

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

*** Por Pablo Esteban Perrino***

* Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, ps. 257/294

I.- TUTELA JUDICIAL Y EFECTIVA Y ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La realidad demuestra que el derecho de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa a menudo sufre diversas e indebidas trabas derivadas en algunos casos, de regulaciones inapropiadas, y otras veces, de interpretaciones judiciales desacertadas, todo lo cual –conforme lo señalara Eduardo García de Enterría- “contrasta con la facilidad con que cualquiera puede dirigirse al Juez ordinario sin más que cumplir unas reglas elementales y claras”¹..

Estas dificultades para alcanzar la revisión judicial del comportamiento administrativo resultan doblemente cuestionables pues, además de generar situaciones de privación de justicia, esconden en muchas ocasiones una equivocada tendencia a sobreproteger al Estado, situación esta última que frecuentemente, termina operando como un incentivo para que la Administración actúe ilegítimamente.

El mejor ejemplo de lo dicho, está dado en los últimos acontecimientos ocurridos en nuestro país, en el marco de los cuales y con la declarada finalidad de superar la grave emergencia económica y financiera desencadenada, se dictaron numerosas y sucesivas normas que, lejos de aportar una solución razonable a esa profunda crisis, socavaron los cimientos mismos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, la copiosa legislación de

¹ *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, Rev. de Adm. Púb. (España), n°42, p.274.

emergencia ha impactado en los distintos momentos en que este derecho básico despliega sus efectos, pues a través de ella se ha obstaculizado el acceso a la jurisdicción², se ha resentido la protección cautelar³ y se ha dificultado la impugnación y la forma de ejecución de la sentencia⁴.

En este trabajo abordaremos algunos de los problemas que ordinariamente se presentan en nuestro derecho -y que son comunes a otros regímenes (generalmente en aquellos que han tomado como modelo al sistema francés de control judicial de la Administración)- al momento de intentar la promoción de un pleito contencioso administrativo, y que conllevan la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

II.- EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU RECEPCIÓN NORMATIVA.

El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales.

A modo de ejemplo cabe citar las constituciones de postguerra, como la italiana de 1947 (art. 24.1) y la de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 19.4), las que incorporaron disposiciones que expresamente

2 Vgr. art. 12 de la ley 25.344 y art. 12 del decreto 214/2002.

3 Vgr. art. 14 de la ley 25.453 por el cual se agrega un párrafo a los arts. 195 del “Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación” y 62 de la ley 18.345 de Procedimiento Laboral; art. 3º del decreto 320/2002 y ley 25.567.

4 Vgr. Cap. V, arts 13 a 18, de la ley 25.344; arts. 8 y 9 de la ley 25.401, decreto 1873/2002; arts. 39 y 41 de la ley 25.567; resoluciones MECON 73/2002, y sus modificatorias 350/2002 y 449/2002.

5 “*Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”.

reconocieron el derecho de acceder a órganos judiciales para la protección de situaciones jurídicas subjetivas⁶.

También, con posterioridad, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

Con una formulación análoga a la de los textos constitucionales italiano y alemán, la constitución española de 1978 en el art. 24.1 reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión.

En fecha posterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial⁷.

Del mismo modo, los países americanos han celebrado tratados en los que se ha consagrado el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en primer lugar, el art. XVIII

6 Ello obedeció a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia (Fiqueruelo Burrieza, Angela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, p.32.).

7 En el inciso I, basado en el art. 13 del CEDH, se estatuye que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

A su vez, el apartado 2, que se corresponde con el apartado 1 del art. 6 del CEDH. Reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente en plazo razonable por un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. Y Se agrega el derecho a hacerse aconsejar, patrocinar y defender.

En el tercer párrafo se determina el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para asegurar la efectividad del acceso a la justicia.

de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental con una formulación análoga a la de las cartas europeas antes citadas.

En el art. 8.1⁸ del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 se dispone: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

En los incisos siguientes, los Estados partes se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

En lo que concierne a nuestro país, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de *“afianzar la justicia”*, y concorde con ello en su art. 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos⁹.

8 El art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica textualmente determina: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

9 Es importante destacar que, según lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación las reglas sobre la defensa en juicio emergentes del art. 18 de la Const. Nac. trascienden el campo de lo meramente penal y sus aspectos sustanciales deben ser observadas en todos tipo de procesos (Fallos:237:193), sin que quepa diferenciar causas criminales (Fallos:125:10; 127:374; 129:193;

Además, después de la reforma constitucional de 1994 se otorgó jerarquía constitucional a once tratados internacionales de protección de derechos humanos, cuatro de los cuales tutelan ampliamente el derecho de acceso a la justicia. Estos pactos son los siguientes: a) la Declaración de Universal de Derechos Humanos de 1948, b) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El derecho de acceso a la jurisdicción en pleitos contra el Estado, se apoya también en lo dispuesto en los arts. 116 y 117 del texto constitucional, los cuales estatuyen la regla de que el Poder Judicial federal debe intervenir en todo tipo de causas o conflictos de derechos o intereses en los que la Nación sea parte; y en el art. 109 de la ley fundamental, el que veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales¹⁰.

Luego de la reforma de 1994, otro aspecto saliente del texto constitucional nacional en esta materia, consiste en la recepción expresa de lo que hasta entonces era, la garantía implícita del amparo¹¹.

134:242), juicios especiales (Fallos: 193:408 y 198:467) o procedimientos administrativos (Fallos: 310:1797; 312:1042).

10 El constituyente amplió sensiblemente la operatividad del instituto, remozando esta figura en línea con el principio de tutela judicial efectiva, al corregir y superar los importantes defectos contenidos en la ley 16.986 y otros derivados de interpretaciones judiciales. Así, a tenor del texto constitucional: a) se abandonó la exigencia de las denominadas vías previas que antes establecía la ley 16.986 (art. 2, inc. a). El agotamiento de la vía no constituye un requisito de admisibilidad; b- se amplió la franja de legitimados, pues no solo se autoriza a demandar al afectado, sino también para cierto tipo de amparos al Defensor del Pueblo (art. 86 Const. Nac.), y a las respectivas asociaciones debidamente registradas. Se trata de los amparos cuyo objetivo es la tutela de los denominados por la Constitución derechos de incidencia colectiva, entre las cuales se enuncian en el art. 43 a la protección al ambiente, a los usuarios y consumidores, a la competencia y a la no discriminación; c- por último, siguiendo la jurisprudencia de la Corte nacional Fallos: (313:1513), se autoriza a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de las normas en los procesos de amparo, con lo que se deroga la prohibición que establecía el art. 2, inc. 2 de la ley 16.986.

11 Cabe recordar que el amparo constituye una pretensión especial de carácter urgente, de trámite sumarísimo, que procede contra cualquier tipo de comportamiento, ya sea por acción u omisión, por actos, contratos o hechos, de autoridades públicas y particulares, que en forma actual o inminente, lesiona, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o legalidad manifiesta, los derechos reconocidos

También en todas las constituciones provinciales, como asimismo en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹², se ha reconocido en explícitamente, el derecho de acceso a la jurisdicción. El cotejo de sus textos permite advertir que en algunas de ellas el reconocimiento de este derecho se lo ha efectuado en forma más enfática que en otros, tal como ocurre con la de la provincia de Buenos Aires, reformada en 1994, en cuyo art. 15 se dispone: *“La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.*

Las causas deben decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

III.- ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos¹³: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.

Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

en la Constitución Nacional, leyes y tratados, a excepción de la libertad personal cuyo aseguramiento opera por vía de la pretensión de habeas corpus.

12 Arts. 10, 12 inc. 6 y 13 inc. 3.

13 González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 200, p.59.

- a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil¹⁴.
- b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa¹⁵;
- c) a un juez natural¹⁶ e imparcial¹⁷;
- d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción¹⁸;
- e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas¹⁹ (*in dubio pro actione*);²⁰
- f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados²¹;

14 Fallos:307:282; 308:155 y 311:682, entre otros.

15 Fallos: 247:646; 284:150; 305:129, entre otros. Agustín A. Gordillo señala que el derecho a la tutela judicial efectiva implica la “inexistencia de sectores inmunes al control judicial y justicia *pronta y eficaz*” (*Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., FDA, Bs. As., 2000, t. 2, XIII-1).

16 Fallos: 308:817; 310:804, entre otros.

17 Fallos: 310:2342.

18 Al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, (publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*) ha expresado: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio “pro actione”, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

19 Conf. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, emitido el 29/9/99, antes cit.

20 Fallos: 313:83.

g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial²².

h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende²³;

i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente²⁴ antes de dictarse la sentencia;

j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas²⁵;

k) a impugnar la sentencia definitiva²⁶;

21 Así lo dispone el art. 31, inc. 3 del Cód. Cont. Adm. de la Prov. De Bs. As., ley 12.008, modif. por la ley 12.310.

22 Así lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*.

23 Ver: Vallefín, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, p.20 y ss.

24 Fallos::306: 843.

25 Sobre el particular cabe destacar que la garantía de la defensa en juicio no solo importa el derecho de acceder en forma efectiva a la jurisdicción, de contradecir, alegar y probar, sino también el derecho de obtener el pronunciamiento de una sentencia que, haciéndose cargo de las argumentaciones y de las pruebas, configure una respuesta válida a los requerimientos de las partes, o sea un adecuado amparo judicial de esos derechos, lo cual no ocurre en casos como el de autos en que el decisorio dictado peca de arbitrariedad (PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, ps. 222/223). En más de una ocasión la Corte nacional ha expresado que “*la exigencia de que las sentencias judiciales tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional*” (Fallos: 236:27; 240:160; 247:263, entre otros). Asimismo, ha señalado que es condición de validez de los fallos judiciales que ellos configuren una “*derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa*” (Fallos: 238:550; 249:275; 302:1405; 304:638, entre otros muchos).

26 Si bien la doble o múltiple instancia no es una exigencia constitucional (Fallos: 307:696; 312:195), salvo en materia penal, en virtud del art. 8, inc. 2, h, del Pacto de San José de Costa Rica (causa

- l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada²⁷;
- m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable²⁸;
- n) a contar con asistencia letrada²⁹;

IV.- EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS TRABAS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Tal como surge de lo anteriormente señalado, el derecho a la protección judicial receptado en nuestro ordenamiento despliega sus efectos, en primer lugar, en el momento del acceso a la jurisdicción, al asegurar al justiciable la defensa de sus derechos en sede jurisdiccional en forma real y efectiva y no meramente teórica.

En este sentido ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que “el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”³⁰.

“Giroldi, LL 1995-D, p.461), íntegra el derecho de defensa cuando la ley lo ha establecido (Fallos: 303:1929 y sus citas y 307: 966).

