdiccional”*[9] o *la excesiva duración del trámite administrativo como una privación*[10].

Las herramientas para mitigar estas consecuencias perjudiciales para la prestación del servicio de justicia y paliar la dilación procesal o litispendencia son numerosas y pueden responder a distintas ciencias. Además de las soluciones organizacionales y económicas (como pueden ser aquellas que responden a la adecuación edilicia, de recursos humanos profesionales y otras herramientas materiales, tales como la incorporación de instrumentos informáticos), aparecen otras jurídicas, tendientes a brindar elementos que permitan

evitar el propio procedimiento o proceso. Como también concluir el mismo una vez abierto antes de que se arribe a la resolución o al dictado del acto denegatorio (o en su caso, la configuración del silencio negativo) e inclusive, antes del dictado de la sentencia de fondo, reconocida como el modo *normal u ordinario* de terminación. Entre estos medios están los llamados por la doctrina *modos anormales, anticipados o excepcionales* de terminación del procedimiento en sentido propio.

En esta categoría jurídica se incluyen todos los actos de las partes (como hechos de trascendencia, como puede ser la caducidad o un hecho de la naturaleza), ya sean *unilaterales o bilaterales* que conducen a evitar el dictado de un acto denegatorio o que ponen fin de manera anticipada al procedimiento administrativo o al proceso contencioso administrativo abierto y en curso.

Dentro del universo de modos “anormales”, anticipados o excepcionales se suele incluir entre otros, de manera muy amplia, los medios alternativos de solución de conflictos tales como la mediación, la transacción, la conciliación judicial y el arbitraje —como formas de autocomposición y heterocomposición—, como también otras figuras: el desistimiento, allanamiento, la autocomposición procesal o extraprocésal y la caducidad o perención de la instancia.

El objetivo de este trabajo es analizar la problemática que presenta la tramitación de las controversias contencioso administrativas en el ámbito nacional, los medios alternativos de resolución de disputas (citado por sus siglas como “ADR”) regladas a nivel federal en los Estados Unidos de América (EE.UU.) y en la República Argentina, y efectuar un comentario comparativo a fin de valorar las dificultades que plantea el desarrollo actual de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos.

Adelantamos que una regulación adecuada que admita ofrecer a la Administración Pública Nacional medios alternativos de solución de controversias puede presentarse como una herramienta útil para promover una solución a la crítica situación de litispendencia que padece el Estado Nacional, reducir el volumen de procesos en la jurisdicción contencioso-administrativa y contribuir a mejorar la calidad de la justicia que se imparte.

## **II. Las *Dispute Resolution Acts* norteamericanas de 1990 y 1996 [\[arriba\]](#)**

A fines de la segunda mitad del siglo XX emergió con mucho ímpetu en los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) un movimiento que hizo proliferar los medios alternativos de resolución de controversias (“ADR”), lo cual tuvo efectos muy relevantes en la forma en que el gobierno federal gestiona sus conflictos[11].

En EE.UU. se incorporaron a los tres poderes del estado reglamentaciones que adoptaron procedimientos administrativos alternativos de resolución de controversias, pero el uso extendido y su mayor desarrollo se evidenció en las “agencias” del Poder Ejecutivo, con motivo de la autorización que les fue concedida a partir de la sanción de las Administrative Dispute Resolution Acts de 1990 y 1996 (ADR Acts)[12].

La legislación y la normativa norteamericana suele incluir, en forma semejante a la Argentina, dentro de los ADR a toda una variedad de técnicas para gestionar conflictos en contraposición con las técnicas tradicionales —judiciales y administrativas— de resolución, tal y como se conoce a los procesos de *litigation and administrative adjudication*. En general, los procesos de ADR son establecidos como un procedimiento voluntario que acoge a un tercero imparcial (*neutral*), como un facilitador, mediador o árbitro.

Durante la década de 1990 se sancionaron en los Estados Unidos varias leyes del Congreso que establecieron los ADR en los distintos poderes del Gobierno Federal. Entre ellas se destacan el Civil Justice Reform Act de 1990 (28 USC § 471-82), que recomendaba la

utilización de ADR como una herramienta para reducir el costo y la demora en los litigios civiles, la Alternative Resolution Act de 1998 (28 U.S.C. § 651-58) [13], que estableció que las cortes federales de distrito implementasen y adoptasen el uso de procesos ADR. En el mismo orden, se instruyó en la Congressional Accountability Act de 1995 (Public Law, 104-1) que era obligatorio para las agencias del Congreso implementar en materia de disputas de empleo una mediación como requisito previo a celebrarse la *nonjudicial administrative hearing* o la promoción de una demanda ante un tribunal federal.