27

28 Ver Sagües, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed. act. y ampl., Astrea, Bs. As., 1999, t. 2, p. 762 y ss.

29 Fallos: 312:1998.

30 Informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*.

Con base en lo expuesto examinaremos a continuación algunas de las dificultades que tradicionalmente se presentan al tiempo de promover un litigio contra la Administración.

1) EL CARÁCTER REVISOR DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El primer problema que cabe mencionar y que ha ocasionado muchas dificultades para el acceso a la justicia en los pleitos contra el Estado concierne al mítico principio de la decisión previa y su consecuencia el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa que fue adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, como el argentino, siguió en gran medida el modelo francés. Particularmente, en el régimen procesal administrativo imperante en nuestras provincias que tuvo una fuerte influencia del derecho administrativo europeo, en especial del derecho español a través de la ley de lo Contencioso del 13 de setiembre de 1888 y su ampliación del 22 de junio de 1894, que fue utilizada como fuente del primer código procesal contencioso administrativo sancionado en la Argentina, como fue la ley 2961 de la provincia de Buenos Aires del 22 de diciembre de 1905³¹, que aprobó, con algunas modificaciones, el proyecto de Código de Procedimientos de lo Contencioso-administrativo elaborado por la pluma del insigne jurista Luis V. Varela³².

Como es sabido en Argentina, al igual que aconteció en Francia y en España y en numerosos países latinoamericanos, tradicionalmente se

31 Ver: Dana Montaña, Salvador, M., “Código de Procedimiento de lo Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y jurisprudencia”, Depalma, Bs. As., 1955, ps. 9/12.

32 Ver: Linares, Juan F., “Sistema y Crítica del Código contenciosoadministrativo de la Provincia de Buenos Aires”, LL t. 96, p.829. Cabe destacar que en la provincia de Buenos Aires se ha aprobado un nuevo régimen contencioso administrativo -ley 12.008 (B.O. del 3/11/97), modificada por la ley 12.310 (B.O. del 19/8/99)- que reemplazará a la añeja regulación antes referida al entrar en vigencia, lo cual tendrá lugar con la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo a crearse (art. 26 de la ley 12.074 (B.O. del 26/1/98) , texto según ley 12.310 y Sup. Corte de Just. de la Prov. de Bs. As., causa “La Jirafa Azul S.A.”, res. del 25/1797, LL 1998-B, p.505, con nota de Milanta, Claudia, “Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires”, y en ED 176-747, con nota de Andreucci, Carlos A., “Sin fuero no rige el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad declarada de oficio”).

entendió que la jurisdicción contencioso administrativa era de carácter revisor de lo actuado en sede administrativa.

De ahí que se requería, y en algunas legislaciones provinciales aun se lo continúa exigiendo, que constituye un requisito imprescindible en este tipo de procesos la existencia de un acto previo denegatorio³³.

El error de esta concepción, que no es más que un resabio de la antigua doctrina francesa del ministro-juez³⁴-, abandonada por el Consejo de Estado en 1889 en el caso “Cadot”³⁵ (concepción del contencioso aún hoy imperante en muchas de nuestras provincias), finca en considerar que el objeto del proceso contencioso administrativo era la impugnación de actos ilegítimos, cuando en verdad –según lo ha señalado la moderna doctrina administrativa, siguiendo las enseñanzas de Jaime Guasp, el objeto de todo proceso, y también el del contencioso administrativo, es siempre una pretensión³⁶.

El proceso no es otra cosa que el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones³⁷.

33 Tribiño, Carlos R. y Perrino, Pablo E., “La justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires”, Depalma, Bs. As., 1995, p.87.

34 Rivero, Jean y Waline, Jean “Droit administratif”, 16ª ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 191.

35 “Les grands arrêts de la jurisprudence administrative”, 10ª ed., Sirey, Paris, 1993, p.35 y ss.

36 Guasp Delgado, Jaime, “La pretensión procesal”, Civitas, Madrid, 1981, p.57; conf. Palacio, Lino E., “Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, t. I, p. 376 y ss. Según la conocida definición de Guasp “La pretensión es la reclamación o queja que una parte dirige frente a otra y ante el juez que se trata de satisfacer mediante el proceso” (“Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 217). A su vez, siguiendo de cerca las enseñanzas del citado maestro español Lino E. Palacio sostiene que “la pretensión “es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (ob. cit. t. I, p. 394).

37 Guasp, Jaime, “Derecho procesal civil”, cit., t. I, p. 16 y Gonzalez Pérez, Jesús, “Derecho procesal administrativo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, t.1, p.43 y 211.

El acto administrativo, por ende, no es el objeto del proceso³⁸. Solo constituye en un determinado tipo de controversia contenciosa administrativa un presupuesto de aquella.

En consecuencia, no es el contenido del acto impugnado, sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez³⁹.

Por otra parte, como lo ha señalado Cassagne, “si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas como es el nuestro (...), la jurisdicción contencioso administrativa es plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial”⁴⁰.

Pues bien, la configuración del contencioso administrativo como proceso al acto, trajo como corolario ineludible la imposibilidad de juzgar aquellos casos en los que, justamente, estaba ausente el acto previo denegatorio. Quedaban así fuera de control judicial las omisiones administrativas y se impedía la demandabilidad directa de los hechos y las vías de hecho⁴¹.

38 Tawil, Guido S., “Administración y justicia”, Depalma, Bs. As., 1993, t. I, p. 284.

39 Fernández, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa”, R.E.D.A. n° 11, p.728.

40 Cassagne, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, Rev. de Der. Adm. n° 32, p. 1533.

41 Ejemplo de lo dicho son las disposiciones contenidas en las legislaciones procesales administrativas de las provincias de Mendoza (art. 7 de la ley 3918, Código Procesal administrativo); Misiones (art. 13 de la ley 3064, Código procesal Contencioso-administrativo); Entre Ríos (art. 6° de la ley 7061, Código Procesal Administrativo), Formosa (art. 6° de la ley 584, Código Procesal Administrativo) que determina: “Los hechos administrativos no generan directamente las acciones regidas por este Código, siendo necesario en todos los casos, la reclamación administrativa para la obtención de la decisión impugnada”. En Tierra del Fuego, si bien el art. 10 de la ley 133, Código Contencioso-Administrativo, contiene una regulación similar a la antes transcripta, distinta es la solución tratándose de vías de hecho, pues expresamente dispone que éstas serán directamente impugnables en sede judicial (art.11).

Además, se rechazaba de plano, por estimarse incompatible con dicho modelo procesal, la facultad de reconvenir⁴² de la Administración demandada y el planteamiento de pretensiones meramente declarativas⁴³.

Como consecuencia del principio revisor, en más de una ocasión, nuestros tribunales han declarado que en el proceso contencioso administrativo su competencia se abre para conocer y resolver sobre cuestiones que han sido objeto de planteamiento y decisión expresa en sede administrativa, por lo que no están habilitados para examinar nuevos planteos que no fueron examinados ante la Administración⁴⁴.

Merced a la labor de los jueces y de la doctrina, con el paso del tiempo, se fue superando dicho escollo hasta admitirse la revisión judicial en los supuestos antes indicados en los que ello no era viable. Así fue como nació la técnica del silencio administrativo negativo para posibilitar el juzgamiento de la Administración a pesar de no existir un acto y para lograr la impugnación de las vías de hecho o los hechos administrativos se exigió la articulación de un reclamo en sede administrativa para provocar el acto impugnado en sede judicial.

Además, se atenúo el originariamente férreo principio de congruencia entre lo peticionado en sede administrativa y lo demandado en sede judicial, al admitirse que se reclamen en esta órbita cuestiones que si bien no fueron

42 Diez, Manuel María, “Derecho procesal administrativo (Lo contencioso administrativo)”, con la colaboración de Tomás Hutchinson, Plus Ultra, Bs. As., 1996, p. 122 y ss.

43 Conf. Garrido Falla, Fernando, “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, publicado en la obra colectiva “Procedimiento administrativo. Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho Administrativo”, dirigida por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Escola Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994, p. 117.

44 Sup. Corte de Just. de Bs. As., Ac. y Sent. 1970-II, p.261 y 348; 1977-II, p.985; 1990-IV, p. 294.JA-II, síntesis; JA-1998-II, síntesis; Corte Suprema de Justicia de Catamarca, LL, 1999-E, p.747. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y la restricción derivada de aquel de que los tribunales sólo examinen las cuestiones debatidas previamente en sede administrativa está expresamente consagrado en algunas legislaciones procesales administrativas provinciales, como por ejemplo el art. 11 de la ley 3918, Código Procesal Administrativo de Mendoza; art. 8 de la ley 1305, Código Procesal Administrativo del Neuquén; art. 7 de la ley 11.330, Recurso contencioso administrativo de Santa Fe; art.10 de la ley 7061. Código Procesal Administrativo de Entre Ríos.

propuestas a la autoridad administrativa, estaban implícitas por su naturaleza en la pretensión principal o eran accesorias de esta⁴⁵, y también por la posibilidad de incorporar en sede judicial nuevos argumentos jurídicos, no sometidos previamente a la Administración, en tanto el objeto de la pretensión no difiera del planteado ante la Autoridad Administrativa⁴⁶.

Cabe destacar que este principio está consagrado en la mayoría de las legislaciones locales⁴⁷, con algunas excepciones como ocurre en la provincia de Buenos Aires en la cual en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ley 12.008, modific. por la ley 12.310, se supera el viejo dogma revisor y se coloca a la pretensión procesal como el eje del proceso⁴⁸. Así el art. 1.1. dispone que la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativos se extiende al “*conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos*” regidos por el derecho administrativo

45 Así la Sup. Corte de Just. de la provincia de Bs. As ha resuelto que la omisión de pedir en sede administrativa la indemnización de los daños causados por el acto administrativo que se impugna no obsta al progreso formal de dicha pretensión pecuniaria, accesorio en el ámbito contencioso, pues hallando ésta sustento en la ilegitimidad de los actos impugnados y habiendo expedido negativamente la Administración al respecto, su exigibilidad se tornaría en un exceso ritual atentatorio de la garantía de la defensa en juicio, integrada también por el derecho a una rápida y eficaz decisión (Ac., y Sent. 1988-I, p. 178; JA, 1995-IV, p.623). También, en función de su condición de petición accesorio, ha entendido que, no obstante su falta de reclamo administrativo, pueden ser introducidos originariamente en sede judicial el pedido de actualización monetaria e intereses (Sup. Corte de Just. de Bs. As, Ac., y Sent.1985-III, p. 336; ver Vallefín, Carlos A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, Editora Platense, La Plata, 1994, p.13). Un criterio análogo ha seguido la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (conf. pronunciamientos citados Lisa, Federico J. y Weder, Rubén L., *El proceso contencioso administrativo en la provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial*, Juris, Rosario, 1998, t.1, ps.237/239).

46 Conf. fallos de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe citados por Lisa y Weder, ob. cit., t. 1, ps. 237/238; y Sup. Corte de Just. de Bs. As., Ac. y Sent. 1989-I, p. 269 y 1990_III, p. 97; Hutchinson, Tomás, *La acción contenciosoadministrativa (Pretensiones y plazos)*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1981, p. 32; Tribiño, Carlos R., *La demanda en el proceso contencioso administrativo bonaerense*, LL, 1993-E, p.790 y Vallefín, ob cit. ps. 12/13; al respecto ver: García Pérez, Marta, *La regla de la inalterabilidad de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo*, Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, año 1998, n° 2, p. 299 y ss.

47 Conf. art.18 del Cód. Proc. Cont. Adm la Pampa; art. 12 Cód. Cont. Adm. de Corrientes; art.10 Cód. Proc. Adm de Entre Ríos; art.10 Cód. Proc. Adm de Formosa; art. 12 Cod. Proc. Adm. de Mendoza; art. 8 del Cód. Proc. Adm. de Neuquén; art.7 del Cód. Cont. Adm. de Santa Fe; art. 13 Cód. Cont. Adm. de Tierra del Fuego; con una levedad morigeración también lo establece el art. 6, 2° párrafo del Código Contencioso Administrativa y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As.

48 Así lo hace también la ley 29 de 13 de julio de 1998, Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa española.

originados por comportamientos de sujetos que ejerciten función administrativa (art. 2, último párrafo)⁴⁹.

2) LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

Otro de los temas que ha suscitado numerosos inconvenientes al momento de acceder a la jurisdicción es el relativo a los llamados requisitos de admisibilidad de la pretensión impugnatoria.

La existencia de recaudos de admisibilidad en todo proceso obedece, según los casos, a una adecuada ordenación del proceso y a razones de seguridad jurídica. Su concurrencia es necesaria para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y el juez pueda dictar la sentencia de fondo⁵⁰.

En los juicios contencioso administrativos además de los requisitos de admisibilidad comunes a todos los procesos, generalmente los distintos ordenamientos jurídicos exigen el cumplimiento de otros presupuestos específicos propios de este tipo de litigios⁵¹, modernamente denominados por algún sector de la doctrina nacional como condiciones de acceso a la instancia judicial⁵² (Vgr.

49 Ver Pablo E. Perrino, Las pretensiones procesales en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, ED,180-878 y ss.

50 “La pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del órgano judicial” (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 5ª reimpr., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, t.I, p.396: ver: Prieto-Castro Ferrandiz, L., *Derecho procesal civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, t. I, ps. 595/596; Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 238 y ss.)

51 González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 162; Grau, Armando Emilio, *Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa*, Platense, La Plata, 1971, ps. 68 y ss.; Diez, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo)*, con la colaboración de Tomás Hutchinson, Plus Ultra, Bs. As. 1996, p.87.

52 Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Bs. As., 1984, t. 1, p. 127 y ss. y Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, Bs. As., 1993, t. II, p.1 y ss.

tratándose de pretensiones impugnatorias: agotamiento de la vía, acto administrativo definitivo, plazo de caducidad, etc.)⁵³.

Cuando no media una adecuada regulación o se efectúa por parte de los jueces una interpretación ritualista de estos presupuestos procesales, se puede incurrir en limitaciones contrarias al texto constitucional descalificables por dar lugar a situaciones de privación de justicia. Ello ha ocurrido en más de una ocasión con algunos de los requisitos tradicionalmente previstos para las pretensiones procesales administrativas impugnatorias. Seguidamente lo examinaremos.

A- El agotamiento de la vía administrativa

El estudio comparativo de la legislación de países europeos y americanos pone de relieve un tratamiento disímil del instituto del agotamiento de la vía, pues mientras que en algunos regímenes los recursos administrativos no son de articulación obligatoria sino facultativa para acceder a la instancia judicial, como en Francia⁵⁴, Italia⁵⁵ a partir de la reforma de 1971 y en Méjico⁵⁶, en otros

53 Estos recaudos varían debido a la distinta naturaleza y objetivos de las diversas pretensiones procesales que pueden hacerse valer. Por tal motivo, no son los mismos los recaudos exigibles para demandar la nulidad de un acto administrativo que los que corresponden a la pretensión meramente declarativa o la que se deduce con la finalidad de hacer cesar una vía de hecho administrativa.

54 En el derecho francés por regla los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular (Sarmiento Acosta, Manuel J., “Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa”, Civitas, Madrid, 1996, p. 369; ver: Turpin, Dominique, *Contentieux Administratif*, Hachette, Paris, 1994, ob .cit. p. 98). Sin embargo, al lado de los recursos administrativos comunes, cuya articulación es siempre optativa para el interesado, existe una cantidad cada vez más importante de recursos administrativos especiales, que en numerosos casos se exige obligatoriamente su presentación para poder acudir al juez contencioso administrativo (ver: Pierre Subra de Bieusses, *Los recursos administrativos en el Derecho francés*, D.A. n° 221, ps. 69 y 79 y Turpin, ob cit. p. 98. Es importante señalar que en los casos en que no es exigible la interposición de un recurso administrativo para acceder a la vía contencioso administrativa de todas maneras siempre es menester el tránsito por una vía administrativa previa en virtud del requisito de la *décision préalable* (Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1919, ps.445 y ss. y Mairal, Héctor A. “Control judicial de la Administración Pública”, Depalma, Bs. As., 1982, t. 1, p.314). Según esta regla, que aparece como una supervivencia de la antigua doctrina del Ministro-juez”, no puede interponerse un recurso contencioso administrativo si no existe una decisión previa contraria a la pretensión del requirente adoptada por la autoridad competente en la materia litigiosa (Waline y Rivero, ob. cit. p. 210. Según lo señala Dominique Turpin la regla de la decisión previa “sirve para ligar el contencioso, en virtud del adagio: si no hay decisión, no hay acción”, ob. cit. p. 97).

ordenamientos comparados- si bien con diferentes matices- se mantiene vigente este instituto. Tal el caso de Alemania⁵⁷, España⁵⁸, Estados Unidos⁵⁹, Perú⁶⁰;

55 En Italia hasta el año 1971 era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos. Con la reforma producida mediante el dictado de la ley 1034 del 6 de diciembre de dicho año (art.20), de creación de los Tribunales Regionales Administrativos, se suprimió tal exigencia al establecerse el carácter facultativo del recurso jerárquico (Cassarino, Sebastiano, *Los recursos administrativos en el Derecho italiano*, D.A. n° 221, p.43). La ley antes citada, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, al establecer que el recurso judicial también se puede presentar directamente contra actos no definitivos, produjo una reforma radical en lo que se refiere a las relaciones entre este recurso y los recursos administrativos ordinarios (art.20) (conf. Virga, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1987, t. II, p. 195; Mazzaroli, L.- Pericu, G.- Romano A.- Roversi Monaco, F.A. y Scoca, F.G., *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, 1993, t.II, p.1495; Giandomenico, Falcon, *La justicia administrativa en la obra colectiva La justicia administrativa en el derecho comparado*, dirigida por Javier Barnes Vázquez”, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1993, p.225; Cassarino, ob cit. ps. 43/44; Mairal, ob. cit. t. I, ps.314/315 y Sarmiento Acosta, ob. cit., p.390) A partir de entonces, es facultativa la deducción del recurso jerárquico, pues son impugnables judicialmente en forma directa los actos no definitivos.

56 en Méjico los arts. 83 de la ley de Ley Federal de Procedimientos Administrativos, 29 de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y 208 de la Ley de Procedimientos Administrativos del Distrito Federal determinan el carácter potestativo de los recursos administrativos.

57 En Alemania la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1960 establece, como principio, que antes de deducirse ante los tribunales administrativos las pretensiones impugnatoria y la obligacional o de imposición a que se dicte un acto administrativo, deberá transitarse una vía previa recursiva ante la autoridad administrativa, salvo cuando el acto que se cuestiona en sede judicial fue dictado por la autoridad jerárquicamente superior (art. 68, inc. 2 de la ley citada; Sommermann, Karl-Peter, *La justicia administrativa alemana*, publicado en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, coordinada por Javier Barnes Vázquez, Civitas, Madrid, 1993, ps. 75/78 y 83; Sarmiento Acosta, Manuel J., “Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa”, Civitas, Madrid, 1996, p.379 y González-Varas Ibáñez, *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Civitas, Madrid, 1993, ps.194, 240 y 376 y ss.). Explica este último autor que “la doctrina alemana valora positivamente la vía administrativa cuando estos tres efectos que la justifican: -La mayor protección de los derechos de los particulares, desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de estos por la extensión, con la vía administrativa, al enjuiciamiento a la oportunidad del acto administrativo, ya que los Tribunales extienden su enjuiciamiento no más allá de la legalidad del acto administrativo. -El autocontrol administrativo, al permitirse a la Administración que corrija el acto. -La descarga del trabajo de los Tribunales, llamado por Ule “efecto-filtro” (...) Por contrapartida, cuando el sentido de la vía administrativa, cuando aquellos tres fines no se presentan, ésta se obvia...” (ps.377/378). No rige el principio del agotamiento de la vía cuando se interponen las pretensiones declarativa o prestacional general (González-Varas Ibáñez, ob. cit. p. 378). En tal sentido escriben Martin Bullinger y Mariano Bacigalupo: “Con arreglo al §. 68 VwGO, el procedimiento de contradicción –denominación genérica de la vía administrativa de recurso- sólo está configurado con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, si la acción contencioso-administrativa interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo (*Anfechtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO) o a obligar a la autoridad a dictar tal acto (*Verpflichtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO). Sin embargo, conforme a la Ley marco del Estatuto jurídico de los funcionarios públicos, también se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de todos los recursos contencioso-administrativos entablados por funcionarios públicos con apoyo en su *status funcional* (*Klagen aus dem Beamtenverhältnis*), independientemente de que la acción contencioso administrativa interpuesta sea una de las previstas en el señalado §. 68 VwGO” (Ob. cit., p.19).

58 en España el art. 37, inciso 1 de la Ley 27 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: “El recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de

Colombia⁶¹, Uruguay⁶², Costa Rica⁶³, Argentina (tanto a nivel federal⁶⁴ como local⁶⁵), entre otros.

la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa” de conformidad con lo previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo. Según el art. 109 de la ley 30/1992, De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,: “Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos ordinarios. b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 (esto es, de aquellos procedimientos de impugnación o reclamación que establezcan las leyes en sustitución del recurso ordinario). c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. c) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca”.