Esta práctica se hizo luego extensiva a las agencias del Poder Ejecutivo al sancionarse la Negotiated Rulemaking Act de 1990 (Public Law, 101-648) y la Administrative Dispute Resolution Act de 1990 (Public Law, 101-552, 5 U.S.C. § 581-95), que se incorporaron como enmiendas a la Administrative Procedure Act (en adelante, “APA”).

La Negotiated Rulemaking Act estableció un proceso de consensos para desarrollar regulaciones federales y reglas (*rules*), mientras que la ADR Act de 1990 fue un paso más allá, al autorizar a agencias federales a utilizar expresamente los ADR para resolver disputas y controversias, sin limitación de la técnica de los ADR a implementarse o combinación de ellas[14]. Lo que implica todo un abanico de técnicas, entre otras, negociación/transacción (*settlement negotiations*), conciliación, facilitation, mediación, el proceso de determinación de los hechos que constituyen el caso (*fact finding*), procedimientos abreviados (*minitrials*), árbitros, amigable componedor (*ombuds*) o combinación de estas.

En 1996 se sancionó una nueva enmienda a las Negotiated Rulemaking Act y ADR Act de 1990 (Public Law 104-320, 110 Stat. 3870 at 5 U.S.C. §571-83) [15].

Ambas normas autorizan a todas las agencias federales a utilizar ADR en casi cualquier disputa y, si bien no compelen a la implementación de programas determinados (preestablecido) de ADR, promueven la adopción de políticas tendientes a utilizar los ADR y a designar un oficial de cumplimiento (*senior official*) especializado en la resolución de disputas, responsable de desarrollar e implementar estas políticas.

Estas leyes también instruyeron distintas órdenes para que agencias de la administración pública federal colaboren y asistan en los esfuerzos por implementar los procedimientos de ADR, evaluar su implementación y sus resultados[16]. Ello dio lugar a la creación – durante la presidencia de Bill Clinton (1998) – de una agencia interadministrativa con el propósito de coordinar, facilitar y promover el uso de los ADR en el gobierno federal, conocida como la *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group*[17].

Según el análisis de la evolución y éxito de estas prácticas volcadas por la *Interagency ADR Working Group* en su reporte decenal (2017)[18], se concluye respecto de estas políticas que:

a) se verifica un consenso muy amplio en la práctica administrativa norteamericana que recepta estas técnicas y las considera como una metodología efectiva para reducir costos de litigiosidad y crear soluciones innovadoras;

b) su uso temprano permite prevenir disputas y resolver desacuerdos antes de producirse una escalada que drene valiosos recursos, obstruya o desvíe las fuerzas de trabajo de sus objetivos, como también su utilidad para identificar problemas sistémicos;

c) se verifica un mayor éxito en el uso de estas técnicas en aquellas agencias federales que implementaron programas personalizados y adecuados a las problemáticas de sus actividades, en cada uno de los estadios de los conflictos, ya sea en los procedimientos formales o informales;

d) se extendió notablemente en la última década la cantidad de *ombuds offices*, ya sea con motivo de programas impuestos por leyes del Congreso como por reglamentaciones de las agencias, con competencia para intervenir en asuntos que se suscitan a partir de las acciones adoptadas por las agencias (con los administrados, hacia afuera, *external facing*), ya sea hacia adentro (*internal facing*), relativo a las relaciones de empleo y con los ciudadanos[19]; y, por último,

e) el uso de tecnologías extendió exponencialmente el acceso a los programas de ADR, no solo porque reduce las distancias geográficas y facilita las comunicaciones, sino también porque permite ahorrar mucho tiempo en la resolución de controversias y el trámite de procedimientos.

Sin perjuicio de lo expuesto, varios autores afirman que el éxito de los ADR es difícil de mensurar y evaluar, dado que su implementación varía significativamente entre las distintas dependencias públicas e, incluso, dentro de una misma agencia[20] y se presentan numerosos obstáculos para la implementación, como falta de presupuesto, temor a que las agencias pierdan el control de los procesos, desconocimiento, falta de recursos humanos, falta de apoyo por parte de autoridades superiores de las agencias, incentivos negativos, temores de las administraciones de lucir débiles, percepción de que las ADR son una moda pasajera, falta de experiencia o experiencias negativas y otras consideraciones relativas a la confidencialidad que estos procesos suponen. En el mismo orden, se sostiene también que resta incorporar ADR en áreas programáticas de relevancia de la administración federal y que existen numerosas barreras que impiden institucionalizar esta herramienta[21].