Cabe destacar que el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa se mantiene incólume en la reciente ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (art. 25, inc. 1)

59 En el derecho norteamericano si bien la doctrina discute si el agotamiento de los remedios administrativos (*exhaustion of administrative remedies*) constituye un principio o regla general, lo cierto es que, primero por vía jurisprudencial (“Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corporation” (opinión del juez Brandeis) 303 U.S. 41, 58 S.Ct. 459, 82 L.Ed 638 (1938); ver: Aman, (Jr.), Alfred. C. y Mayton, William T., “Administrative Law”, West Group, St. Paul, Minn, 1998, p.405/406 y Bianchi, Alberto B., “Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa”, LL, 1995-A, p. 419 y ss. Explica Bernard Schwartz que aparentemente el primer caso en que la Suprema Corte requirió el cumplimiento del agotamiento de los remedios administrativos fue en 1903 en “Cosmos Exploration Co. v. Gray Eagle Oil Co.”, 190 U.S. 301, (Administrative Law, 3ª ed., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p.543, nota 13) y luego mediante su consagración legislativa la necesidad de transitar la vía previa administrativa constituye un recaudo que es preciso cumplimentar para abrir las puertas de los tribunales, aunque son numerosas las excepciones (Schwartz, ob. cit. p. 544 y ss.) -similares como dice Tawil en número a las admitidas en nuestro país respecto del reclamo previo Tawil, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”, edición del autor, Bs. As., 1993, t.II, p. 110. Así, la Administrative Procedure Act. en la Secc. 704 dispone: “Actos judicialmente revisables. Las decisiones de las agencias administrativas que, conforme a la ley, sean judicialmente revisables, y las decisiones finales de dichas agencias respecto de las cuales no exista otro remedio adecuado en un tribunal está sujetas a revisión judicial. Las decisiones administrativas de carácter preliminar, de procedimiento o interlocutorias, que no sean directamente revisables judicialmente, lo serán luego de haber sido revisadas por una decisión final de la agencia administrativa. Salvo que la ley lo disponga expresamente de otra forma, una decisión de una agencia administrativa normalmente considerada final será considerada tal, a los efectos de esta sección en cualquier caso que se haya presentado o fuera o se haya ordenado presentar contra ella recurso de reconsideración, a menos que se establezca que el acto administrativo está suspendido en sus efectos, pendiente una apelación ante la autoridad superior de la agencia”.

60 En Perú el requisito en cuestión tiene sustento constitucional pues en el art. 148 se dispone: “*las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa*”. Dicha exigencia está reglamentada en el art. 8 de la Ley Única Ordenada de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo n° 02-94- JUS, del 31/01/94); modificado por la ley 26.810, y en el art. 541, incisos 1 y 2 del Código Procesal Civil (ver: Danós Ordoñez, Jorge, *Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que “causan estado*, Academia de la Magistratura, n° 1, Lima, 1998, p. 207 y ss. y Bacacorzo, Gustavo, *El procedimiento administrativo en el Perú*, publicado en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff “Derecho Administrativo”, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 577/578.

61 Código Contencioso Administrativo de Colombia en su art. 135 (texto modificado por el decreto-

El requisito del agotamiento de la vía administrativa, calificado por García de Enterría como “*una reduplicación del privilegio de la decisión previa*”⁶⁶, con razón viene siendo duramente controvertido por la doctrina ya que, debido a su muchas veces inadecuada regulación y en otras a su irrazonable aplicación, convierte -en un número muy significativo de casos- el tránsito previo por la vía administrativa en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción.

De ahí que ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando

ley 2304 de 1989; ver Perdomo, Jaime Vidal, “Derecho Administrativo”, 10ª ed. actual., Temis, Bogotá, 1994, p.291).

62 En Uruguay la exigencia del agotamiento de la vía administrativa tiene raigambre constitucional. El art. 319 de la Constitución uruguaya establece que la acción de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo no puede ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa mediante los recursos correspondientes, los cuales están reglados en la ley 15.524, modificada por la ley 15.869, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 4 de la ley 15.869)

63 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (arts. 18 y 31 y art. 126 de la Ley General de la Administración Pública).

64 art. 23 de la ley 19.549.

65 Catamarca: art. 5 Cod. Cont. Adm. (Ley 2403 B.O. 6/8/71); Córdoba: art. 6 Cód. de Proc. Contenciosoadministrativo (Ley 7182 B.O. 27/11/84); Corrientes: art. 10 Cód. Cont. Adm. (Ley 4106 B.O. 11/3/87); Chaco: art. 9 Cód. Cont. Adm. (Ley 848 B.O. 7/9/67); Entre Ríos: art. 4 Cód. Procesal Adm. (Ley 7061 B.O. 2/11/83); Formosa: art. 4 Cód. Procesal Adm. (t.o. 1978. B.O. 20/1/78); Jujuy: art. 5 Cód. Cont. Adm. (Ley 1883 B.O. 4/9/48); La Pampa: art. 9 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 952 B.O. 23/11/79); Mendoza: art. 5 Cód. Proc. Adm. (Ley 3918 B.O. 14/8/73); Misiones: art. 8 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 3064 B.O. 2/12/93); Neuquén: art. 6 Cód. Proc. Adm. (Ley 1305 B.O. 7/8/81); Río Negro: art. 98 Normas de Procedimiento Administrativo (Ley 819 B.O. 13/10/80) y art. 1 Ley 525 sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa; Salta: art. 26 inc. 1 Cód. de Proced. en lo Cont.-Adm. (Ley 793); San Juan: art. 25 Ley de Proced. Adm. (Ley 3784 B.O. 6/6/73); Santa Cruz: arts. 23 y 30 Ley de Proced. Adm. (Ley 1260 B.O. 24/4/79); Santa Fe: art. 7 Recurso Cont. Adm. (Ley 11.330 (B.O. 29/1/96); Santiago del Estero: arts. 1 y 4 Ley de lo Cont. Adm. (Ley 2297 B.O. 26/9/51); Tierra del Fuego: arts. 7 y 8 Cód. Cont. Adm. (Ley 133 B.O. 18/4/94); Tucumán: art. 12 Cód. Proc. Adm. (Ley 6205 B.O. 23/8/91); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3, inc. 1 a 3 del Cód. Cont. Adm. y Trib. Cabe destacar que en La Rioja si bien el art. 4 del Cód. Proc. Cont. Adm. exige para la promoción de la pretensión procesal administrativa la existencia de un acto administrativo denegatorio, no es necesario haber agotado previamente los medios de impugnación establecidos en las normas de procedimiento administrativo, cuya utilización es de carácter optativo para el interesado (art. 4 de la ley 4243, Cód. Proc. Adm.).

66 *Hacia una justicia administrativa*, 2ª. ed. ampl. Civitas, Madrid, 1992, ps.66/67.

no su eliminación, su morigeración mediante una reforma sustancial al régimen recursivo propugnando el carácter facultativo de los recursos administrativos⁶⁷.

Tales criterios son la respuesta a la desmesurada expansión que ha tenido este recaudo de admisibilidad, lo cual llevó a que se lo exija en supuestos en los que se presenta claramente como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del juzgamiento judicial, como así también a las dificultades que derivan, muchas veces, de su compleja configuración, olvidando la función de garantía para el administrado que debe cumplir el procedimiento administrativos.

Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige “*que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares*”⁶⁸.

Vale decir que la incertidumbre o falta de claridad en la configuración de este recaudo constituye una violación al principio de tutela efectiva.

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar dicho instituto, como es la de generar una etapa de conciliación previa al juicio y otorgar a

67 Ver: García de Enterría, *Hacia una justicia administrativa*”, antes cit. ps.66/67; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, 1992, ps. 46 y ss. y en *La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”, n° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319. Fernández, Tomás R., *Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso*, D.A., n° 221, ps. 5 y ss.; Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1995, ps. 244/245; Piñar Mañas, José Luis, *La pretendida especialidad de los recursos especiales*, D.A. n° 221, p. 132; Rivero Ysern, José Luis, *Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa*”, en la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, antes cit., ps.201 y ss.; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, ps.12/16.

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso –Argentina”, emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*.

la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores⁶⁹. En efecto, lamentablemente, es común que la Administración rechace los recursos administrativos sin efectuar un estudio serio de la cuestión, desaprovechando la ocasión que ello le confiere para revisar la legitimidad y la oportunidad, cuando el recurso lo permite, de la acción administrativa⁷⁰.

En Argentina el panorama respecto de este requisito de admisibilidad es muy complejo y disímil pues, mientras que en algunas modernas regulaciones provinciales se ha morigerado la aplicación de la regla del agotamiento de la vía, siendo incluso eliminado con la reforma constitucional de 1994 respecto del proceso de amparo (art. 43), en otras legislaciones locales y también en el orden nacional, a partir de la modificación efectuada por la ley 25.344 a los arts. 30 a 32 de la ley 19.549, se le han dado nuevos bríos.

Con buen criterio la Corte Suprema de Justicia de la Nación en más de una ocasión ha reaccionado frente casos patológicos en los que se lesionaba el derecho de acceso a la jurisdicción al exigirse la presentación de recursos administrativos innecesarios como paso ineludible para arribar a la instancia judicial. Esto es lo que ha ocurrido por ejemplo respecto de la interposición obligatoria del recurso administrativo de revocatoria o reconsideración para agotar la vía administrativa. Son numerosas las decisiones del alto tribunal mediante las cuales se dejaron sin efecto fallos de superiores tribunales provinciales que exigían la interposición del recurso de revocatoria para habilitar la instancia judicial. La Corte considera que se incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa cuando se exige la deducción del recurso de reconsideración para agotar

69 Linares, Juan Franciso, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Astrea, Bs. As., 1974, p.22; Perrino, Pablo E., *Procedimiento administrativo y agotamiento de la vía*, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p. 165.

70 Conf. Canosa, Armando N., *Los recursos*, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p.101.

la vía, pues ello constituye un ritualismo inútil lesivo del principio de tutela efectiva⁷¹.

Como lo explicaré más, la situación es más grave aún para el derecho de tutela judicial efectiva cuando se requiere la interposición del recurso de reconsideración no ya contra un acto expreso, sino contra el silencio negativo.

También el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial.

El máximo tribunal de la República ha declarado en más de una ocasión la inconstitucionalidad de normas que establecen exiguos plazos para impugnar decisiones administrativas. Así lo ha hecho respecto de plazos de 48.⁷² y de 24 hs⁷³.

B- El silencio administrativo.