Más allá de las dificultades empíricas que puedan presentarse para evaluar el éxito de estas políticas o las críticas que se profieren a estas herramientas, lo cierto es que, desde la sanción de las Dispute Resolution Acts de 1990 y 1996, numerosos reclamos y disputas fueron resueltos o tratados en instancias previas mediante procedimientos más económicos y expeditos que permiten arribar a soluciones duraderas, todo ello, antes de derivar en situaciones de litigio judicial y en detrimento de los procedimientos administrativos tradicionales, habitualmente más complejos y de duración más extendida.

La Administrative Dispute Resolution Act de 1996 es tan amplia en sus objetivos que admite la promoción de medios alternativos de solución para resolver tanto los procedimientos formales como los informales, el *rulemaking*, ejecutar actos u obtener el cumplimiento de regulaciones o normas (*enforcement actions*), conceder o revocar licencias o permisos, en la administración y ejecución de contratos públicos, litigios que promueva la agencia o que se promuevan contra ella o contra otras agencias.

El procedimiento se caracteriza por ser voluntario, y solamente se recomienda no utilizar este procedimiento de resolución frente a situaciones enumeradas en la ley, pero dicha enumeración no impide que adopte dicho procedimiento; solo es una recomendación.

Entre las situaciones no recomendadas para utilizar técnicas de ADR se señalan (APA, 5 U.S.C. Subchapter IV, §572, (b) 1/6, la traducción es propia):

(1) cuando el asunto debe ser considerado por el valor del precedente que puede ofrecer y este precedente no puede ser aceptado para la generalidad de las situaciones;

(2) la materia trate de un asunto de política de gobierno de significativa relevancia que requiera un procedimiento adicional previo a ser resuelto, y la resolución de la cuestión implique que la autoridad administrativa deba adoptar una política que no sea de su competencia;

(3) como principio, la administración norteamericana valora expresamente la importancia de sostener políticas públicas arraigadas, por lo cual se aconseja que las variaciones que impliquen las decisiones individuales no atenten contra ellas;

(4) la materia tratada no afecte significativamente a terceros que no forman parte del procedimiento;

(5) que el procedimiento pueda ser público y las particularidades de la resolución no lo admitan; y, por último,

(6) que la agencia mantenga en el tiempo la competencia sobre la materia, con autoridad suficiente para alterar la reglamentación en el caso de que las circunstancias varíen, y la implementación de un procedimiento alternativo interfiera en el cumplimiento de ese objetivo.

Tal como se señaló, las técnicas admitidas son variadas, pero la normativa expresamente reglamenta el uso del arbitraje como medio alternativo de solución de disputas, siempre que exista consentimiento de las partes, ya sea con anterioridad al nacimiento de la disputa o expresada con posterioridad, y no necesariamente obliga a que todas las cuestiones o pretensiones involucradas en la controversia sean puestas a consideración de árbitros e, incluso, es posible conciliar con la administración que el laudo esté condicionado a un rango de resultados predeterminados[22]. Es decir, la disposición de los términos del acuerdo de arbitraje con la administración es muy amplio y tiene una flexibilidad tal que permite adecuaciones a las particularidades o necesidades puntuales que se planteen en cada caso.

Son también llamativas algunas limitaciones que se señalan para ofrecer el uso del arbitraje para la resolución de controversias. Por ejemplo, se indica que el agente estatal no debe ofrecer el uso del arbitraje como mecanismo de solución cuando no cuente con la facultad de transigir en la cuestión debatida. Asimismo, a fin de evitar abusos por parte de la administración, se prohíbe expresamente que la agencia exija o imponga la cláusula arbitral como condición para ser contratista o percibir un beneficio[23].

La norma exige que, previo a asumir el compromiso arbitral, el funcionario de mayor rango de la agencia debe consultar al Procurador General (Attorney General) sobre la conveniencia de adoptar esta alternativa en los casos que no se recomiendan los procedimientos conforme lo establece el título 5, subcapítulo IV, sección §572(b), como también solicitar consejo para el evento que existan dudas sobre las competencias o facultades de la agencia o el empleado para conciliar la controversia.

La decisión de adoptar o no un ADR es calificada como una decisión discrecional de la administración no judicialable.

El procedimiento de arbitraje es sumamente simplificado y expedito.[24] Por su parte, se autoriza la revisión judicial de los laudos en los mismos términos, circunstancias y condiciones que aquellos resueltos entre particulares. Incluso, se otorga legitimación para requerir la revisión judicial del laudo a toda persona que se vea afectada por la decisión adoptada en el arbitraje[25].

En otro orden, la Administrative Dispute Resolution Act de 1996 modificó la Sección 6 de la Contract Disputes Act de 1978 (41 U.S.C. 605), al autorizar a los contratistas y oficiales de contratos a resolver disputas de naturaleza contractual por cualquier medio alternativo de solución de controversias admitida bajo el subcapítulo IV, capítulo 5, título 5 del United States Code o por otro procedimiento que sea admisible convenir entre las partes[26].

### III. La ausencia de una reglamentación sistemática en el orden nacional que recepte medios alternativos en el procedimiento administrativo [\[arriba\]](#)

A diferencia de la legislación comentada, nuestro régimen administrativo nacional no cuenta con una regulación completa y orgánica que se ocupe de esta realidad o que acoja en forma sistemática los métodos alternativos de solución de disputas en el procedimiento administrativo ni en las controversias surgidas durante la celebración y ejecución de los contratos celebrados por el sector público en general[27]. Por el contrario, el diseño escogido por la Ley de Procedimiento Administrativo y su reglamentación se encamina a que el administrado que peticione ante el Estado Nacional transite y agote la vía administrativa según el caso de que se trate, por la vía impugnatoria o reclamatoria, sin que sean admisibles otras alternativas procedimentales[28]. Con algunas excepciones, el agotamiento de la vía administrativa es un requisito imprescindible para acceder a la instancia judicial[29].

Nuestra Corte Suprema tiene dicho que el fin que persigue el agotamiento de la instancia administrativa es *“producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado (...), propósito fundado en motivos de indudable prudencia que aconsejan que el Fisco no sea llevado a juicio sin haber tenido previamente la posibilidad de tomar conocimiento de los extremos en los que el particular sustenta su reclamación y evaluarlos para pronunciarse sobre su procedencia”*[30].

Ahora bien, el cumplimiento de estos propósitos depende en buena medida de la forma en que está estructurado y funciona en la práctica el control administrativo. Esto es, el grado de independencia que tengan los funcionarios que deban intervenir en la decisión e instrucción del procedimiento, el análisis que se haga refiera a los aspectos técnicos sobre los cuales la administración tiene una especial idoneidad o se limite a los aspectos jurídicos del caso, el grado de compromiso de la administración con la producción de medidas de prueba y la búsqueda de la verdad material objetiva, entre otras particularidades. Solo con posterioridad, ello determinará si el trámite administrativo es una etapa útil, irremplazable de la revisión, o sirve solo para dilatar, cuando no excluir, a la Administración del control efectivo y privar al particular del acceso a la justicia (o al menos obstruirlo)[31].

En nuestro caso, el requisito de la instancia administrativa previa no admite elogios. Además de la pérdida de tiempo que ocasiona el requisito del agotamiento de la vía administrativa cuando no resulta en un examen serio de la conducta impugnada, el requisito apareja consecuencias negativas para una más amplia protección de los derechos e intereses de los particulares[32].

El tema de los recursos administrativos y la exigencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa merece ser revisado, no solo en orden a hacerla efectiva para los propósitos que dice la Corte Suprema servir[33], sino también para incorporar otros medios complementarios que permitan hacer más efectiva la instancia previa, con el objeto de resolver los conflictos en esa instancia y reducir con posterioridad la carga de trabajo de los tribunales, como incorporar la posibilidad de acceder a una conciliación, mediación, transacción y arbitraje eficaz con el Estado. Es de notar que la incorporación de estas técnicas no serían contrarias a los propósitos que la Corte Suprema señala que debe servir el agotamiento de la instancia administrativa previa, por el contrario.