También son numerosas las dificultades que se han presentado alrededor del silencio negativo, no siempre bien comprendido por el legislador, por los jueces y también por cierto sector de la doctrina⁷⁴. En general, el

71 Fallos: 311:2082; criterio reiterado en Fallos: 312:767, 1168, 1306 y 1908,; 313:326 y 318:315. Cabe destacar que en España con anterioridad a la reforma de la ley 30 del régimen de procedimientos administrativos del año 1992 se exigía la interposición del recurso de reposición respecto de los actos definitivos dictados por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final. La modificación efectuada por la ley 4/1999 estableció el carácter potestativo de dicha vía recursiva

72 Fallos: 316:2539; y en LL, 1994-A, p.38 y en ED, 156-281, con notas de Bidart Campos, Germán, *La indefensión en sede administrativa y el acceso a la justicia* y de Herrendorf, Daniel E., *Nadie puede invocar su propia torpeza, salvo la ley*; ver: Perrino, Pablo E. y Padulo de Perrino, Adriana María A., *La garantía constitucional de la defensa en el procedimiento administrativo. Inconstitucionalidad del plazo de 24 horas para recurrir sanciones disciplinarias*, Rev. de Der. Adm. n° 15/16, p.167 y ss.

73 Fallos: 295:726.

74 Conf. Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Bs. As., 1987, t.I, p.189.

origen de ello deriva del olvido de la razón de ser de este singular instituto⁷⁵ y de concebir al silencio como un verdadero acto, un acto denegatorio tácito⁷⁶.

Esta equivocada concepción del silencio negativo dio lugar a que algunas legislaciones y pronunciamientos judiciales dispusieran la aplicación de las mismas reglas imperantes para impugnar en sede judicial los actos administrativos expresos tales como el requisito del agotamiento de la vía.

Acertadamente, la Corte Suprema de Justicia argentina en más de una ocasión puso las cosas en su lugar al rechazar tal criterio por considerarlo contrario al principio *pro actione* y al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción, señalando también que el criterio cuestionado premia la actitud negligente de la Administración y hace jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente, en su favor⁷⁷.

la solución técnica del silencio no es la única prevista por el legislador para combatir las dilaciones indebidas de la Administración, pues a ella se

75 Como es sabido, históricamente el primer remedio que se inventó para paliar la situación de indefensión que generaba la teoría de la decisión previa ante la inactividad de la Administración fue el conocido silencio negativo, el cual constituyó un notable avance frente a la situación imperante, y cuya finalidad no era otra más que habilitar al administrado a iniciar el pleito judicial en base a una ficción legislativa, a un hecho al cual la ley le asigna efectos jurídicos en el campo procesal. En nuestro país la primera regulación sobre la solución silencial se encuentra en los arts. 157, inc. 3 y 222 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires del año 1889 que establecieron la llamada demanda contencioso administrativa por retardación, cuyo trámite fue reglado, posteriormente, en el art. 7 del Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo (ley 2961) de 1905 (Ver: Tribiño, Carlos R., *La acción contenciosoadministrativa por retardación*, LL, 1992-D, 1148). Once años después, y casi al mismo tiempo que en Francia se dictó la ley del 17 de julio de 1900⁷⁵ -que estableció la regla del silencio negativo-, el 27 de setiembre de ese mismo año el Congreso Nacional sancionó la ley 3952, de Demandas contra la Nación, en cuyo art.2º se recepcionó esta figura. Esta disposición decía: “Si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos” (ver: Grau, ob. cit. ps. 98 y ss.; Muñoz, “El reclamo administrativo previo”, antes cit.).

76 Como ha señalado Jorge Muratorio “si en el silencio hay “ausencia de actividad volitiva”, es obvio que no puede haber acto, ni expreso, ni tácito, ni implícito” (“Los actos administrativos tácitos e implícitos”, publicado en el libro “Derecho Administrativo”. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, dirigida por Juan C. Cassagne, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p.684.

77 Fallos:311:689.

suma un valioso instrumento denominado amparo por mora de la Administración, cuyo objeto no es otro que obtener una orden judicial de orden de pronto despacho de las actuaciones administrativas para que el órgano competente dicte el acto administrativo definitivo, de mero trámite o preparatorio, estando dividida la doctrina acerca de si es viable frente a la inactividad reglamentaria⁷⁸.

También se han suscitado inconvenientes respecto del silencio administrativo debido a que no siempre ha sido bien comprendido su ámbito de operatividad frente a la pretensión de amparo por mora, reglado en el art. 28 de la ley nacional 19.549 y en numerosas legislaciones provinciales⁷⁹. En efecto, algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que el uso de ambas figuras es incompatible pues se trata de remedios excluyentes entre si⁸⁰. En cambio, otra posición que consideramos acertada y que ha sido receptada en el art. 76 del nuevo Código Contencioso Administrativo. de la provincia de Bs. As. afirma que la configuración del estado silencial de la Administración no impide la utilización de esta vía procesal⁸¹.

78 En contra de esta posibilidad se han expresado: Sagües, ob. cit. p. 602 y Creo Bay, Horacio, "Amparo por mora de la Administración Pública", 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Bs. As, 1995, p.69. Hutchinson, en cambio, sostiene que cuando el Poder Ejecutivo no dicta un reglamento de ejecución o de integración necesarios para la aplicación de la ley es posible hacer uso a esta vía ("Tomás, "Ley nacional de procedimientos administrativos", 2ª reimpr., Astrea, Bs. As., 1993, t. I, p.528).

79 Ley 6205, Código Procesal Administrativo de Tucumán, arts. 70/71; ley 3460 de regulación de la actividad administrativa de Corrientes, arts. 216/22; ley 141 de procedimiento administrativo de Tierra del Fuego, arts. 161/162; ley 951 de procedimiento administrativo de La Pampa, arts.95/96 y C.C.A. Prov. de Bs. As., art. 12, inc. 6 y 76).

80 Barra, Rodolfo, *El amparo por mora de la Administración*, ED, 59-797; Tawil, Guido, S. *Administración y justicia*, cit. t. I, p. 295; Creo Bay, ob. cit. p. 29 y Dromi, José Roberto, *El procedimiento Administrativo*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1986, p.120.

81 Pearson, Marcelo M., *El amparo por mora de la Administración Pública Nacional. Artículo 28 de la ley de procedimientos administrativos*, LL, 1979-B, p. 487; Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Bs. As. 1992, p.173; Muñoz, Guillermo A, *Inmunidad del poder: la inactividad administrativa*, LL 1990-B, 891, en especial ps. 895/896, Comadira y Monti, *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos...*, antes cit. t. I, p.493 y Raspi, Arturo E., *El pronto despacho en los artículos 10 y 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ED, 178, p.13.

La solución es la adecuada, porque se trata de dos remedios diferentes que persiguen finalidades distintas y funcionan en forma independiente. El amparo por mora se fundamenta en el derecho de todo administrado que es parte en un procedimiento administrativo a que se dicte una resolución expresa y fundada. La finalidad de esta vía es obtener un emplazamiento judicial para que la autoridad administrativa cumpla con su deber de resolver y dicte el acto administrativo o preparatorio que corresponda⁸². El interesado cuando utiliza esta pretensión lo que busca es seguir en el procedimiento administrativo hasta que este finalice con el dictado de la decisión definitiva. En cambio, el silencio es una técnica para huir del procedimiento y entrar en el proceso⁸³.

C- Plazo para promover el pleito

Otro requisito procesal para demandar judicialmente a la Administración consiste en la necesidad de interponer la demanda judicial dentro de un plazo⁸⁴, cuya duración -si bien varía en cada legislación- es normalmente breve.

El efecto que deriva de la promoción extemporánea de un pleito, por haber sido iniciado tardíamente, es la pérdida del derecho material en juego pues se entiende que en tal caso el acto impugnado ha devenido firme y, por ende, inatacable⁸⁵.

82 Creo Bay, , Horacio, *Amparo por mora de la Administración Pública*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Bs. As, 1995,, p 8 y Hutchinson, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, antes. cit., ps. 510/511.

83 Muñoz, Guillermo A, *Inmunidad del poder: la inactividad administrativa*, LL 1990-B, 891 p.896.

84 La configuración de la jurisdicción contencioso administrativa como una instancia revisora o de apelación de actos dictados por la autoridad administrativa dio lugar a la configuración de una restricción temporal para requerir la revisión jurisdiccional del comportamiento administrativo (Santamaría Pastor, ob. antes cit.).

85 Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Librería Platense, La Plata, 1971, p.59; Comadira Julio R. y Monti Laura (colaboradora), *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos anotada y comentada*, La Ley, Bs. As., 2002, p.475; Cam. Nac. Civ., Sala.

Las razones que se invocan para justificar este recaudo procesal son la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a la actividad administrativa⁸⁶ y evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración⁸⁷, como así también la eficacia administrativa, ya que la Administración debe conocer el período dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello pudieran derivarse⁸⁸.

Salvo algunas excepciones la generalidad de la doctrina considera que se trata de plazos de caducidad⁸⁹ y no de prescripción⁹⁰- porque son términos perentorios, de efectos automáticos y fatales y cuyo curso no es susceptible de suspensión o interrupción⁹¹. Este criterio no es compartido por Hutchinson, quien entiende que no resulta fácil distinguir entre la caducidad y prescripción porque ambos institutos responden conceptualmente al mismo supuesto de hecho: la inactividad en el ejercicio del derecho o de la potestad jurídica durante un tiempo determinado, lo cual conduce a la misma consecuencia jurídica: la extinción del derecho. Por lo demás, entiende refiriéndose a los plazos contemplados en el añojo Código de Procedimientos de lo Contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 13) y en la ley 19.549 (art. 25) que, al no ser perentorios ni fatales, porque, en ciertos casos, son susceptibles de ser interrumpidos o suspendidos,

86 Turpin, Dominique, *Contentieux Administratif*, Hachette, Paris, 1994, p.99; Fiorini, Bartolomé A., *Que es el contencioso*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, p. 88.

87 Fallos: 318:441.

88 Bárcenas Vázquez, *La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art.19.IV)* en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, antes cit.p. 188.

89 Argañarás, Manuel J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Lex, reimpresión inalterada, La Plata, 1988, p.197; Muñoz, Guillermo, *Naturaleza de los plazos establecidos en la ley 19.549 para la impugnación judicial de actos administrativos nacionales*, LL, 154, p. 1027 y ss.; Conf. Marienhoff, Miguel., *Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*, LL, 1980-B, p1026 y ss. La denominación de plazos de caducidad es empleada en el Código Procesal Contencioso-Administrativo de La Pampa. (art. 38, inc. a) y en la Ley de Regulación de la Actividad Administrativa de Corrientes (art.223); art. 23 Cód. de Proced. Adm. Santa Cruz y art. 24 Cod. Cont. Adm. Tierra del Fuego; art. 9 Cód. Proc. Adm. Tucumán.

90 Así lo califican al plazo para demandar los arts. 19 de las legislaciones procesales administrativas de Entre Ríos y Formosa.

91 En el orden nacional se contemplan diversos supuestos en los cuales el plazo de caducidad es susceptible de suspensión o interrupción Así surge de lo dispuesto en los arts. 1, inc. e, apart.7 y 9, 100 de la ley 19.549 y 76, in fine del decreto 1759/72 (t.o 1991).

prefiere considerarlos plazos de prescripción. En definitiva, concluye este autor lo que importa, más allá de la denominación que se le quiera otorgar a dichos plazos, son las características que las normas les asignen⁹².

La imposición de un plazo de caducidad para requerir la revisión judicial del obrar administrativo ha generado relevantes problemas que aún no han encontrado una respuesta satisfactoria en nuestro derecho como tampoco - algunos de ellas- en las legislaciones comparadas.

El primero de ellos reside en su aplicación frente a los plazos de prescripción⁹³. En este sentido, al estar una misma situación jurídica sometida a dos plazos distintos, uno más breve de caducidad y otro de prescripción, es viable que a pesar de no estar prescrita la acción no es susceptible aquella de ser incoada si no se promovió el pleito dentro del plazo de caducidad. En definitiva, los plazos de caducidad se sobreponen a los de prescripción reemplazándolos.

Los hechos demuestran claramente que el campo de acción de los plazos previstos en los ordenamientos procesales administrativos se superponen a los de prescripción y los tornan ilusorios. Ello es así, porque en los casos en que ambos institutos son aplicables, en definitiva, el único término que cobra relevancia, por ser el más exiguo y por los efectos que derivan de su incumplimiento, es el de caducidad. Es que, si no se ha promovido el pleito dentro de los plazos procesales, con posterioridad no será viable requerir la revisión judicial no obstante que la acción no haya prescripto. Téngase presente al respecto que si bien

92 *Ley Nacional de procedimientos administrativos*, antes cit. t. I, ps.479 y 484/485. Ver: Rejtman Farah, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, La Ley, Bs. As., 2000, ps. 154/155. Rafael González Arzac, refiriéndose al plazo consagrado en el art. 25 de la ley 19.549 ha escrito: “No creemos que reporte utilidad entrar en disquisiciones terminológicas ni tomar partido en la discusión acerca de la identidad o diversidad existentes entre prescripción o caducidad, a la que la doctrina jusprivatista le ha dedicado páginas invariables, cuya fecundidad parece dudosa” (*Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales*, ED, 51, p.955).

93 Ver al respecto el ya clásico trabajo de Santamaría Pastor, Juan A., *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?*. Rev. de Adm. Púb. n° 58, p.185 y ss.

sería posible en tal supuesto presentar una denuncia de ilegitimidad⁹⁴ el rechazo de aquella no deja abierta la vía judicial tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Gorordo”⁹⁵.

Por lo expuesto, consideramos necesario efectuar un profundo replanteo de la cuestión pues entendemos que no es razonable que una misma situación jurídica esté sujeta a dos plazos disímiles.

El otro grave problema que suscitan los plazos de caducidad es su aplicación frente a los supuestos en que se alega la existencia de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta dado el carácter imprescriptible de la acción en tal supuesto⁹⁶. En rigor, se trata de una dificultad que deriva de la situación antes indicada de duplicación de plazos (de caducidad y de prescripción) que impera en el derecho administrativo. En el orden nacional, quienes han examinado el régimen establecido en el art. 25 de la ley 19.549 -el cual no efectúa distinción alguna para la aplicación del plazo para demandar entre actos anulables y nulos- han emitido opiniones disonantes. Por un lado, encontramos el criterio de la Cámara

94 Conf. Hutchinson, ob. cit. t. I, p.482.

95 “Gorordo Allaria de Kralj” Fallos: 322:73, ED, 181-960 con nota de Julio R. Comadira, *El caso “Gorordo”: nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de habilitación de la instancia y revisión judicial de la denuncia de ilegitimidad* y en LL, 1999-E, p. 185, con nota de Rejtman Farah, *Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada ‘habilitación de la instancia*. La no revisabilidad administrativa y judicial del acto administrativo que desestima la cuestión de fondo planteada mediante la denuncia de ilegitimidad deriva del hecho de que al haber dejado vencer el interesado el plazo perentorio (inc. e, apart. 6º del art. 1º de la ley 19.549) para recurrir quedó clausurada la vía recursiva y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (art. 23, inc. a, de la ley 19.549). “Por lo demás –como lo ha expresado la Corte nacional en el citado caso “Gorordo”, sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad -que nos es más que una impugnación tardíamente interpuesta- que a un recurso deducido en término. Ello implicaría colocar en pie de igualdad al particular que se comporta en forma negligente respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos”.

96 Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981, t. II, p.481 y 643; Cassagne, ob. cit. t. II, p.177; Hutchinson, ob. cit. t. I, p.497.; Escola, Héctor, Compendio de Derecho administrativo, Depalma, Bs. As, 1984, p. 534; .Gordillo expresa que tratándose de actos administrativos nulos la acción prescribe para la administración a los diez años o incluso es imprescriptible.(ob. cit. t.III, p.XI-24); conf. Cam. Nac. de Apel. Cont. Adm. Fed, Sala I, causa “Mingorance de Sotelo, zunilda y otro c.Gob. Nac.”, res. del18/9/79, BCNFed, set. 1979-I, sum.44; Sala IV, “SIGEN c.Elfás, Miguel J.”, res. del 8/2/2000, con nota de Redacción “Acción de lesividad: un caso de nulidad absoluta por error excluyente de la voluntad”, LL, t. 2000-F, p.45.

Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁹⁷ que entiende que el término previsto en el citado art. 25 es aplicable frente a los actos nulos porque, pese a que la ley 19.549 distingue entre “actos administrativos nulos de nulidad absoluta e insanable” y “actos anulables” cuando determina los plazos dentro de los cuales aquéllos pueden impugnarse judicialmente, no se efectúa distinción o salvedad alguna. Se agrega que en ninguna disposición de la ley se determina que acción para impugnar actos nulos es imprescriptible. En una posición contraria, se ha propiciado que ante la imprescriptibilidad de la acción judicial para cuestionar los actos viciados de nulidad absoluta no corresponde aplicar el plazo del art. 25⁹⁸. Sin embargo, ello equivaldría a la desaparición del plazo de caducidad en todos los supuestos, pues bastaría con que el demandante invocara en el escrito de demanda que el acto impugnado ostenta defectos que lo hacen pasible de la sanción de nulidad absoluta para soslayar fácilmente este requisito temporal. Téngase presente que si el juez tuviera que examinar para habilitar la instancia el carácter del vicio que adolece el acto estaría incurriendo en prejuizamiento pues dicha cuestión debe ser discernida en la sentencia definitiva. De ahí que nos parece que la solución debe venir por otro camino. En fin, la cuestión presenta aristas muy complejas y merece un detenido y profundo estudio.

Ahora bien, no obstante las críticas efectuadas por algún sector de la doctrina a la existencia de plazos para demandar al Estado⁹⁹, su recepción es dominante en la generalidad de los ordenamientos jurídicos foráneos como en nuestro país. Así lo hacen por ejemplo el derecho francés en el cual se ha previsto un plazo general de dos meses, ampliable en razón de la distancia, a contar desde la publicación o notificación del acto o decisión que se cuestione. En numerosos supuestos existen plazos especiales que sustituyen al ordinario de dos

97 Sala III, causa “Giménez Voga, Clara c/CONFER”, res. del 1/9/81 y sus citas, ED, 97, p.285; Sala IV, causa “Muñoz, José N. c/Est. Nac. (E.M.G.E.)”, res. del 16/4/98, ED, 182, p.441.

98 Cassagne, Juan Carlos, Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado Nacional, ED, 45, p. 832; Hutchinson, Ley Nacional de procedimientos administrativos, cit.t. I, ps. 494 y ss.; Mairal, *Control judicial de la Administración Pública*, cit., t. I, p.391 y ss.

99 Santamaría Pastor, ob antes cit., p.185 y ss.; Mairal, Héctor a., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Bs. As., 1984, t. I, ps. 380 y ss.; Tawil, *Administración y justicia*, antes cit., t. I, ps. 178 y ss.

meses. Así por ejemplo seis meses para el recurso ante los tribunales departamentales de las pensiones militares de incapacidad; mes en los recursos que se presentan en jurisdicciones administrativas especiales (Vgr. sanitarias y sociales, comisiones departamentales de trabajos de discapacitados, Comisión de los refugiados contra las decisiones de la Oficina francesa de protección de los refugiados y apátridas (OFPRA), etc.)¹⁰⁰.

En Alemania la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa (art. 74.I y II) establece un plazo de un mes para deducir las pretensiones de anulación y de prestación obligacional. No están sujetas a plazos las pretensiones declarativas y contra la inactividad (silencio negativo)¹⁰¹.

Por su parte, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, ley 29/1998, de 13 de julio, establece en el art. 46, inc. 1 un plazo de caducidad de dos meses para deducir el recurso contencioso administrativo contra reglamentos y actos administrativos expresos que pongan fin a la vía administrativa, y del recurso de lesividad. El término se amplía a seis meses para los recursos que se dirijan contra los llamados actos presuntos (silencio). Para impugnar vías de hecho el plazo es de diez días, si se ha efectuado una reclamación en sede administrativa pidiendo su cese, y veinte días cuando no se ha realizado dicho requerimiento a contar desde el momento en que se verificó la actuación en vía de hecho (art.46, inc.3).

En Italia, como consecuencia de su singular sistema de control judicial de la Administración, corresponde a los tribunales judiciales intervenir en los pleitos en los que estén lesionados derechos subjetivos y a los tribunales administrativos en los litigios incoados en defensa de intereses legítimos. En el primer supuesto no es aplicable plazo de caducidad alguno, sino de

100 Turpin, ob. cit. p.99.

101 González-Varas Ibañez, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, p.401; Sommermann, Karl-Peter, *La justicia administrativa alemana*, publicado en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, antes cit. p.78, 84, 86, 87 y 91.

prescripción. En cambio, en el segundo caso rige el plazo general de caducidad de sesenta días¹⁰²

En el sistema británico, rige un plazo general de tres meses para el acceso a la justicia, salvo que la Corte considere que existe una buena razón para extender dicho término¹⁰³. Sin embargo, la Supreme Court Act de 1981 estableció en la *subseccion 6* que la Corte puede considerar en que supuestos se produce una tardanza injustificada en la presentación de la demanda judicial, examinando en cada caso la afectación de derechos de terceros y el perjuicio que ello ocasionaría a la buena administración, pudiendo rechazar la presentación. Ello sin perjuicio de las reglas de la Corte que establecen plazos a ese efecto (*subseccion 7*)¹⁰⁴.