En nuestro régimen nacional solo de manera muy residual y en forma ambigua se reconoce en el artículo 5, inc. e), del Reglamento de Procedimientos Administrativos (decreto 1759/72, t.o. 2017, en adelante, RNPA) que el órgano competente que dirige el procedimiento puede disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes interesadas —sus representantes legales o apoderados— para reducir las

discrepancias que pudieran existir sobre cuestiones de hecho o de derecho, labrándose acta. Sobre esta previsión, Canosa sugiere que es el fundamento normativo sobre el cual se admite a la administración conciliaciones como medio de superación de controversias en el procedimiento administrativo, es decir, un medio alternativo de resolución convencional.[34] Sin embargo, lejos está de ser una herramienta utilizada por la administración, pese a estar facultada. Ello muy posiblemente se deba a que, en el ejercicio discrecional de sus facultades, la administración unilateralmente escoge en muchas ocasiones los hechos y cuestiones a resolver en oportunidad de dictar sus actos, sin precisar para ello conciliarlo con el particular, en abuso de su particular posición en la instrucción del procedimiento.

Ahora bien, se advierte que, en razón de la particular posición que ostenta la administración en el marco del trámite del procedimiento (interviene como juez y parte), es difícil calificar que la autorización del artículo 5, inc. e) del RNPA, pueda calificarse como una “conciliación”, a semejanza de lo que puede acontecer en el marco de un proceso judicial (en la que intervine un tercero imparcial) o en una mediación (en la que interviene también un tercero, cuanto menos, facilitador de las posiciones antagónicas).

Otro aspecto que sugiere cierta distancia con las notas típicas de esta figura viene a cuento de que dicho remedio no necesariamente admite que el procedimiento concluya con un acto que resuelva de manera definitiva la cuestión que se plantea, sino que tiene un objeto más modesto, tan solo la determinación de las cuestiones o pretensiones, o determinar las circunstancias de hecho o de derecho involucradas, lo que es muy distinto a un acto definitivo que causa estado.

Entonces, en el sentido analizado, difícilmente puede afirmarse que dicha previsión habilita entonces la terminación del procedimiento administrativo, a la suerte de “modo anormal”, ni mucho menos como una forma alternativa de resolución del conflicto.

El RNPA prevé también en el artículo 106 la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) “*para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y por este reglamento*”. En el CPCCN se regulan los modos anormales de terminación del proceso judicial por transacción y conciliación[35], y reglamenta el proceso arbitral y de amigables componedores[36], claro está, no prevé norma alguna que adecue estos institutos a las particularidades que pueda presentar el derecho público. Sin embargo, tampoco la invocación de un ordenamiento meramente supletorio se presenta como autosuficiente para autorizar al Estado, mucho menos a los funcionarios, a comprometerse a cláusulas compromisorias o a transigir con los particulares en el marco del procedimiento administrativo, como disponer de derechos con ánimo de arribar a acuerdos.

Una mención aparte merece también la transacción, como modo anormal de terminación del procedimiento administrativo. Por transacción, el Código Civil y Comercial de la Nación regula sus caracteres al definirla como un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio o ponerle fin, hacen concesiones recíprocas como modo de extinguir obligaciones dudosas o litigiosas[37].

Respecto de este contrato, la ley 23.696 autorizó a la Administración a celebrar transacciones para procedimientos administrativos —regidos o no por la ley 19.549— relativos a controversias sobre supuestos fácticos o de interpretación y aplicación de normas y que reconozcan créditos en favor del recurrente o reclamante, relativos al pago de una suma de dinero o que se traduzcan en el pago de una suma de dinero. Del mismo modo previó la transacción en la ley 23.982, cuando los asuntos revisten significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado.

Estas normas nacieron al amparo de la emergencia administrativa, de los servicios públicos y la ejecución de los contratos a cargo del sector público y de la situación financiera sancionada por el Congreso (desde mediados de 1989, aproximadamente) y, si bien puede controvertirse el carácter permanente y la vigencia de los preceptos vinculados a esta reglamentación en dicho contexto de la figura de la transacción autorizada para aquel entonces, las ventajas de esta herramienta se diluyen rápidamente al valorar las condiciones y exigencias que prevé la normativa para aceptar que el Estado celebre una transacción bajo este régimen.

En este sentido, para acogerse a una transacción según dicho régimen, es obligatorio que el pago sea en títulos de deuda pública o bien se admita acceder a una quita que no sea inferior al 20% de la deuda y la refinanciación del saldo restante, o se contemplen mecanismos de reinversión en obras y servicios con la deuda reconocida; incluso se establece como condición que el reconocimiento de derechos crediticios[38] que surja de la transacción tenga efectos meramente declarativos[39]. Evidentemente esta reglamentación crea muchos desincentivos económicos para considerar ventajosa una transacción en las condiciones exigidas, lo que convierte prácticamente inviable en muchas ocasiones que se reconozca esta figura transaccional como un mecanismo alternativo de solución de controversias útil para la administración, o solo en ocasiones muy particulares sea de aplicación.

Por último, entre otros modos de resolución convencional, cabe advertir que en Argentina el arbitraje es una herramienta que se asimila casi exclusivamente con los tratados con países extranjeros que prevén este procedimiento para resolver controversias que se susciten entre el Estado nacional y los inversores del respectivo país extranjero[40].

El artículo 25 de la ley 27.328 autoriza a pactar el arbitraje en los contratos de Asociación Público-Privada, sea con contrapartes nacionales o extranjeras. En este mismo contrato se innovó al incorporar los “paneles técnicos” como una modalidad alternativa de resolución de disputas sobre cuestiones técnicas que se susciten con motivo de la interpretación y ejecución de los contratos[41], sin embargo, la ventaja que se ofrece en dicha ley fue luego desnaturalizada en la reglamentación de la norma, pues se exigió a los funcionarios públicos a sujetar toda resolución del panel técnico a un arbitraje posterior[42], lo cual priva a la herramienta eficacia.

También se autoriza en forma más general pero limitada a contrapartes extranjeras que el Poder Ejecutivo someta a arbitraje o eventuales controversias cuando ello sea conveniente para facilitar la movilización de capitales en el mercado interior o exterior, con el fin de establecer o ampliar servicios públicos o actividades que directa o indirectamente estén vinculadas a servicios de ese carácter, realizar inversiones fundamentales para el desarrollo económico del país declaradas de interés nacional por ley o por el Poder Ejecutivo Nacional[43].

Es evidente que, por el costo, la inseguridad jurídica que acarrea y el tiempo que implica litigar en la Argentina y luego ejecutar una sentencia, los inversores y estados extranjeros pretendan resguardar sus intereses, comprometiendo a la Nación a aceptar la prórroga de la jurisdicción o se comprometan a tribunales arbitrales, antes que verse forzados a demandar al Estado en los estrados locales[44] (o solo hacerlo en la medida que sea un requisito para acceder a la jurisdicción extranjera).

En materia contractual, el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (decreto 1030/2016) faculta a la Oficina Nacional de Contrataciones a establecer un mecanismo de resolución de controversias entre las jurisdicciones y entidades contratantes y los proveedores para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante el procedimiento de selección, la ejecución, interpretación, rescisión, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.[45] La Oficina Nacional de

Contrataciones no ha impulsado a la fecha reglamentación alguna que establezca estos mecanismos alternativos en el marco de la contratación.

#### IV. Corolario [\[arriba\]](#)

La LNPA adoptó en su momento las principales innovaciones provenientes del derecho de otros países y de la doctrina nacional[46]. En ese entonces, se pensaba en el procedimiento administrativo como un procedimiento montado sobre una estructura bilateral que se sostiene sobre el principio contradictorio. Pero, con las transformaciones que se vienen operando en el procedimiento administrativo, ya se evidencia una demanda de reforma que actualice el ordenamiento con la recepción de nuevos instrumentos.

Es innegable que reducir la conflictividad del Estado en la gestión de los asuntos públicos redundará en la mejor administración de los bienes y recursos. Si se tiene presente que una sentencia contradictoria de fondo es el resultado de un proceso extenso y desgastante que está encaminado irremediabilmente hacia ese resultado, una adecuada reglamentación de los medios alternativos de resolución de disputas de las relaciones jurídicas administrativas puede ofrecer un modo más eficaz de tramitar los conflictos entre el Estado y los particulares.

Si la Administración y los ciudadanos contasen con una normativa adecuada a las necesidades actuales que ofrezca herramientas que garanticen la transparencia en la gestión de los bienes públicos está diseñada para no imponer gravámenes jurídicos ni económicos disuasorios y que establezca los límites indispensables para su admisión, sería lógico pensar que permitiría ofrecer mayor seguridad jurídica para quienes se acojan a estos mecanismos alternativos, lograría fomentar su utilización hasta convertirla en una modalidad normal u ordinaria de satisfacción de los intereses en conflicto y reducir la carga de los tribunales.