En los Estados Unidos, si bien no existe a nivel federal un plazo general para demandar al Estado (*statutes of limitations*) las normas que establecen el régimen de revisión judicial comúnmente establecen plazos dentro de los cuales se debe presentar la acción pertinente, cuya extensión varía según los casos. Explica Schwartz que estos plazos deben ser rigurosamente observados y que las acciones que se promuevan dentro del término fijado serán rechazadas, sin que importe cuan importante sea el caso¹⁰⁵. Seguidamente el mencionado jurista señala que la Ley Federal de Comercio y otras normas similares prevén un plazo de sesenta días para presentar la petición de revisión, la legislación general de Nueva York el término de cuatro meses y la ley de control de Precios de 1942 treinta días¹⁰⁶.

102 M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, 3ª ed., Boloña, 1983, p.172.

103 Conf. 1980 amendment of Order 53 of the Rules of the Supreme Court; ver: Wade, H. W. R. y Forsyth, C. F., “Administrative Law”, 8 ed, Oxford University Press, Great Britain, 2000, p. 647).

104 Cabe destacar que toda vez que la enmienda de 1980 no fue expresamente derogada, el plazo general de tres meses para promover un pleito permanece vigente en virtud de lo dispuesto por la *subseccion 7*, teniendo la Corte la facultad de limitar o extender dicho plazo (conf. Wade y Forsyth, ob. antes cit.).

105 Ob. cit.

106 Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3ra. ed., Litle, Brown and Company, Boston, Toronto Londres, 1991, p. 474; ver: Caputi, Claudia M. y Sacristan, Estela B., *La caducidad del art. 25 de la*

También en nuestro país, tanto a nivel federal¹⁰⁷ como provincial¹⁰⁸, se prevén plazos para promover los pleitos contencioso administrativos.

Como puede advertirse, si bien con matizaciones, la existencia de plazos para enjuiciar al Estado es común a la generalidad de las legislaciones comparadas.

En cuanto a la validez constitucional de tales plazos para demandar al Estado, cabe señalar que desde muy antiguo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido su constitucionalidad, primero respecto de los previstos en los ordenamientos provinciales y en el año 1995 respecto del consagrado en el art. 25 de la ley 19.549. Los argumentos en los que se apoya el alto tribunal son, sintéticamente los siguientes: a- esta exigencia constituye una prerrogativa procesal propia de la Administración que es consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación iusadministrativa; b- razones de seguridad jurídica justifican la imposición de términos para enjuiciar a la Administración; c- las normas que establecen los plazos de caducidad son una reglamentación razonable del derecho de defensa, en tanto no lo suprimen, desnaturalizan o allanan¹⁰⁹.

De lo expuesto cabe deducir que, fundamentalmente, cobra relevancia para discernir la constitucionalidad de las normas que establecen términos

ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica, LL, 1997-A, p.70 y ss..

107 Art. 25 de la ley 19.549.

108 Arts. 13 del viejo Cód. de Proded. Cont. Adm. de Bs. As. y 18 del nuevo Cód. Cont. Adm.; art.7 del Cod. Cont. Adm. Catamarca; art.12 Cod. Cont-Adm de Chaco; art.8 Cod. Cont. Adm. Córdoba; art. 19 Cod. Proc. Adm. Entre Rios; art. 19 Cod. Proc. Adm. Formosa; Art. 8 Cod. Cont. Adm. de Jujuy; art. 23 Cód. Proc. Cont. Adm. La Pampa; art. 20 Cód. Proc. Adm. Mendoza; art.10 Cód. Proc. Adm. Neuquén; art. 12 Cód. de Proced. Cont. Adm. Salta; art. 26 Ley de Proced. Adm San Juan; art. 23 Cód. de Proced. Adm. Santa Cruz; art. 24 Cod. Cont. Adm. Tierra del Fuego; art. 9 Cód. Proc. Adm. Tucumán; art.7 Cód. Cont. Adm. y Trib. De la Ciudad Autónoma de Bs. As.

109 Fallos: 209:451 y 526; 211: 1602 y 318:444 y sus citas.

para demandar al estado dos aspectos: a- la duración del plazo y b- el momento a partir del cual se lo computa.

Respecto del primer tópico es evidente que un plazo muy exiguo que impida ejercitar con efectividad en tiempo razonable el derecho de defensa podría ser tachado de inconstitucional¹¹⁰. Ello puede resultar por la misma brevedad del plazo fijado como también por no haberse previsto su ampliación en razón de la distancia¹¹¹. A su vez, una equívoca y poco clara regulación procesal que genere incertidumbre acerca del *dies aquo* del plazo de caducidad puede dar lugar a una situación de desamparo judicial.

En lo que respecta a la forma en que corresponde computar el plazo para promover un pleito procesal administrativo cabe destacar que ello depende del tipo de comportamiento estatal a impugnar, En general las legislaciones procesales administrativas contemplan los siguientes supuestos: a) impugnación de actos de alcance individual: el plazo inicia su curso a partir del día siguiente al de la notificación al interesado del acto definitivo o asimilable que agote la vía administrativa; la misma regla impera cuando se cuestionan actos individuales de aplicación de un reglamento; b) impugnación de actos de alcance general: si se lo controvierte directamente el plazo comienza a correr en algunas legislaciones a partir del día siguiente al de su publicación y en otras -que exigen su cuestionamiento previo en sede administrativa, a partir del día siguiente al que se notifique el acto que desestima la impugnación administrativa; c) impugnación de hechos y vías de hecho: en algunos ordenamientos se dispone que el *dies aquo* es el de su conocimiento por el afectado, mientras que en aquellos que no admiten la demandabilidad directa en tales casos y requieren provocar un acto administrativo el cómputo del plazo arranca a partir de la notificación del acto que agota la vía; d) Impugnación de actos por el Estado: la solución es muy heterogénea, pues en algunas legislaciones se establece

110 Ver en este sentido lo resuelto en Fallos: 316:2539; y en LL, 1994-A, p.38 y en ED, 156-281, antes cit. Explica Javier Barnéz Vázquez que la Constitución de Alemania (art. 19.IV) prohíbe al legislador establecer plazos que sean excesivamente breves para acceder a la instancia judicial y que un plazo mínimo no podría ser inferior a siete días (*La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art.19.IV)*, en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, antes cit., p.188).

111 Doctrina de Fallos:204:370.

un plazo más amplio que el previsto para los casos en los que el pleito lo promueven los particulares¹¹². Así lo hace por ejemplo la ley 19.549 en cuyo art.26 se dispone que no habrá plazos procesales para accionar cuando la impugnación del acto la efectúe el Estado lato sensu, salvo el de prescripción¹¹³ y el art. 19 del Código Procesal Administrativo de Formosa que contempla un plazo genérico de prescripción de un año cuando el pleito lo promueve un particular, y de cuatro años para que el Estado inicie la denominada pretensión de lesividad. En cambio, en otras legislaciones impera un único plazo procesal para los particulares y el Estado¹¹⁴.

Una situación especial se advierte con el silencio administrativo. Dos son los lineamientos que se han seguido al respecto. Por un lado, encontramos aquellos ordenamientos procesales administrativos provinciales que han tomado como modelo en esta materia al Código de Procedimientos en lo contencioso Administrativo de Buenos Aires de 1905 y a la legislación nacional¹¹⁵, con anterioridad a la reforma de la ley 25.344¹¹⁶, en los cuales se dispone que el requisito del plazo para accionar solo rige cuando se impugnen actos administrativos expresos

112 Ello ha dado lugar a cuestionamientos por parte de algún sector de la doctrina al entender que la fijación de plazos para accionar más extensos para el Estado lesiona el principio constitucional de igualdad (Tawil, Guido, *Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación, Proceso administrativo y constitucional*, en coautoría con Alberto B. Bianchi, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1992, 24; en contra Silvestri, Beatriz R. Y González Arzac, Rafael, *La instancia administrativa previa a la judicial en la ley 19.549*, ED, 72, p. 767; Comadira y Monti, *Procedimiento Administrativo*, cit., t. I, p.488).

113 En igual sentido art.24 del Cód. Proc. Cont. Ad. de la Pampa;art.21 del Cód. Proc. Adm. de Mendoza; art. 12 del Cod. Proc. Adm. de Neuquén, art. 23 Cód. de Proced. Adm. Santa Cruz; art.8 del Cód. de Proced. Cont. Adm. de Córdoba (a diferencia de las legislaciones antes citadas se dispone un plazo más breve de seis meses), etc.

114 Art. 13 del viejo Cód. de Proced. de lo Cont. Adm. de Bs. As. (ley 2961) y18 del nuevo Cód. Cont. Adm.

115 Art. 26 de la ley 19.549.

116 Salta (art. 12 de la ley 793, Código de Procedimiento en lo contencioso-Administrativo); Neuquén (art. 10 de la ley 1305, Código Procesal Administrativo); Santa Cruz (art. 26 de la ley 1260 de procedimientos administrativos); Santa Fe (art.9 de la ley 11.330, Recurso contencioso administrativo); Tierra del Fuego (art.26 de la ley 133, Código Contencioso-Administrativo) y Tucumán (art. 10, inc. d, de la ley 6205, Código Procesal Administrativo).

y no frente al silencio, supuesto en el cual el único plazo computable es el de prescripción del derecho de fondo¹¹⁷.