Ciertamente si la satisfacción acordada de mutuo acuerdo o por un procedimiento alternativo resuelve las pretensiones de las partes en un marco colaborativo, se facilitarían soluciones más duraderas y estables que brinden certidumbre a las relaciones jurídicas.

Entonces, un régimen jurídico acertado en los modos de terminación anticipada del procedimiento administrativo puede ofrecer una alternativa eficaz para aliviar a la progresiva descongestión de los tribunales, como brindar una solución a los intereses en pugna con la consecuente reducción de costos y perjuicios, tanto al erario como a los particulares.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que faculte al Estado Nacional de manera relacionada e integrada a someter los conflictos administrativos a medios alternativos de resolución de controversias.

Es muy posible que la ausencia de interés en el desarrollo de esta normativa tenga su causa en los reducidos incentivos que actualmente tienen la Administración Pública Nacional y los particulares en conciliar controversias por variados motivos, solo por enumerar algunos:

- a) El costo de litigar ante la justicia es reducido para el Estado Nacional y sus entidades descentralizadas,
- b) la inexistencia de incentivos económicos que fomenten la transacción de los conflictos en un contexto inflacionario con tasas de interés regresivas o distorsivas,

c) la ausencia de mecanismos que ofrezcan seguridad jurídica a las transacciones que puedan concertarse en el ámbito de la administración pública sin contar con una homologación judicial u otra garantía de estabilidad.

En las últimas décadas, el Estado Nacional entró reiteradas veces en situaciones de insolvencia, lo que provocó la sanción de normas y, en muchos casos, la resolución de soluciones judiciales que han buscado proteger al Estado de las demandas judiciales de los particulares —muchas veces provocadas por las malas decisiones y gestiones sobre los bienes públicos— para evitar mayores desórdenes a las mal logradas finanzas del erario. Esto ha creado, así, un círculo vicioso, pues en dicho afán se debilitaron los frenos jurídicos que protegen a los particulares frente a los atropellos del Estado, lo que, a su vez, le hace menos costoso al Estado incurrir en nuevos abusos.

Una reglamentación adecuada de esta figura es una herramienta —entre otras— que ayuda a romper dicha inercia, pues debiera generar incentivos para que el Estado concluya sus conflictos o, al menos, los reduzca.

Proponemos no caer en el escepticismo de cierta doctrina que considera imposible establecer parámetros adecuados y equilibrados para propiciar la reglamentación de los límites y alcances de una mediación en los conflictos con el Estado o permita arribar a una transacción sin ofrecer un frente de cultivo para prácticas corruptivas[47]. Por el contrario, una delimitación adecuada y equilibrada de la figura puede brindar una nueva herramienta que propenda al cumplimiento del interés público y al enriquecimiento de la Nación.

El sistema de recursos administrativos evidencia síntomas de agotamiento y el recurso contencioso presenta ineficiencias incuestionables. Un aporte tendiente a solucionar este problema puede hallarse en exportar al derecho público la posibilidad de celebrar ADR con las adecuaciones y adaptaciones necesarias para garantizar la transparencia, la legalidad de la actuación administrativa y el cumplimiento del interés público comprometido.

La transformación del procedimiento administrativo no podrá llevarse a cabo pasando por alto las garantías y principios del Estado de Derecho. Estas soluciones transformadoras deberán respetar la separación de poderes, las competencias y garantías del Estado constitucional, el principio de legalidad y el debido proceso adjetivo o tutela administrativa efectiva, además de todos los principios generales de carácter institucional típicos del procedimiento administrativo (v.gr., formalismo, economía, celeridad, sencillez y eficacia, entre otros)[48].

La ausencia de una ley específica que regule en forma armónica, moderna y completa los modos anormales de resolución de controversias en el sector público nacional presenta una oportunidad propicia para debatir y diseñar procedimientos ágiles, eficaces y más económicos para solucionar los inevitables conflictos que surgen a partir de las relaciones jurídicas que se celebran con la administración pública, confiriéndole certeza a nuestro sistema jurídico, continuidad y estabilidad a las relaciones con el Estado. A su vez, reduce del ámbito del conocimiento de los jueces algunas cuestiones conflictivas que se presentan en el devenir de las relaciones con la administración.

Mariano Tate, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 de febrero de 2023.