Sin embargo, un número muy importante de regulaciones procesales locales se han apartado del criterio antes indicado y, de manera análoga a lo que acontece en España, han establecido términos, cuya duración difiere sensiblemente entre ellas, cuando se promueve el pleito ante la denegatoria por

117 Después de la modificación efectuada por la ley 25.344, de emergencia económico-financiera, al art. 31 de la ley 19.549, surgen dudas acerca de la aplicación del plazo de caducidad para demandar en los supuestos en que se ha configurado el silencio en vía reclamativa. Ello es así, porque en el nuevo texto, de manera equívoca, se dispone que vencido el plazo de 90 días para resolver el reclamo, “el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquel iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción” (el remarcado es propio). La disposición no es clara porque, si bien inicialmente establece la aplicación del plazo de caducidad, a continuación determina que ello es sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción. De admitirse como válida esta interpretación del art. 31, que contraría la firme jurisprudencia de la corte nacional antes referida (Fallos: 315:656; 316:2477 y 318:1349) y desnaturaliza la figura del silencio, se llegaría al absurdo de que en función de la vía en la cual se configure la denegatoria ficta, ésta produciría distintas consecuencias, toda vez que, según lo dispone el art. 26 de la ley 19.549, producido el silencio en los términos del art. 10 no es aplicable el plazo de caducidad, pues “la demanda podrá presentarse en cualquier momento” dentro de los plazos de prescripción (conf. Canosa, Armando N. y Mihura Estrada, Gabriel, “La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva”, ED del 4/12/2000). De todos modos, no sería esta la primera vez que en el orden nacional se dispone la aplicación del plazo de caducidad para accionar, pues en la ley de presupuesto para el año 1995, a través de una confusa y desacertada redacción, se estableció en el art. 27: “En los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurrido en los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de deudas de causa o títulos anteriores al 1 de abril de 1991, se producirá la caducidad del derecho para interponer la demanda contencioso-administrativa contra la denegatoria a los noventa días hábiles judiciales contados desde que se hubiere producido la denegatoria tácita o desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley, lo que fuere posterior. Vencido dicho plazo sin que se haya deducido la acción correspondiente, prescribirán también las pretensiones patrimoniales consecuentes. En estos casos no será de aplicación el art. 26 de la ley 19.549” (ver: Bianchi, Alberto B., “Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado nacional”, LL, 1985-C, p.1055 y Halperin, David A., “Reclamo de créditos contra el Estado. Caducidad de derechos”, Depalma, Bs. As., 1995, ps. 37 a 51).

silencio ¹¹⁸. Como lo destaca Muñoz “este criterio comienza a generalizarse a partir del código de Córdoba en el año 1941”¹¹⁹.

La existencia de un plazo para demandar al Estado pareciera haber sido receptado en el orden nacional a partir de la reforma efectuada por la ley 25.344 120 al art. 31 de la ley 19.549, cuya redacción ha dado lugar a graves dificultades interpretativas. Debido a su oscura y mala redacción, surgen dudas acerca de si el plazo previsto en el art. 25 de la LNPA rige sólo en los supuestos en que se configure el estado silencial o también cuando medie el rechazo del reclamo por un acto expreso.

Una interpretación literal del precepto podría llevar a la irrazonable conclusión de que dicho plazo sólo es aplicable cuando se verifica el estado silencial y no en el otro supuesto.

A nuestro entender, no obstante la deficitaria redacción de la norma, la intención del legislador fue imponer la aplicación del plazo para demandar

118 Art. 6 de la ley 2403, Código Contenciosoadministrativo de Catamarca; art.7 de la ley 7182, Código de Procedimiento en lo Contenciosoadministrativo de Córdoba; art.19 de la ley 7061, Código Procesal Administrativo de Entre Ríos; art. 19 de la ley 584, Código Procesal Administrativo de Formosa –aunque allí se considera que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad-; art. 8 de la ley 1883, Código de lo Contenciosoadministrativo de Jujuy; art. 23 de la ley 952, Código Procesal Contencioso-Administrativo de La Pampa; art. 20 de la ley 3918, Código Procesal Administrativo de Mendoza; art. 24 de la ley 3064, Código Procesal Contencioso-Administrativo de Misiones; art. 6 de la ley 2297, De lo contenciosoadministrativo de Santiago del Estero.

119 Muñoz, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Astrea, Bs. As, 1982, p.40.

120 En rigor la primera vez que en el orden nacional se dispuso la aplicación del plazo de caducidad para acciona frente al silencio fue en el art. 27 de la ley de presupuesto para el año 1995, el cual disponía: “En los casos de denegatoria por silencio de la Administración ocurrido en los procedimientos administrativos sustanciados con motivo de la solicitud de reconocimiento de deudas de causa o títulos anteriores al 1 de abril de 1991, se producirá la caducidad del derecho para interponer la demanda contencioso-administrativa contra la denegatoria a los noventa días hábiles judiciales contados desde que se hubiere producido la denegatoria tácita o desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley, lo que fuere posterior. Vendido dicho plazo sin que se haya deducido la acción correspondiente, prescribirán también las pretensiones patrimoniales consecuentes. En estos casos no será de aplicación el art. 26 de la ley 19.549” (ver: Bianchi, Alberto B., *Caducidad y prescripción de créditos contra el Estado nacional*, LL, 1985-C, p.1055 y Halperin, David A., *Reclamo de créditos contra el Estado. Caducidad de derechos*, Depalma, Bs. As., 1995, ps. 37 a 51).

en ambos supuestos. De lo contrario se trataría de una solución claramente incongruente¹²¹, ya que no existen razones que justifiquen un tratamiento diferencial de ambas situaciones.

De todos modos, entendemos que ante la redacción equívoca y poco clara de la norma, si se efectúa un esfuerzo interpretativo, que privilegie el principio de tutela judicial efectiva, puede llegar a postularse una hermenéutica del art. 31 de la ley 19.549 que propicie que el plazo de caducidad del art. 25 sólo se aplique ante el supuesto de rechazo por acto expreso del reclamo previo¹²² y no cuando se verifica el silencio negativo¹²³.

Dicha solución interpretativa se apoya en los siguientes argumentos:

1) No obstante haberse reemplazado la expresión “*en cualquier momento*” por otra en la que se exige la presentación de la demanda “*en los plazos perentorios y bajo los efectos previstos en el art. 25*”, la utilización del verbo “*podrá*”, más la referencia a los plazos de prescripción, permitiría sostener que no se aplica el plazo de caducidad cuando se configura el silencio.

De lo contrario, la mención al plazo de prescripción sería inconsecuente, ya que nunca este lapso será inferior al previsto en el art. 25 de la LNPA.

121 Alberto B. Bianchi, reportaje efectuado por la revista La Ley respecto de “la reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado”, LL Actualidad del 15/11/2001.

122 Conf. Tomás Hutchinson, para quien, aún con anterioridad a la reforma de la ley 25.344 era aplicable plazo de caducidad del art. 25 para promover el pleito cuando se rechazaba por acto expreso el reclamo previo (*Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, cit. t. I, p. 548 y *Régimen de procedimientos administrativos*, Astrea, Bs. As., 6ª ed. Bs. As., 2002, p.193).

123 Así lo sostuvimos con Juan Carlos Cassagne en el reportaje efectuado por la revista La Ley respecto de “la reforma de la ley 25.344 y las garantías del administrado”, antes citado. Otros autores, si bien son críticos de la solución adoptada consideran que después de la reforma del art. 31 por la ley 25.344 producido el silencio es aplicable el plazo de caducidad previsto en el art. 25, el que se computa a partir del día siguiente al que vena el plazo para resolver el pedido de pronto despacho

2) Por lo demás, de no seguirse esta interpretación del art. 31 se llegaría al absurdo de que en función de la vía en la cual se configure la denegatoria ficta (impugnatoria -arts. 23 y 24 de la LNPA- y reclamativa -art. 30 de la LNPA-), ésta produciría distintas consecuencias. Ello es así toda vez que, según lo dispone el art. 26 de la ley 19.549 –que no fue modificado-, producido el silencio en los términos del art. 10 no es aplicable el plazo de caducidad, pues “*la demanda podrá presentarse en cualquier momento*” dentro de los plazos de prescripción¹²⁴.

3) Al obligarse a demandar en los términos del art. 25, con la consecuente pérdida del derecho de no hacerlo, se desnaturaliza la figura del silencio cuya finalidad es habilitar al administrado a iniciar el pleito judicial en base a una ficción legislativa o aguardar pacientemente el pronunciamiento expreso de la Administración.

No debe olvidarse que la técnica silencial nació como un instrumento de garantía de los particulares para paliar la situación de indefensión que generaba la teoría de la decisión previa, y su consecuencia, el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa, adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, como el argentino, siguió en gran medida el modelo francés, ante la inactividad de la Administración¹²⁵.

4) La aplicación de los lineamientos que dimanaban de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de silencio de la administración apoya el criterio hermenéutico que propiciamos del art. 31 de la ley 19.549.

(Hutchinson, *Régimen de procedimientos administrativos*, cit. p. 194 y Siseles, Osvaldo E. y Vincenti, Rogelio E., *La ley de emergencia 25.344 y el proceso contencioso administrativo*, ob. cit. p.1185).

124 Conf. Canosa, Armando N. y Mihura Estrada, Gabriel, *La emergencia y una nueva degradación a la tutela judicial efectiva*, cit. ED, 190-732. Alfredo S. Gusman considera que, por imperio del art. 26 de la ley 19.549, “ante el supuesto de silencio administrativo, el particular no tendrá que atenerse a otro plazo distinto al de prescripción de la acción” (*Panorama del Derecho procesal administrativo luego de la ley de emergencia económica*, ED, supl. de Der. Adm. del 30/8/2001, p.11).

125 Perrino, Pablo E., *La inactividad administrativa y su control judicial*, R.A.P. n°269, p. 11 y ss.

En efecto, el máximo tribunal de la República ha descalificado numerosos pronunciamientos de tribunales locales en los que se había decidido la aplicación de plazos de caducidad para iniciar la demanda contencioso administrativas aun mediando silencio de la administración. En todos estos casos, se había entendido que el término para promover el pleito había comenzado a correr a partir del momento en el que se configuraba el silencio.

La Corte federal¹²⁶ dejó sin efecto dichos pronunciamientos y calificó de arbitrario a la postura expuesta por padecer de un injustificado rigor formal y poner de relieve una inteligencia de la reglas aplicables contraria al principio “*in dubio pro actione*”, rector en la materia. Asimismo, expresó que el criterio cuestionado premiaba la actitud negligente de la Administración y hacía jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida, claramente, en su favor.

El criterio sentado en los fallos citados es razonable y coherente con la finalidad de opción procesal de la técnica silencial y con el principio de tutela judicial efectiva, que exige la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia¹²⁷, al evitar la existencia de un peligroso sistema de plazos encadenados que a la postre, pueden generar la indefensión del administrado, pues como señalara Bartolomé Fiorini la existencia de un plazo de caducidad frente al silencio constituye una carga injusta para el particular y permite que la Administración, sin ninguna razón, venza dos veces: primero no resolviendo nada, y después por la caducidad del recurso¹²⁸.

En suma, ante la contradictoria y oscura redacción del nuevo art. 31 de la ley 19.549, con base en el principio *in dubio pro actione* y con arreglo a la firme jurisprudencia del alto tribunal federal antes citada, cabe propiciar como

126 Fallos: 315:656; 316:2477 y 318:1349.

127 Cassagne, *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*”, Rev. de Der. Adm. n° 32,..., cit., p. 533.

128 *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, ps. 265/266.

solución interpretativa que es inaplicable el plazo del art. 25 de la LNPA cuando se verifica el silencio negativo de la Administración en los términos de la norma antes citada.